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

„Право између стварања и тумачења“

Том I

COLLECTION OF PAPERS

“Law Between Creation and Interpretation“

Vol. I

XI Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 5. новембра 2022. год. на Палама

УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Источно Сарајево, 2023. 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
"Law Between Creation and Interpretation"
Vol. I

ЗБОРНИК РАДОВА
„Право између стварања и тумачења"
Том I

The XI Scientific Conference on the Occasion of
the Day of the Faculty of Law,
International Scientific Conference,
held in Pale, 5 November 2022.

UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

East Sarajevo, 2023

ЗБОРНИК РАДОВА
XI 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 5. новембра 2022. год. на Палама, на тему:
„ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА“

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 Свјетлана Ивановић
Проф. др Радислав Лале
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
80 примјерака

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

COLLECTION OF PAPERS

The XI Scientific conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, on the General Topic „Law Between Creation and Interpretation“, which is organized by the 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 5 November 2022, 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 Svjetlana Ivanović,
Associate Professor Radislav Lale,
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
80 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

ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА

Научни одбор

Проф. др Радомир В. Лукић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, предсједник
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
Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Director of the EPLO
Проф. др Дејан Поповић, Правни факултет Универзитета у Београду
Проф. др Зоран Стојановић, Правни факултет Универзитета у Београду
Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Предсједништва Међународног савеза правника, Москва, предсједник Српског удружења за кривичноправу теорију и праксу, предсједник Управног одбора Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд
Проф. др Гордана Илић-Попов, Правни факултет Универзитета у Београду
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 Федерације, член исполкома Международного союза юристов
Проф. др Драган Боланча, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Хрватска
Проф. др Станка Стјепановић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Проф. др Борис Кривокапић, Пословни и правни факултет Универзитета „Унион – Никола Тесла“, Београд, Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, Руска Федерација
Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду
Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици
Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд
Проф. др Јурij Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија
Проф. др Зоран Лончар, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Др Ивана Стевановић, виши научни сарадник, директор Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду
Проф. др Владимир Ђурић, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд
Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинијан 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
Assistant Professor Sinem Ogis, Yasar University, Turkey
Assistant Professor Velimir Živković, University of Warwick, UK
Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Postdoctoral Assistant, Human Rights Centre, Ghent University, Belgium

Организациони одбор

Проф. др Горан Марковић, предсједник; Академик проф. др Станко Бејатовић;
Full Professor Spyridon Flogaitis; Проф. др Станка Стјепановић; Проф. др Радомир В. Лукић;
Проф. др Владимир Чоловић; Др Ивана Стевановић; Проф. др Димитрије Ћеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др Сања Савић; Доц. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крештелица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент мр Драгана Дамјановић; Виши асистент мр Мирјана Пупић; Виши асистент мр Тијана Баћовић; Виши асистент Ђорђе Перишић, ма; Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

Коуредници

Проф. др Димитрије Ћеранић; Проф. др Свјетлана Ивановић;
Проф. др Радислав Лале; Проф. др Самир Аличић

Conference Proceedings

LAW BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION

Scientific Committee

Full Professor Radomir V. Lukić, Faculty of Law, University of East Sarajevo, President
Full Professor Milenko Kreća, 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
Spyridon Flogaitis, University of Athens, Director and President of the Board of Directors of the EPLO
Full Professor Dejan Popović, Faculty of Law, University of Belgrade
Full Professor Zoran Stojanović, Faculty of Law, University of Belgrade
Academician Full Professor Stanko Bejatović, 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
Full Professor Gordana Ilić-Popov, Faculty of Law, University of Belgrade
Full Professor Vid Jakulin, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia
Full Professor Borče Davitkovski, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia
Full Professor Elena Gennadievna Bagreeva, Professor of the Financial University under the Government of the Russian Federation, Member of the Executive Committee of the International Union of Lawyers
Full Professor Dragan Bolanča, Faculty of Law, University of Split, Croatia
Full Professor Stanka Stjepanović, Faculty of Law, University of East Sarajevo
Full Professor Boris Krivokapić, Faculty of Business and Law, „MB" University, Belgrade, Law Faculty, Samara National University „S. P. Korolev", Samara, Russian Federation
Full Professor Vladimir Čolović, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade
Full Professor Velimir Rakočević, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica
Full Professor Darko Simović, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
Full Professor Jurij Toplak, University of Maribor, Slovenia
Full Professor Zoran Lončar, Faculty of Law, University of Novi Sad
Full Professor Goran Marković, Faculty of Law, University of East Sarajevo
Senior Research Fellow Ivana Stevanović, PhD, Director of the Institute of Criminological & Sociological Research, Belgrade
Senior Research Fellow Vladimir Djuric, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade
Associate Professor Dragan Gocevski, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Nort Macedonia
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
Assistant Professor Sinem Ogis, Yasar University, Turkey
Assistant Professor Velimir Živković, University of Warwick, UK
Assistant Professor Dunja Duić, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Croatia
Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Postdoctoral Assistant, Human Rights Centre, Ghent University, Belgium

Organizing Committee

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović; Full Professor Spyridon Flogaitis; Full Professor Stanka Stjepanović; Full Professor Radomir V. Lukić; Full Professor Vladimir Čolović; Ivana Stevanović, PhD; Associate Professor Dimitrije Ćeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Associate Professor Sanja Savić; Assistant Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Sanja Kreštalica; Ninoslava Radić, LL.M; Senior Teaching Assistant Dragana Damjanović, LL.M; Senior Teaching Assistant Mirjana Pupić, LL.M; Senior Teaching Assistant Tijana Baćović, LL.M; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Ćeranić, Associate Professor Svjetlana Ivanović
Associate Professor Radislav Lale, Full Professor Samir Aličić

Финансијску подршку у организацији XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Право између стварања и тумачења“, који је одржан 5. новембра 2022. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

Предсједнику Републике Српске,
г. Милораду Додику,

Предсједнику Владе Републике Српске,
г. Радовану Вишковићу,

Адвокатској комори Републике Српске,
предсједнику г. Далибору Мрши

Нотарској комори Републике Српске,
предсједници гђи Слади Ивелић

Министарству за научнотехнолошки развој, високо образовање и информационо друштво Републике Српске

Начелнику Општине Пале,
г. Бошку Југовићу

Начелнику Општине Трново,
г. Драгомиру Гаговићу

Начелнику Општине Рогатица,
г. Милораду Јагодићу

Адвокату из Бијељине,
г. Горану Василићу

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 **XI Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2022. години био највећи научни скуп у области права на простору бивше Југославије**.

С поштовањем,

ДЕКАН
Проф. др Горан Марковић

Several prominent institutions and individuals provided to us the financial support for the organization of the XI Scientific Conference on the Occassion of the Day of the Faculty of Law on the general topic „Law between Creation and Interpretation“, which was held in Pale on 5 November 2022. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

President of the Republika Srpska,
Mr. Milorad Dodik,

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

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

Notary Chamber of the Republika Srpska,
President Ms. Slada Ivelić,

Ministry for Scientific-Technological Development, Higher Education and Information Society of the Republika Srpska,

Mayor of the Municipality of Pale,
Mr. Boško Jugović,

Mayor of the Municipality of Trnovo,
Mr. Dragomir Gagović,

Mayor of the Municipality of Rogatica,
Mr. Milorad Jagodić,

Attorney,
Mr. Goran Vasilić

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 XI Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2022 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences on the territory of the former Yugoslavia 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 „Право између стварања и тумачења“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–574.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР XVII

ПЛЕНАРНА ИЗЛАГАЊА

Проф. др Миленко Креља
„САМОДОВОЉНИ ПРАВНИ РЕЖИМИ“ – ПРАВНА СТВАРНОСТ ИЛИ НЕ 1

Проф. др Спиридон Флогаитис
ПАНДЕМИЈА И ПОНОВНО ПРОМИШЉАЊЕ УЛОГЕ ДРЖАВЕ 19

Академик проф. др Станко Бејатовић
ЖИВОТНА СРЕДИНА И КРИВИЧНОПРАВНИ ИНСТРУМЕНТИ ЗАШТИТЕ (НОРМА И ПРАКСА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ) 20

Проф. др Елена Генадијевна Багрејева
УТИЦАЈ ТРЕНДА ПОВЕЋАЊА ПРАВНИХ НОРМИ НА ПРАВНИ НИХИЛИЗАМ И ПСИХО-ЕМОЦИОНАЛНО СТАЊЕ ЉУДИ 24

Проф. др Питер Мезеи
„СВЕ ШТО СИЈА НИЈЕ ЗЛАТО" – ЕМПИРИЈСКИ ПРЕГЛЕД ЧЛАНА 17 ДИРЕКТИВЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О АУТОРСКОМ ПРАВУНА ЈЕДИНСТВЕНОМ ДИГИТАЛНОМ ТРЖИШТУ 26

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО

Проф. др Родољуб Етински
НЕФОРМАЛНА МОДИФИКАЦИЈА И СУДСКО ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА 31

Проф. др Борис Кривокапић
Проф. др Артур Г. Безверхов
КОСМИЧКИ РАТОВИ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО 50

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–574.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Проф. др Небојша Раичевић
ТУМАЧЕЊЕ КАО ИНСТРУМЕНТ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ ЗА ШИРЕЊЕ УНУТРАШЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ ЕЗ/ЕУ 87

Проф. др Алан Ф. Татам
ИЗАЗОВИ ПРЕД БРИТАНСКИМ СУДИЈАМА ПРИ ТУМАЧЕЊУ ПРАВА ЕУ НАКОН ПРИСТУПАЊА (1973–1990): РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА И *MARLEASING* 101

Проф. др Федерика Расу
ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА У ЕУ ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТИМАЧЕЊА: ДОПРИНОС СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 119

Доц. др Борис Тучић
Мр Радмила Драгишић
ПОСТУПАК О ПРЕТХОДНОМ ПИТАЊУ ИЗМЕЂУ ИНТЕРПРЕТАТИВНОГ И ПРАВНОСТВАРАЛАЧКОГ ДЕЛОВАЊА СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 134

УСТАВНО ПРАВО

Проф. др Горан Марковић
О ЗНАЧАЈУ ПРАВНОГ СТАНДАРДА „ПРАВНИ ИЛИ ИЗБОРНИ СТРУЧЊАК“ ЗА ИЗБОР ЧЛАНОВА ЦЕНТРАЛНЕ ИЗБОРНЕ КОМИСИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ.....167

Проф. др Марко Станковић
НОВИ ЗАКОН О ЛОКАЛНИМ ИЗБОРИМА И ЊЕГОВ УТИЦАЈ НА ЛОКАЛНУ ДЕМОКРАТИЈУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....189

Проф. др Владимир Ђурић, виши научни сарадник
УСТАВНОПРАВНИ И УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ПРЕПОРУКА УГОВОРНИХ ТЕЛА САВЕТА ЕВРОПЕ – ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА ПРАВА – 205

Проф. др Матеј Савић
Проф. др Зоран Васиљевић
ПОДЈЕЛА НАДЛЕЖНОСТИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ИЗМЕЂУ СЛОВА И ДУХА ДЕЈТОНСКОГ МИРОВНОГ СПОРАЗУМА - ЈАВНОПРАВНИ И ПРИВАТНОПРАВНИ АСПЕКТ -.....227

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–574.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Проф. др Милан Пилиповић
КОНТРОВЕРЗЕ СТВАРАЊА ПРАВА АКТИМА ВИСОКОГ ПРЕДСТАВНИКА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 253

Проф. др Невенко Врањеш
ДЕЈТОНСКА И ПОСТДЕЈТОНСКА КОНЦЕПЦИЈА ПОЛИТИЧКОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ..... 279

Научни сарадник др Мијодраг Радојевић
ПАРАДОКСИ РЕФЕРЕНДУМА У САВРЕМЕНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА 311

ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА

Проф. др Ксаба Варга, професор емеритус
ПРАВНА ДОГМАТИКА И ЊЕНО МЈЕСТО У ПРАКТИЧНОЈ И ТЕОРИЈСКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ..... 341

Проф. др Мирјана Надаждин Дефтердаревић
У ПОТРАЗИ ЗА ПРАВИМ ЗНАЧЕЊЕМ ПРАВНОГ ПРАВИЛА..... 354

Истраживач приправник Ања Безбрадица, ма
ФУНКЦИОНАЛНА АНАЛИЗА ПРАВА 374

УПРАВНО ПРАВО

Проф. др Милош Прица
КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНИХ РЕЖИМА ДЕЛАТНОСТИ ПОЛИЦИЈЕ..... 395

Доц. др Сања Голијанин
УПРАВНИ УГОВОР У ДОМАЋЕМ ПРАВУ 417

Доц. др Јелена Старчевић
ПРОФЕСИОНАЛИЗАЦИЈА ЈАВНЕ УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – МИТ ИЛИ (РЕАЛНА) ОПЦИЈА 433

Доц. др Милица Торбица
УТИЦАЈ НАЧЕЛА ОФИЦИЈЕЛНОСТИ НА ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНКЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ УПИСА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 461

Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, том I,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, стр. 1–574.
УДК 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Проф. др. Емир Мехмедовић
Александар Дамјановић
ДРУШТВЕНИ ЗНАЧАЈ ФУНКЦИЈА ИНСПЕКЦИЈСКОГ НАДЗОРА
И ОГРАНИЧЕЊА ЊИХОВЕ ПРИМЈЕНЕ У ПРАКСИ 478

РАДНО ПРАВО

Проф. др Радислав Лале
РАСПОРЕЂИВАЊЕ ЗАПОСЛЕНИХ 501

Истраживач сарадник др Јована Рајић Ћалић
ПРАВНИ РЕЖИМ И СПЕЦИФИЧНОСТИ РАДА ОД КУЋЕ 527

Асистент Армина Чуњало, ма
АГЕНЦИЈСКИ РАД: ДИСКРЕПАНЦИЈА ИЗМЕЂУ ТУМАЧЕЊА
ПРОПИСА И ПРАКТИЧНЕ ПРИМЈЕНЕ ИНСТИТУТА 543

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА 559

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–574.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

CONTENTS

FOREWORD XVIII

KEYNOTE OPENINGS

Full Professor Milenko Kreća, LL.D.
„SELF-CONTAINED REGIMES“ – LEGAL REALITY OR NOT? 1

Full Professor Spyridon Flogaitis, LL.D.
PANDEMIC AND RECONSIDERATION OF THE ROLE OF STATE 19

Academician Full Professor Stanko Bejatović, LL.D.
ENVIRONMENT AND CRIMINAL LAW INSTRUMENTS FOR ITS PROTECTION (NORMS AND PRACTICE) 20

Full Professor Elena Gennadievna Bagreeva, LL.D.
THE INFLUENCE OF THE TREND OF INCREASING LEGAL NORMS ON LEGAL NIHILISM AND THE PSYCHO-EMOTIONAL STATE OF PEOPLE 24

Full Professor Péter Mezei, LL.D.
ALL THAT GLITTERS IS NOT GOLD – AN EMPIRICAL REVIEW OF ARTICLE 17 OF THE EUROPEAN UNION'S COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET DIRECTIVE 26

INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Full Professor Rodoljub Etinski, LL.D.
INFORMAL MODIFICATION AND JUDICIAL INTERPRETATION OF A TREATY 31

Full Professor Boris Krivokapić, LL.D.
Professor Artur G. Bezverhov, LL.D.
SPACE WARS AND INTERNATIONAL LAW 50

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–574.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Full Professor Nebojša Raičević, LL.D.
INTERPRETATION AS AN ECJ' S TOOL FOR EXPANSION OF THE EC/EU' S INTERNAL COMPETENCES.....87

Full Professor Allan F. Tatham, LL.D.
THE CHALLENGES FACING BRITISH JUDGES IN INTERPRETING EU LAW AFTER ACCESSION (1973-1990): DIFFERENCES BETWEEN THE RULE OF CONSTRUCTION AND *MARLEASING*.....101

Professor Federica Rassu, LL.D.
THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EU BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION: THE CONTRIBUTION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.....119

Assistant Professor Boris Tučić, LL.D.
Radmila Dragišić, LL.M.
THE PRELIMINARY RULING PROCEDURE BETWEEN INTERPRETATIVE AND LAWMAKING ACTIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION 134

CONSTITUTIONAL LAW

Full Professor Goran Marković, LL.D.
ON IMPORTANCE OF THE LEGAL STANDARD “LEGAL OR ELECTION EXPERT” FOR SELECTION OF MEMBERS OF THE CENTRAL ELECTION COMMISSION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 167

Associate Professor Marko Stanković, LL.D.
NEW LAW ON LOCAL ELECTIONS AND ITS INFLUENCE ON LOCAL DEMOCRACY IN THE REPUBLIC OF SERBIA.....189

Associate Professor, Senior Research Fellow Vladimir Đurić, LL.D.
CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE ASPECTS OF IMPLEMENTING RECOMENDATIONS OF COUNCIL OF EUROPE TREATY BODIES
- BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION OF LAW -.....205

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–574.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Associate Professor Matej Savić, LL.D.
Associate Professor Zoran Vasiljević, LL.D.
DIVISION OF JURISDICTION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA BETWEEN THE LETTER AND SPIRIT OF DAYTON PEACE AGREEMENT
- PUBLIC AND PRIVATE LAW ASPECT - 227

Associate Professor Milan Pilipović, LL.D.
THE CONTROVERSIES OF LAW-MAKING BY MEANS OF THE ACTS OF THE HIGH REPRESENTATIVE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 253

Associate Professor Nevenko Vranješ, LL.D.
DAYTON AND POST-DAYTON CONCEPT OF THE POLITICAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 279

Research Associate Mijodrag Radojević, LL.D.
THE PARADOXES OF THE REFERENDUM IN MODERN LEGAL SYSTEMS 311

THEORY OF STATE AND LAW

Full Professor Csaba Varga, LL.D.
RECHTSDOGMATIK AND ITS PLACE IN PRACTICAL AND THEORETICAL JURISPRUDENCE 341

Full Professor Mirjana Nadaždin Defterdarević, LL.D.
IN SEARCH OF THE TRUE MEANING OF LEGAL RULES 354

Research Assistant Anja Bezbradica, LL.M.
THE FUNCTIONAL ANALYSIS OF LAW 374

ADMINISTRATIVE LAW

Associate Professor Miloš Prica, LL.D.
CHARACTERISTICS OF LEGAL REGIMES GOVERNING THE SCOPE OF POLICE ACTIVITIES 395

Assistant Professor Sanja Golijanin, LL.D.
ADMINISTRATIVE CONTRACT IN THE LEGAL SYSTEMS OF REPUBLIC OF SRPSKA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA 417

Collection of Papers „Law Between Creation and Interpretation“, Vol. I,
Faculty of Law, University of East Sarajevo, 2023, pp. 1–574.
UDC 34(082) ISBN 978-99938-57-77-8

Assistant Professor Jelena Starčević, LL.D.
PROFESSIONALIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – A MYTH OR (REAL) OPTION 433

Assistant Professor Milica Torbica, LL.D.
THE EFFECT OF THE PRINCIPLE OF OFFICIALITY ON THE LEGAL POSITION OF THE PARTY TO THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF REGISTRATION IN THE REAL ESTATE REGISTRY IN THE REPUBLIC OF SERBIA 461

Associate Professor Emir Mehmedović, LL.D.
Aleksandar Damjanović, LL.M.
SOCIAL SIGNIFICANCE OF INSPECTION FUNCTIONS AND THEIR PRACTICAL LIMITATIONS 478

LABOR LAW

Associate Professor Radislav Lale, LL.D.
DEPLOYMENT OF EMPLOYEES 501

Research Associate Jovana Rajić Ćalić, LL.D.
LEGAL REGIME AND SPECIFICS OF WORKING FROM HOME.....527

Teaching Assistant Armina Čunjalo, LL.M.
AGENCY WORK: DISCREPANCY BETWEEN INTERPRETATION OF THE INSTITUTE AND ITS PRACTICAL APPLICATION 543

LIST OF REVIEWERS 567

П Р Е Д Г О В О Р

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Право између стварања и тумачења“, који је резултат научног скупа који је по једанаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан новембра 2022. године, 179 аутора и коаутора из 20 држава (Русија, Грчка, Италија, Мађарска, Шпанија, Француска, Уједињено Краљевство, Бугарска, Румунија, Белгија, Финска, Мексико, Колумбија, Перу, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина са ауторима из Републике Српске и Федерације БиХ) саопштили су 151 реферат на српском, руском, енглеском, италијанском, односно матерњим језицима учесника.

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 су на преко 2000 страница у четири тома објављена 102 рада од 126 аутора и коаутора из 15 држава (Русија, Италија, Мађарска, Шпанија, Француска, Бугарска, Румунија, Мексико, Перу, Србија, Сјеверна Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора и Босна и Херцеговина 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, високо образовање и информационо друштво Републике Српске као међународни научни скуп од посебног значаја прве категорије, чиме је постао један од три најбоље класификована и категорисана научна скупа из свих научних области.

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 Палама, октобра 2023. године

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

FOREWORD

We are honoured to present the Collection of Papers "The Law between Creation and Interpretation", which is the result of the Scientific Conference held for the eleventh time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the Conference held in November 2022, 179 authors and co-authors from 20 countries (Russia, Greece, Italy, Hungary, Spain, France, United Kingdom, Bulgaria, Romania, Belgium, Finland, Mexico, Colombia, Peru, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republic of Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina) presented 151 papers in the Serbian, Russian, English, Italian, or the native languages of the participants.

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 Collection of Papers contains over 2,000 pages in four volumes with 102 papers by 126 authors and co-authors from 15 countries (Russia, Italy, Hungary, Spain, France, Bulgaria, Romania, Mexico, Peru, Serbia, North Macedonia, Croatia, Slovenia, Montenegro, and Bosnia and Herzegovina with authors from the Republic of Srpska and the Federation of BiH). A third of the works was published in the world languages (English, Russian, and Italian).

The Scientific Conference that was held on the occasion of the Day of the Faculty of Law was categorized and classified by the Ministry of Scientific and Technological Development, Higher Education and Information Society of the Republic of Srpska as an international scientific conference of special importance of the first category, which made it one of the three best classified and categorized scientific conferences in all scientific fields.

The authors dealt with various issues of legal theory and practice, from all legal scientific disciplines. Their goal was to independently and critically analyze legal principles and institutes, to critically examine the legal theory and the positive law, and to make a scientific contribution to the development of legal theory and the improvements of legal systems. The multi-methodological approach, which characterizes the Collection of Papers as a whole as well as the individual works, made it possible for the scientific analysis to be versatile and rich, and the achieved scientific results to be significant for the improvement of the legal sciences.

We believe that the theorists in the field of legal sciences will get far-reaching scientific analyses, intriguing attitudes and starting points for new scientific analyses. We also hope that the 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 the legal sciences in the difficult social and political circumstances which cause numerous challenges to all those who try to solve the theoretical and practical issues which arise in the theory and practice.

In Pale, October 2023

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

ПЛЕНАРНА ИЗЛАГАЊА /
KEYNOTE OPENINGS

UDC/УДК 341
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Retired Full Professor Milenko Kreća, LL.D.

Former Judge *ad hoc* of the ICJ and ECHR, former member of Venice Commission and Permanent Court of Arbitration

„SELF-CONTAINED REGIMES" – LEGAL REALITY OR NOT?

* * *

1. GENERAL CONSIDERATIONS

Self-contained regimes being understood as completely autonomous legal structures from general international law, undoubtedly, are a form of fragmentation of general international law.

There exist a number of different, moreover a conflicting views on the nature and effects of fragmentation of general international law, due to the fact there is no accepted definition of fragmentation, but it is, as a rule, determined indirectly through its effects, positive oi negative, as regards general international law.[1]

In our opinion it seems necessary to draw a distinction between two forms of fragmentation of general international law:

i) fragmentation *stricto sensu* in terms of fragmentation of the *system* of general international law, which affects its very existence as a coherent and operating law; and

ii) fragmentation *lato sensu*, meaning the diversification and the progressive development within the system of general international law or "vertical diversification".

It seems clear that "Self-contained regimes" are a form of fragmentation *stricto sensu*. As such an attack on unity of general international law,

Milenko Kreća, *milenkokreca@gmail.com.*

[1] G. Hafner, "Pros et Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", *Michigan Journal of International Law* 25/2004, 849–863; ILC Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2005, Doc. A/CN.4/L. 682. *et al*.

tending to exist as self-sufficient legal structures. To exist, in other words by itself and for itself.

"Self-contained regimes" are an expression of attempts to relativize general international law, based on post-positivist doctrine of international law.

This doctrine is based on the postulates of liberal political theory applied to international community and international law as the law of the community.

According to the doctrine general international law lacks a normative and institutional hierarchy without which there is no real law, so that international law or, as it is call "universal legal discourse", is a fiction. Therefore, referring to the international law is only a means of manipulation imposing a particularistic language on a phenomenon that does not exist.[2]

In terms of this doctrine the necessary capacity for the effective regulation have only self-contained regimes as human rights, environmental law, cosmic and humanitarian law.

International community understood as a sociopolitical entity is also considered as an fiction that rests on universalist compulsion that was established by Plato as well as the Christian teaching on the unity of the human beings (*genus humanum*).

Under the influence of Huntington teaching about clash of civilization, postpositivist substitutes international community with national and regional-continental structures based on cultural identification of societies. For, the key element of law, as they state, is not submission but identification and cultural differentiation.

Postpositivist doctrine would result, in the deregulation of the entire parts of international relations, especially, the most delicate political ones based on fundamental principles of international law such as the sovereign equality of states, prohibition of threat and use of force in relations between states, equal right to self-determination, permanent sovereignty over national recourses etc.

It is symptomatic that the capacities for the effective regulation of international relations are recognized to relatively underdeveloped or insuffi-

[2] M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Laegal Argument*, Cambridge 1898; D. Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden 1987; A. Carty, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *EJIL* 1/1991; B. W. Hummer, "Internationale nichstaatliche Organisationen in Zeitalter der Globalsierung", *Berichte der Deutchen Gesellshaft für Volkerecht* 31/1999; *Non-State Actors as New Subject of International Law* (ed. R. Hofman), Berlin 1999; M. Koskenniemi, P. Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law* 15/2002.

ciently developed parts of international law such as human rights, environmental law and humanitarian law.

So, human rights, restrictively understood as individual rights, consist, in fact, of both legal rules and standards and values that have not received a perfect legal expression *in totto*.[3] A number of human rights, including some basic rights, are subject to inherent and facultative limitations. Even in the practice of application of the European Convention of human rights, even the most developed system of protection of human rights, margin of appreciation in terms of the space of maneuver in fulfilling obligations under the Convention is accepted.

Or, environmental law which essentially includes two parts – soft law and legal rules *stricto sensu* which are in the initial phase of its development.

As regards humanitarian law is also not without controversy, especially the Forth Geneva Convention and the Additional Protocol (1977). In the commentary of the Red Cross study, USA, the country that was engaged in a number of wars after the Second World War, pointed out that they cannot accept that "the rules which refer to the laws and customs of war express general humanitarian law".[4]

2. FRAGMENTATION *STRICTO SENSU* DURING HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

Fragmentation *stricto sensu*, whether as a fact or an idea, is well known phenomenon is inherent component of the evolution of the international law.

Classic international law gave birth to fragmentation of international law in contrast to its natural law perception that treated it as universal law applicable to all states. In fact, classic international law was rather a collection of fragments than a system of rules based on a common values and legal basis.

Classic international law was consisted of so-called European international law applied by peoples and states that have accepted Christianity from the first time and these are primarily the old states with Germanic and Latin languages as well as the states of the new worlds that developed

[3] P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London–New York 1997, 100.

[4] L. Henkin, R. Crawford Pugh, O. Schacter, H. Smith, *International Law, Cases and Materials*, Third Edition, Saint Paul 1993, 600.

from the colonies of these nations[5] – as members od "l'humanite civilisée"[6] and international law applied outside Europe, in „l'humanite barbare et l'humanite sauvage"[7] – as inferior to European international law.[8]

Another form of fragmentation in classic international law was the division into international law in peace and international law in war that functioned independently of each other and, moreover, mutually exclusive in application – *Inter bellum et pacem nihil medium est*.

The fragmentation in classic international law resulted from the combined effects of three factors, two of an objective nature and one of subjective nature.

Of objective nature were the structure of classic international law entirely consisted of *ius dispositivum* on one side, and the legality of war in the relations between states on the other.

The idea of creating a law that would treat non-European states, as objects of international law and their territories as *res nullius* and thus open up space for unhindered colonization and political control in world affairs by European powers was a relevant subjective factor.

The emergence of constitutional acts of universal political organizations the League of Nations and the United Nations – "as higher laws"[9] – which established the hierarchical structure of international law,[10] *inter alia*, and criminalized war, excluded the legal factors as objective factors of fragmentation of international law.

In positive international law the general factor of the fragmentation *stricto sensu* is subjective one in terms of political will to create and expand the freedom of action unfetter by fundamental rules of international law.

As such, it is directly related do globalization understood as collective unilateralism of ideologically and economically homogenous states that act as some kind of directory that tends to impose the rules expressing essentially their particular interests.

---

[5] See, H. Wheaton, "Elements of International Law", *Classics of International Law* (ed. J. B. Scott), Oxford–London 1936, 11–13; O. Manning, *Commentaries on the Law of Nations*, London 1839, 65.

[6] J. Lorimer, *Droit International*, Bruxelles–Paris 1885, 69.

[7] *Ibid.*

[8] H. Wheaton, 17–18. In more details, M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2022, 43–44; M Kreća, "O demokratizaciji međunarodnog prava", *Marksisticka misao* 3/1984.

[9] H. Lauterpacht, "Covenant as a 'higher law'", *BYIL* 17/1936, 55; M. Barto, "Legal Force of the United Nations", *Yugoslav Review of international Law* 1/1958, 4.

[10] See M. Kreća, "Quelques observations sur le probléme de la hierarchic des regies du droit dans le droit international public", *Yugoslav Revue of International Law* 1/1980.

As current forms of fragmentation of international law so-called constitutionalizing of the European law and new doctrine of the NATO pact can be listed.

The idea of European law as a "new legal order" was developed gradually in the Judgments of the European Court of Justice in the nineties of the last century and took an explicit form in the Judgments in Kadi and Al Barakaat cases.[11] In these Judgment the European Court of Justice "proclaimed the primacy of its internal constitutional values over the norms of international law. Rather than adopting a soft-constitutionalist approach which would seek to mediate the relationship between the norms of the different legal systems, and which would have involved the EJC in the process of shaping customary international law, the ECJ adopted a strongly pluralist approach which emphasized the internal and external autonomy and separateness of the EC's legal order from the international domain".[12]

In essence, the new doctrine and practice of NATO goes in the direction of rivalry with the United Nations including breaches of UN Charter as a regular part of its strategy.[13] That is demonstrated *inter alia* by the engagement of NATO and its Member States in elaboration of concepts as of „imminent threat" and "self-defence" as well as "humanitarian intervention" and "responsibility to protect".[14] The NATO understandings of these concepts are in irreconcilable conflict with fundamental rules of international law as demonstrated *inter alia* by military intervention in FR of Yugoslavia without authorization of UN Security Council.

Unfortunately, the international judicial bodies also contribute to fragmentation of international law. Primarily due to the fact that in the international community there is no multi-level judiciary. In addition, as stated by President of the International Court of Justice G. Guillaume in his speech to the General Assembly of UN in 2000:

"The proliferation of international courts gives rise to serious risks of conflicting jurisprudence, as the same rule of law might be given different interpretations in different cases. This is a particularly acute risk, as we are

[11] Case C-402/05P and C-415/05, P. Kadi and *Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* (2008) ECR 1-6351.

[12] G. de Burca, "The European Court of Justice and the International Legal Order of the Kadi", *Jean Monnet Working Paper* 1/09, 55, available at *http://www.ssm.com/abstract=1321313*.

[13] B. Simmer, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Ascpects", *EJIL* 10/1999, 1–22.

[14] K. Wittman, *Towards a new Strategic Concept of NATO*, Rome 2009, 50.

dealing with specialized courts that are inclined to favor their own discipline."[15]

Exempli causa, contradictory position of ICTY[16] and ICJ[17] regarding nature of control as a criterion for State responsibility.

Commenting the preliminary objections judgment of the European Court of Human Rights in *Loizidou* case[18] in part relating to jurisdiction of ECHR practically identical to Art. 36 of the Statute of International Court of Justice, then President of the World Court explained different implementations of two courts by saying that particular tribunals tends "to regard themselves as different, as separate little empires which must as far as possible be augmented".

However, it appears that even the International Court of Justice is not immune to the virus of fragmentation. The Court took two opposed positions in the meaning of "destruction" of the protected group under the Genocide Convention as one of the crucial elements of the crime of genocide in two successive Judgments on genocide cases.

In its 2007 Judgment Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), the Court accepted the determination of "destruction" in the sense given by ICTY in *Blagojević* and *Krstić* cases.[19] However, that determination was based on understanding that the intention to destroy the group extends beyond physical and biological destruction,[20] i.e. destruction in terms of so-called sociological genocide.

[15] Address of 26 October 2000, http://www.icj-cij.org. See also: G. Guillaume, *La Cour internationale de justice: situation présente et perspectives d'avenir*, *La Cour internationale de justice à l'aube du XXIème siècle, Le regard d'un juge*, Paris, 2003, 33 ff, 43–45.

[16] Appeals Chamber in the *Tadic* case, IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999, para 145.

[17] Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), ICJ Reports 2007. paras. 402–413.

[18] R. Y. Jennings, "The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers", *ASIL Bulletin* 9/1995; *Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution* (ed. L. Boisson de Chazournes *et al.*), 2–7, at 5. See also, T. Treves, "Advisory Opinions of the International Questions Raised by Other International Tribunals", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 4/2000, 215–231.

[19] Case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Hercegovina v. Serbia and Montenegro*), Merits, ICJ Reports 2007, para 296.

[20] *ICTY Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para 28; ICTY *Prosecutor v. Blagojević*, Trial Judgment, para 664.

As opposed to that determination, the Court in the Croatia case, after detailed analysis stated without any reservation, that the on scope of the Convention on Genocide is limited "to the physical and biological destruction of the group".[21]

3. THE SUBSTANCE OF „SELF-CONTAINED" REGIMES

The substance of "self-contained regimes" between the terms "self-contained regimes" and "*lex specialis* doctrine" a sign of equality is often placed – which is a wrong attitude. It seems that it is as well allowed by the Articles of State Responsibility as prepared by the International Law Commission. The Comment to the Article 55 (*lex specialis*) reads, *inter alia*, that the Article is designed to comprise both the "strong" form of *lex specialis*, including self-contained regimes, and the "week" form as a separate contractual stipulation regulating, for instance, a specific stipulation ruling out a restitution.[22]

Unless there is a close relationship between these two terms, a "self-contained regime" is a term different from a *lex specialis* maxim.

They are of different nature and function. The function of *lex specialis* is the instrumental one, while the self-contained regime's nature is a functional one. The second is a presumed judicial structure, while *lex specialis* is an operational maxim in the relationship of two or more rules of various degrees of generality.

As a maxim of the kind, *lex specialis* is of a wider range – it could be applied as an exception from the general rule, being, in this sense, the basis of a supposed "self-contained regime", as well as a concretization of a general rule.

"Self-contained regimes" as completely autonomous legal structure is a post-positivism theory construction, away from judicial reality, which, however, takes place even in the UN International Law Commission activities.

A Special Rapporteur for rules and responsibilities of states, Riphagen used to deny any common denominators within matters of responsibility of a state between the general international law and the subsystem of state responsibility comprising both primary and secondary regulation.[23]

[21] Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime on Genocide (*Croatia v. Serbia*), Merits, ICJ Reports 2015, para 136.

[22] J. Crawford, *The ILC's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Camridge 2003, 308, Para 5.

[23] Third Report on State Responsibility, YILC 1982,11, part I, 24, para 16.

The impact of the "self-contained regimes" construction can be identified in the Article 55 of the International Law Commission on state responsibility.[24]

The Article 55 (*lex specialis*) generally stipulates that rules on state responsibility are of residual nature and that they are not applied where and to the extent that the conditions for the existence of internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of International Law.

Supporters of the self-contained regimes construction refer to jurisprudence of the Permanent Court of International Justice specifically judgments in the Wimbledon case and the Diplomatic and Consular Staff case.

In the Wimbledon Case the Permanent Court of International Justice applied the Article 380 of the Treaty of Versailles, that way removing the German Neutrality Decree that ruled out smugglers' ships passage through the Canal – these ships actually were bringing ammunition to Polish naval base in Danzig during the Russian-Polish war.

However, the above was not the case of conflict of rules between the general international law on navigation through sea canals and the special regulation stipulated by the Article 380 of the Treaty of Versailles, but the case of conflict between international law and internal law of Germany.

In this view, the Court was clear and unambiguous:

"In any case, a decree of neutrality, a unilateral act of the state, cannot take precedence over the provisions of the Peace Treaty."[25]

In addition, the Article 380 of the Treaty of Versailles could hardly be qualified as *lex specialis*, because *lex generali* does not exist in the matter of the sea canals regime, but there is only a general principle of freedom of navigation which is concretized for each sea canal individually. This is why the Court reasoned on the basis of analogy with the legal regime of the sea straits:

"It is only the manifestation of „the general opinion according to which when an artificial waterway connecting two open seas has been permanently dedicated to the use of the whole world, such waterway is assimilated to natural straits in the sense that even the passage of a belligerent man-of-war does not compromise the neutrality of the sovereign State under whose jurisdiction the waters in question lie."[26]

Another case referred to by supporters of "self-contained regimes" is the case of Diplomatic and Consular staff of the USA Embassy in Teheran.

[24] ILC Articles on State Responsibility, 306–308 (hereinafter – ASR).

[25] PCIJ Publication, Ser. A, No. 1, 22.

[26] PCIJ, Ser. A, No. l, 28.

By its Judgment, rejecting the argument placed by Iran that possession of the Embassy was a sanction for illegal activities of the Diplomatic Mission members, the Court emphasized:

"86. The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic mission and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such."[27]

More precise picture of the Court finding could be seen by observing the matter within its context.

The meaning of the above finding is that diplomatic law, as a common law incorporated into the Convention on Diplomatic Relations, regulates the situation that is the *sedes materiae* of the dispute between Iran and the USA. In other words, in the context of this specific dispute the rules of general international law, as embodied in the Convention, was sufficient, which does not mean that the diplomatic law itself is "self-sufficient".

Such a conclusion follows from the operative part of the Judgment. It states, among other things, that Iran violated both its obligations to the USA "as established by the two countries by international conventions in effect (Convention on Diplomatic Relations and Convention on Consular Relations – M.K.) as well as its obligations established long ago as the rules of general international law".[28]

Violation of these obligations, according to the Paragraph 2 of the Judgment, entails Iran's liability on the international law basis. Responsibility includes due reparations as well.

It seems clear that "self-contained regimes" can only exist in a post-positivist view of general international law that is seen as fictitious legal discourse, denying at the same time the main formal sources of international law and the international community itself as a sociopolitical phenomenon.[29]

It is contrary to the elementary legal logic that a legal regime can be completely isolated from general international law. Even regimes that would strive for their full autonomy cannot be constituted in any other way than through formal sources of international law, and they can rely in their activity only on the categorical apparatus and legal instruments of interna-

[27] Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, Para. 86.

[28] *Ibid.*, para. 1.

[29] See, fn. 2.

tional law, as they can be interpreted and applied on the basis of rules and principles of international law only.

The logic is explicitly demonstrated by the European Court of Human Rights, which has jurisdiction over matters that are usually cited as an example of a self-contained regime. The Court notes that:

"...principles underlying the Convention (European Convention on Human Rights – M. K.) cannot be interpreted in a *vacuum*. The Court must also take into account any relevant rules of international law when examining the question of its jurisdiction and therefore determine the responsibility of a state in accordance with the current principles of international law, still remaining aware of the special nature of the Convention as a treaty on human rights."[30]

Therefore, it can be said that States that "can in their treaty relations make treaties beyond a single one, or more, or theoretically beyond all rules of international law (not including those of cogent nature), but they cannot make treaties beyond the *very system of international law*".[31]

If *ex hypothesis*, the existence of "self-contained regimes" were to be accepted, the question arises as to how they would be applied. For the legal rules are not applied automatically, but imply appropriate actions of the body that are supposed to apply it.

It is unclear how it could be done in the light of rules and principles of international law on interpretation as a necessary element of its application.

4. *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI* MAXIM

The maxim has a wide range *ratione materiae*. It is applied in the following cases: in cases of single treaty stipulations, in cases of conflicts of stipulations of two or more treaties, conflicts between a treaty and noncontractual standard and in cases of conflicts of noncontractual standards.[32]

In principle, *lex specialis* eliminates the application of the general legal rule on identical case. However, it should be emphasized that it does not derogate it, but suspends its application during the period of validity of the *lex specialis*.

[30] *Banković V., Belgium and others*, Decission of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII, p. 351. Grand Chamber, No. 52207/99, 12. XII 2001, Admissibility; Also *McElhinney v Ireland*, A No. 31253/96, Para 36; *Al-Adsani v. UK* A No. 37112/97, Para 55.

[31] J. Pauwely, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relate to Other Rules of International Law*, Cambridge 2003, 37.

[32] Report of the Study Group on the work of its 58th session, Para. 2.

The *lex specialis* maxim is of a relative nature[33] and as such it cannot eliminate application of the general international law in the following cases:

– if the application of a special rule was contrary to the general law purpose;

– if third countries, or any other beneficiaries of the general rule were damaged by application of the special rule; and

– if the special rule disrupted balance of rights and obligations as established by the general law.

Lex generalis and *lex specialis* are not necessary in excluding relationship. *Lex specialis* can emerge as both application and concretization of *lex generalis*.[34]

Lex specialis primarily is a principle of interpretation that resolves conflicts between rules within a particular legal system. It is not capable to terminate or annul the link between special and general rules. This is clearly confirmed by the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In the Neumeister Case, the Court emphasized that the specific obligation under Article 5 (5) of the European Convention on Human Rights, concerning compensation for unlawful arrest and detention, shall not take precedence over the more general provision on compensation under Article 50, as this would lead to consequences incompatible to the subject and purpose of the treaty. It is sufficient to take into account a specific provision when applying the Article 50.[35]

In fact, the *lex specialis* principle has an importance broader than its application in resolving conflicts of legal rules. It is also applied for the purpose of elimination of redundancies, thus preventing, at the same time, the application of compatible general and special rules.

[33] B. Simma, D. Pulkovski, "Planets and Universe; Self-contained Regimes in International Law", *EJUL* 3/2006, 488–490.

[34] For instance, the provisions of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1987) in relation to the Montreal Convention on the Protection of the Ozone Layer (1985), or as an exception to the general law. In its advisory opinion given on the Legislation on the Threat or Use of Nuclear Weapons, the International Court of Justice decided, in relation to the right to life in accordance to the Article 6 (1) of the Covenant on Civil and Political Rights and on law on armed conflicts, came to the conclusion that „The test on what arbitrary deprivation of life is belongs, however, to the applicable *lex specialis*, namely to the law applicable in armed conflicts, which is designed to regulate the conduct of hostilities". – Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, Para. 25.

[35] EHCR, *Neumeister v. Austria*, Ser. A (1974) No. 17, Para. 30. See also: Case concerning the Gabickovo- Nagymaras Project, ICJ Reports 1997, Para. 132.

Therefore, *lex specialis* makes means of coordination and integration of both general and special legal rules for the purpose of gradual regulation of a particular case, rather than an instrument of fragmentation in terms of post-positivist doctrine.

For, *lex specialis* can have logical and normative meaning only in relation to the framework of *lex generali* and within.

In the relationship between inconsistent legal rules of equal legal force and degree of generality, the conflict is resolved by application of the lex posterior *derogat legi priore* maxim.

5. SYSTEMIC INTERPRETATION AND THE ARTICLE 31 (3, C) OF THE CONVENTION ON THE LAW ON TREATIES

The Article 31(3, c) of the Convention on the Law on Treaties provides that the interpretation of international agreements, together with the context, shall take into account "... c) any relevant rules of international law applicable in relations between parties".

It provides systemic interpretation of a treaty thus affirming in the matter of conflict itself, as emphasized, the so-called system integration – instead of a disruption within the international law system.[36]

Provision of the Article 31 (3, c) is a mandatory factor of interpretation procedure, different from additional means of interpretation whose application is optional.

The term „any relevant rules of international law..." includes, in addition to general international law, all the rules contained in its main formal sources.

The idea underlying the provision of the Article 31 (3, c) of the Convention on the Law of Treaties has been accepted in case-law either explicitly or implicitly.

It is synthetically expressed by the International Court of Justice Judgment in the Case concerning the Oil Platforms (Iran v. USA). By interpreting the two provisions of the Treaty of Friendship, Economic Relations and Consular Rights (1955) concluded between the litigants, the Court pointed out, *inter alia*, that:

"The Court cannot accept that Article XX, paragraph 1 (*d*), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the

[36] C. McLachlan, "The principle of Systematic Integration and Article 31 (3, c) of the Vienna Convention", *ICLQ* 2/2005.

Treaty, in relation to an unlawful use of force. The application of the relevant rules of international law relating to this question thus forms an integral part of the task of interpretation entrusted to the Court by Article XXI, paragraph 2, of the 1955 Treaty."[37]

However, it would be wrong to understand the Article 31(3, c) as a kind of magic wand in the matter of conflict of international law rules.

The normative potential of the Article is polyvalent, since it can go in both processes – towards defragmentation and, unfortunately, towards fragmentation of international law, as Dr. Jekyll and Mr. Hyde of a kind. As regards the latter application of the rules, suffice it to point to the use of the Article 31 (3, c) in the event of a conflict between the rules of general international law and the European Convention on Human Rights in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.[38]

Although systemic interpretation itself in its ideal sense favors "system integration", the final outcome of its application depends primarily on the interpreter. Whether the interpreter in the selection of "any rule of international law", therefore either a general or a special one, will meet defragmentation or not – it is a matter of a specific case.

The above is highly benefited by various, and even contradictory, interpretations made by international courts. Even the "World Court" – the International Court of Justice – is not immune to various interpretations of a particular rule.[39]

Judgments of arbitration courts are particularly inconsistent, largely for extrajudicial reasons.[40]

6. SUCCESSIVE TREATIES RELATING TO THE SAME SUBJECT

In studying this way of resolving conflicts of rules contained in both bilateral and multilateral agreements,[41] the Study Group essentially relied on the Article 30 of the Convention on the Law of Treaties,[42] which is

[37] Oil Platforms, Merits, ICJ Reports 2003, Para. 41. Also: EHCR, *McElhinney v. Ireland*, paras. 36–37; ECHR *Fogarty v. United Kingdom*, paras. 35–36.

[38] V. Tzevelekos, "The Use of Article 31 (3, c) of the VCLT in the Case Law of EHCR; An effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology", *Michigan Journal of International Law* 3/2010.

[39] See, 4.

[40] See: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. Case* ICJ Reports 1970, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, 247–250.

[41] Report on Fragmentation of International Law..., 114–166.

[42] Article 30 of the Convention (Application of successive contracts on the same issue) provides for:

based, although not exclusively, on the principle of *lex posterior derogat legi priore*.

It is correctly noted that the later treaty does not enjoy its automatic priority, but depends on both the intention of the parties and the subject of the contract[43] – so that it is possible to give to *lex a priore* priority by interpreting especially when it comes to special provisions of successive treaties.

The interpretation of the Article 30 of the Convention given in the Study Group Report as expressing the principle of priority is correct only partially, i. e. in the part concerning provisions 2, 3 and 4 of the Article 30. However, when comes to the provision of the Paragraph 1, according to which the provisions of Paragraphs 2, 3 and 4 are applied as "subject to the Article 103 of the Charter", the interpretation is not correct.

Such an interpretation relativizes the UN Charter, whose higher position in the pyramid of legal acts in international law is provided by Article 103.

The cautious position of the International Law Convention in formulating the Article 26 of the Draft Convention on the Law of Treaties (Article

"1. Subject to the provisions of the Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of the Member States to successive treaties on the same subject shall be determined in accordance with the following points.

2. If a contract specifies that it is subject to an earlier or later treaty or that it should not be considered incompatible with that other treaty, the provisions of the latter treaty shall prevail.

3. If the members of the earlier treaty are also members of the later treaty and the earlier treaty has not been terminated or its application has not been suspended according to the Article 59, the earlier treaty shall apply only if its provisions are consistent with the provisions of the later treaty.

4. If the members of the earlier treaty are not all members of the later treaty:

a) in relation between the member states of both treaties, the rule set out in Point 3 shall apply;

b) in relations between a member state of both treaties and a member state in only one of these treaties, a treaty in which both states are members governs their mutual rights and obligations.

5. Point 4 shall apply without prejudice to the Article to any question of termination or suspension of a treaty according to the Article 60 or any question of liability which may arise for a state by concluding or applying a treaty the provisions of which are inconsistent with its obligations to another state on the basis of another treaty."

See: XXII, 6, 5. Also: M. Kreća, *Prestanak ugovora u savremenom međunarodnom pravu*, Beograd 1988,15–25; M. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston 2009, 395–415.

[43] Reports on Fragmentation..., 165.

30 of the Convention) can be understood because at the time the norms of *ius cogens* had not been parts of positive international law yet.[44]

However, the Commission has given clear indications that it considers resolving of conflicts between treaties and obligations stipulated by the UN Charter at the priority level as provisional.

The wording of the Paragraph 1 of Article 30, which provides "*Under reserve of the Article 103 of the Charter*, rights and obligations of the parties to successive treaties relating to the same particular subject matter shall be determined in accordance to the following paragraphs" (italic added), is a sufficient indication itself. Therefore, if the principle of priority was the Commission's definitive determination in the event of a conflict between the treaty and the provisions of the UN Charter, then the introductory wording "under the reserve of the Article 103 of the Charter..." would be meaningless. In addition, the Commission made it clear that its commitment was "without prejudice towards any interpretation of the Article 103 or towards its application by the competent bodies of the United Nations".[45]

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Barto, M., "Legal Force of the United Nations", *Yugoslav Review of international Law* 1/1958;
2. Carty, Anthony, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *EJIL* 1/1991;
3. Crawford, James, *The ILC's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Camridge 2003;
4. De Burca, Grainne, "The European Court of Justice and the International Legal Order of the Kadi", *Jean Monnet Working Paper* 1/09, 55, available at *http://www.ssm.com/abstract=1321313*;
5. Guillaume, Gilbert, *La Cour internationale de justice: situation présente et perspectives d'avenir, La Cour internationale de justice à l'aube du XXIème siècle, Le regard d'un juge*, Paris, 2003;
6. Hafner, Gerhard, "Pros et Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", *Michigan Journal of International Law* 25/2004;
7. Henkin, Louis, Crawford Pugh, Richard, Schacter, Oscar, Smith, Hans, *International Law, Cases and Materials*, Third Edition, Saint Paul 1993;

[44] Convention on Law on Treaties came to effect in 1980.

[45] UN Conference on the Law of Treaties, First and Secong Sessions, Vienna, 26. March – 24. May and 9. April – 22. May 1969, Official Records, 34, para 3.

8. Hummer, Waldemar, "Internationale nichstaatliche Organisationen in Zeitalter der Globalsierung", *Berichte der Deutchen Gesellshaft für Volkerecht* 31/1999;
9. *Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution* (ed. L. Boisson de Chazournes *et al.*);
10. Jennings, Robert Y., "The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers", *ASIL Bulletin* 9/1995;
11. Kennedy, David, *International Legal Structures*, Baden-Baden 1987;
12. Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia, The Structure of International Laegal Argument*, Cambridge 1898;
13. Koskenniemi, Martti, Leino, Päivi, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law* 15/2002;
14. Kreća, Milenko, "O demokratizaciji međunarodnog prava", *Marksisticka misao* 3/1984;
15. Kreća, Milenko, "Quelques observations sur le probléme de la hierarchic des regies du droit dans le droit international public", *Yugoslav Revue of International Law* 1/1980;
16. Kreća, Milenko, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2022;
17. Kreća, Milenko, *Prestanak ugovora u savremenom međunarodnom pravu*, Beograd 1988;
18. Lauterpacht, Hersch, "Covenant as a 'higher law'", *BYIL* 17/1936;
19. Lorimer, James, *Droit International*, Bruxelles–Paris 1885;
20. Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London–New York 1997.
21. Manning, O., *Commentaries on the Law of Nations*, London 1839;
22. McLachlan, Campbell, "The principle of Systematic Integration and Article 31 (3, c) of the Vienna Convention", *ICLQ* 2/2005;
23. *Non-State Actors as New Subject of International Law* (ed. R. Hofman), Berlin 1999;
24. Pauwely, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relate to Other Rules of International Law*, Cambridge 2003;
25. Simma, Bruno, Pulkovski, Dirk, "Planets and Universe; Self-contained Regimes in International Law", *EJUL* 3/2006;
26. Simmer, Brunno, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Ascpects", *EJIL* 10/1999;
27. Treves, Tullio, "Advisory Opinions of the International Questions Raised by Other International Tribunals", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 4/2000;
28. Tzevelekos, Vassilis, "The Use of Article 31 (3, c) of the VCLT in the Case Law of EHCR; An effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology", *Michigan Journal of International Law* 3/2010;

29. Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston 2009;
30. Wheaton, Henry, "Elements of International Law", *Classics of International Law* (ed. J. B. Scott), Oxford–London 1936;
31. Wittman, Klaus, *Towards a new Strategic Concept of NATO*, Rome 2009.

Legal documents and internet sources

1. *Al-Adsani v. UK* A No. 37112/97;
2. Appeals Chamber in the *Tadic* case, IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999;
3. *Banković V., Belgium and others*, Decission of 12 December 2001, Admissibility, ECHR 2001-XII;
4. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. Case* ICJ Reports 1970, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo;
5. Case C-402/05P and C-415/05, P. Kadi and *Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* (2008) ECR 1-6351;
6. Case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Hercegovina v. Serbia and Montenegro*), Merits, ICJ Reports 2007;
7. Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), ICJ Reports 2007;
8. Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime on Genocide (*Croatia v. Serbia*), Merits, ICJ Reports 2015;
9. Case concerning the Gabickovo- Nagymaras Project, ICJ Reports 1997;
10. Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980;
11. Convention on Law on Treaties;
12. ECHR *Fogarty v. United Kingdom*, paras;
13. EHCR, *McElhinney v. Ireland*;
14. EHCR, *Neumeister v. Austria*, Ser. A (1974) No. 17
15. Grand Chamber, No. 52207/99, 12. XII 2001, Admissibility;
16. *ICTY Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para 28; ICTY *Prosecutor v. Blagojević*, Trial Judgment;
17. ILC Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2005, Doc. A/CN.4/L. 682. *et al*.;
18. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996;
19. *McElhinney v Ireland*, A No. 31253/96;
20. Montreal Convention on the Protection of the Ozone Layer;

21. Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer;
22. Oil Platforms, Merits, ICJ Reports 2003;
23. PCIJ Publication, Ser. A, No. 1, 22.
24. PCIJ, Ser. A, No. l, 28;
25. Report of the Study Group on the work of its 58th session;
26. Third Report on State Responsibility, YILC 1982,11, part I;
27. UN Conference on the Law of Treaties, First and Secong Sessions, Vienna, 26. March – 24. May and 9. April – 22. May 1969, Official Records.

UDC/УДК 342:[616.98:578.834
KEYNOTE OPENINGS / *ПЛЕНАРНО ИЗЛАГАЊЕ*

Full Professor Spyridon Flogaitis, PhD

Director of the European Public Law Organization (EPLO) and
President of the Board of Directors of the EPLO, Athens,
Full Professor of the Faculty of Law, University of Athens

PANDEMIC AND RECONSIDERATION OF THE ROLE OF STATE

The pandemic had very important consequences in the field of public law and the role of public powers worldwide. In the last three decades, we lived the triumph of the ideas about small state, abstentionist state, public powers which do not spend more resources that they dispose of no matter what. The pandemic proved that the State exists because it is needed, to guarantee the good functioning of public services and among them those of public health par excellence. For a period of three years, we have evidenced the omnipresence of the State and the public powers, struggling to fight the pandemic, to keep the public services working, to maintain up to a certain level the income of those who were in confinement, to preserve a minimum functioning of the economy. The State is back and needed.

Spyridon Flogaitis, *sflogaitis@eplo.int.*

УДК/UDC 343.232:504.5/.6(497.11)
ПЛЕНАРНО ИЗЛАГАЊЕ / *KEYNOTE OPENINGS*

Проф. др Станко Бејатовић

Председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, председник Управног одбора Института за Криминолошка и социолошка истраживања у Београду, члан Председништва Међународног савеза правника у Москви

ЖИВОТНА СРЕДИНА И КРИВИЧНОПРАВНИ ИНСТРУМЕНТИ ЗАШТИТЕ (НОРМА И ПРАКСА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ)

У последње две деценије није мали број особености које карактеришу Кривично право – његову теорију и норме. Међу њима све значајније место заузима и једна за коју се то на први поглед не би могло рећи. То су кривичноправни инструменти заштите животне средине. О коликом степену актуелности ове проблематике је реч најбоље говоре три чињенице. Прво, у последњих двадесетак година све је више научно-стручних радова публикованих на ову тему. Једна од карактеристика у интервенцијама у кривичном законодавству највећег броја држава, укључујући и Републику Србију, је давање све већег значаја кривичноправним инструментима заштите животне средине путем ширења броја инкриминација којима се пружа њена заштита и на овакав начин и пооштравање законодавне казнене политике у овој области. Друго, озакоњење одговорности правних лица за извршена кривична дела што, поред осталог, треба да дође до посебног изражаја управо код кривичних дела против животне средине с обзиром на чињеницу да се она у највећем степену угрожава делатношћу не малог броја правних субјеката. Примера за то је безброј. Треће, до сада је донесено преко 2000 међународних правних аката (универзалног и регионалног карактера) с циљем изналажења адекватних инструмената за заштиту животне средине , а у децембру 2021. год. Европска Комисија је усвојила и Предлог нове ЕУ Директиве која треба да допринесе смањењу еколошког криминалитета. Предлог

Станко Бејатовић, *st.bejatovic@eunet.rs*.

дефинише нова кривична дела у овој области, поставља минимум казне за њихово извршење и посебан акценат ставља на повећање ефикасности сарадње надлежних субјеката при спровођењу закона. Такође, Предлог обавезује државе чланице да успоставе систем и мере помоћи и подршке онима који пријављују кривична дела из области заштите животне средине. Овако постављен оквир заштите животне средине представља, не само у државама чланицама ЕУ већ и у оним које то још увек нису постале, добру основу за подршку права на живот у здравој животној средини с циљем умањења њеног загађивања, и очувања ресурса који припадају свима укључујући и генерације које долазе, што само по себи говори о значају који се придаје овој проблематици.

Анализа не малог броја међународних правних аката укључујући и најновији Предлог ЕУ Директиве као и националних кривичних законодавстава уопште, а тиме и кривичног законодавства Републике Србије, показује да се све већи значај придаје кривичноправним инструментима заштите животне средине. Више је разлога за такав приступ овој проблематици с тим да је кључни међу њима чињеница да је већ поодавно постало јасно да се мерама превенције и бројним инструментима правне заштите нерепресивног карактера не може постићи жељени степен заштите животне средине. Односно, да и без кривичноправне заштите нема могућности жељеног степена заштите животне средине, да је Кривично право, иако ultima ratio средство, незаобилазан инструменат заштите животне седине. Наравно, не безусловно. Два су предуслова која морају бити испуњена да би Кривично право било у финкцији жељеног степена адекватности заштите ове универзалне вредности човечанства уопште. Прво, да постоје адекватне кривичноправне норме, норме које одговарају времену и простору на којем се примењују. Друго, да се обезбеди адекватна примена таквих норми – да под њен удар дођу сви они које их крше. Но, за разлику од сагласности око ова два предуслова адекватности заштите животне средине кривичноправним инструментима, дилеме су како то обезбедити. Није мали број отворених питања овог карактера а у зависности од одговара зависи и степен адекватности кривичноправних инструмената заштите животне средине који је још увек далеко од жељеног. Најбољи доказ исправности овакве констатације је чињеница да се још увек процесуира релативно мали број кривичних случајева овог карактера, да се процесуирани кривични случајеву по правилу односе на лакша кривична дела из ове група (најчешће кривична дела незаконит лов, незаконит риболов, шумска крађа и убијање и мучење животиња), да кривични поступци трају неоправдано дуго и да се изричу блаже кривичне санкције (по правилу минималне новчане казне и условна осуда). Ако се овоме дода и чињеница да су случаје-

ви одговорности оних који највише угрожавају животну средину – правних лица за извршена еколошка кривична дела само симболични, целокупна проблематика додатно добија на својој актуелности.

Стручно-критичка анализа наведених као и других питања кривичноправних инструмената заштите животне средине у Републици Србији показује следеће:

Прво, посматрано са нормативног аспекта позитивно кривично законодавство Републике Србије (њен Кривични законик и други законски текстови који као споредно кривично законодавство предвиђају кривична дела којим се штити животна средина) у сагласности је са релевантним међународним правним стандардима из ове области и као такво представља адекватну нормативну основу за жељени степен кривичноправне заштите животне средине;

Друго, када је реч о Кривичном праву као инструменту заштите животне средине уопште присутан је не мали раскорак између норме и праксе. Кривичноправне норме овог карактера још увек немају адекватну примену. Процесуира се по правилу релативно мали број кривичних случајева овог карактера, а процесуирани кривични случајеви се углавном односе на лакша кривична дела из ове групе (најчешће кривична дела незаконит лов, незаконит риболов, шумска крађа и убијање и мучење животиња), кривични поступци трају неоправдано дуго и изричу се блаже кривичне санкције (најчешће минималне новчане казне и условна осуда). Уз ово, ту је и чињеница да су случајеви одговорности оних који кроз свој делатност највише угрожавају животну средину – правних лица за извршена еколошка кривична дела само симболични – скоро да их нема.

С циљем достизања потребног степена адекватности кривичноправних норми на пољу заштите животне средине неопходно је усагласити норму и праксу – неопходно је да сви субјекти укључујући и правна лица, одговарају за извршена кривична дела овог карактера, да изречене кривичне санкције буду адекватне, кривични поступци ефикасни а извесност кажњавања због извршених еколошких кривичних дела општеприсутна;

Треће, с циљем жељеног степена адекватнсти кривичноправних норми као инструмената заштите животне средине неопходно је обезбедити виши степен међусобне сарадње субјеката откривања, доказивања, процесуирања и пресуђења еколошких кривичних дела;

Четврто, свест о неопходности кривичноправних инструмената заштите животне средине као и свест о неопходности заштите животне средине уопште потребно је подићи на виши степен;

Пето, специфичност откривања, доказивања, процесуирања и пресуђења еколошких кривичних дела захтева како мултидисциплинарни приступ, тако и поседовање посебних знања из ове области и томе је неопходно посветити већи степен пажње.

Кључне речи: Животна средина; Кривично право; Кривична дела; *Ultima ratio*; Казнена политика; Свест; Превенција; Ефикасност; Кривична санкција; Условна осуда; Новчана казна; Правно лице; Еколошки криминалитет.

УДК/UDC 340.13:613.86
ПЛЕНАРНО ИЗЛАГАЊЕ / *KEYNOTE OPENINGS*

Проф. др Елена Багреева Геннадиевна

Доктор юридических наук, профессор,
Профессор Финансового университета при Правительстве Российской Федерации

ВЛИЯНИЕ ТЕНДЕНЦИИ УВЕЛИЧЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ НОРМ НА ПРАВОВОЙ НИГИЛИЗМ И ПСИХОЭМОЦИОНАЛЬНОЕ СОСТОЯНИЕ ЛЮДЕЙ

Анализируется опасная тенденции увеличения юридических норм, оказывающих негативное влияние не только на правосознание граждан, проявления правового нигилизма, но и на их психоэмоциональное состояние.

Кризис мирового правопорядка, «оттолкнувшись» от новых условий жизнедеятельности в период пандемии и пост-пандемийный период, приобрел катастрофический масштаб сегодня.

До недавнего времени нам казалось, что бесконечно принимаемые нормативно-правовые акты уберегут нас от хаоса. Однако не заметили, что наряду с этой тенденцией, мы стали утрачивать необходимость принятия, следования и передачи следующему поколению базовых общечеловеческих ценностей. Забыли, что именно они, по мнению философов, юристов от Древней Греции до сегодняшних дней и лежат в основе большинства норм позитивного права. И сегодня мы столкнулись с проблемой неисполнения и их, позволяя себе нарушать законодательно закрепленные предписания, как на национальном, так и на международном уровне.

В такой ситуации законодатели решили, что пришел «их звездный час» и принялись регламентировать все сферы нашей жизни. Напомню… с принудительной силой от государства. В России, напри-

Елена Багреева Геннадиевна, *bagreg@yandex.ru*.

мер, эффективность работы высшего законодательного органа очевидна.

Еще 5 лет тому назад Уполномоченный по правам человека в РФ Татьяна Москалькова признала, что "правовой нигилизм" граждан является одной из самых серьезных проблем российского общества. За последние годы ситуация лишь ухудшилась (примеры периода пандемии, сегодня).

Мудрые же китайцы уже не одно тысячелетие предупреждают: «не дай вам Бог жить в эпоху перемен…». Сегодня мы в полной мере ощущаем на себе правоту их мысли: наш мозг не успевает ознакомиться и принять законодательные новеллы. А в условиях «неработающих» социокультурных норм, правила поведения остаются неясными, человеком овладевает фрустрация, страх, сознание теряет ориентиры в жизни, организм отказывается работать без сбоев. Чрезмерные переживания и волнения человека, обращенные во внутрь себя, приводят к психосоматическим расстройствам. По данным ВОЗ, в мире еще в 2020 году психические расстройства вошли в первую пятерку заболеваний, ведущих к потере трудоспособности: трудно себе представить какова будет «армия нетрудоспособных» в разных странах в 2023-2024 годах.

А если предостережение Платона «я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью» рассмотреть в общепланетарном масштабе, то острота поставленной проблемы станет еще очевидней.

UDC/УДК 347.77/.78:004.738.5
KEYNOTE OPENINGS / *ПЛЕНАРНО ИЗЛАГАЊЕ*

Full Prof. dr Péter Mezei, LL.D.

Professor of Law, University of Szeged, Hungary
Adjunct professor (dosentti), University of Turku, Finland

ALL THAT GLITTERS IS NOT GOLD – AN EMPIRICAL REVIEW OF ARTICLE 17 OF THE EUROPEAN UNION'S COPYRIGHT IN THE DIGITAL MARKET DIRECTIVE

The European Union's (EU) copyright liability regime for the use of subject matters in the online environment has been in motion for two decades. Based on the EU directives of the Millennium, the Court of Justice of the European Union has developed platforms' direct liability for certain end-user activities. This, coupled with the growing streaming ecosystem prompted the EU to introduce the Copyright in the Digital Single Market (CDSM) Directive in 2019. Article 17 of it obliges online content-sharing service providers (OCSSPs; practically hosting platforms) to authorize end-user uploads, and subjects them to liability in the lack of authorization or the prompt removal of illegal contents. Article 17 is the cornerstone of the EU's digital copyright reform, but its practical effectiveness is far from certain. This is what our research team has empirically tested within the frames of the EU-funded reCreating Europe project (grant no. 870626). First, we checked how selected Member States have regulated platform liability preceding the CDSM Directive and how they implemented Article 17. Second, we analysed how selected platforms, including many OCSSPs, regulate end-users' activities by their end-user licence agreements (EULAs). Our findings are clear: while the reform was both timely and necessary, its effectiveness is questionable due to the Member States' diverging implementation strategies and platforms' strategically silent or shady EULAs.

Péter Mezei, *mezei.peter@szte.hu.*

The presentation will be structured as follows. First, it summarizes how EU copyright norms and case law laid down the road to direct copyright liability of platforms for end-user uploads.

Second, it introduces the key elements of Article 17 of the CDSM Directive. The key elements of the paper are the key findings of our empirical research on the national implementation of the new regime in ten selected EU Member States and on the qualitative analysis of selected platforms' (including OCSSPs') EULAs regarding end-user freedoms ("user rights" in the current EU copyright law) codified by Article 17(7) on certain exceptions and limitations, and Article 17(9) on end-users' informational rights and a new complaint-and-redress mechanism.

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО /
INTERNATIONAL PUBLIC LAW

UDC/УДК 341.24
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Rodoljub Etinski, LL.D.

Faculty of Law, University of Donja Gorica
Faculty of Law, University of Novi Sad
Chairman of the International Law Section of the Kopaonik School of Natural Law

INFORMAL MODIFICATION AND JUDICIAL INTERPRETATION OF A TREATY

The relationship between informal modification of a treaty and its judicial interpretation becomes relevant in the case when practice in the application of a treaty reflects the informal agreement of all or majority of the parties on the meaning of a treaty and when this meaning goes beyond a meaning that can be established under Articles 31–33 of the VCLT. If such an informal agreement can be qualified as an informal modification of the treaty, recognition of the informal modification would save international courts and tribunals from uncertain interpretations and preserve the integrity of judicial function.

Key words: International treaties; Interpretation; Informal modification.

1. INTRODUCTION

This text has been written to explore the relationship between informal modification of a treaty and judicial interpretation of the treaty. The expression "informal modification" is used in this text in sense of informal amending. Author will argue that the parties can informally modify a treaty and that it would be wise that international courts and tribunals recognize such modification in certain cases. This text is aimed also at investigation of the borderline between an informal modification and interpretation, as well as exploration of the process of reaching an informal modification. Fogy border between informal modification and interpretation and uncertainty regarding informal modification may undermine in certain cases the concept of proper interpretation. The problem usually appears in practice of judicial interpretation when the meaning arrived at by an interpretation contradicts ordinary meaning of terms used in a treaty. The contradiction

Rodobljub Etinski, *etinskirodoljub@yahoo.com.*

may awake doubt that an international court did not interpret a treaty, but modified it. Modification of a treaty is beyond competence of a court, but it is in power of the parties. The integrity of judicial function might be saved, in certain cases, by recognizing informal modification made by the parties. Cases of possible recognition of informal modification by judicial bodies have not appeared often in practice. When they appear, the recognition of informal modification might help international courts and tribunal to avoid unnecessary difficulties in interpretation. The rules on interpretation of treaties have been exposed to criticism in doctrine[1] due to discretion left to interprets. On matter whether criticism is founded or not, recognition of informal modification of a treaty by international courts and tribunal would decrease criticism.

The issue of informal modification of a treaty was discussed in practice and literature.[2] The international courts do not have identical position regarding the issue, but prevailing position is that the possibility of informal modification cannot be excluded. Writers acknowledged a possibility of informal modification of a treaty by subsequent practice of the parties. The International Law Commission studied the issue and remained very cautious regarding it.

The issue whether an informal modification of a treaty is legally conceivable will be explored first. Then, attention will be focused on the following issues: the relationship between informal modification and formal amending procedure; reaching an informal agreement on modification; borderline between informal modification and interpretation; informal modification and subsequent practice in the application of a treaty as a means of interpretation; and meeting of informal modification and judicial interpretation.

[1] D. French, "Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules", *International and Comparative Law Quarterly* 2/2006, 281; U. Linderfalk, "Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making", *European Journal of International Law* 1/2015, 175; A. Bianchi, "The Game of Interpretation in International Law", *Interpretation in International Law* (eds. A. Bianchi, D. Peat, M. Windsor), Oxford 2015, 44; R. Etinski, *Tumačenje međunarodnih ugovora: pravila i praksa*, UDG, Podgorica 2020, 85.

[2] See review of literature on informal modification of treaties in Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries, adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/73/10), 59, n. 297.

2. WHETEHR AN INFOMAL MODIFICTAION OF TREATY IS LEGALY CONCEIVABLE

Article 39 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter VCLT) states that "a treaty may be amended by agreement between the parties". Preparing a draft on the law of treaties, the International Law Commission (hereinafter ILC or Commission) explained the meaning of "agreement" in sense that a treaty may "be modified even by an oral agreement or by a tacit agreement evidenced by the conduct of the parties in the application of the treaty."[3] Thus, the Commission believed that "a tacit agreement evidenced by the conduct of the parties in the application of the treaty" might be an instrument for modification of a treaty. The Commission formalized its understanding in Article 38 of the 1964 Draft, which stated: "[a] treaty may be modified by subsequent practice in the application of the treaty establishing the agreement of the parties to modify its provisions."[4] Proposing Article 38, the ILC observed that "[a]lthough the line may sometimes be blurred between interpretation and amendment of a treaty through subsequent practice, legally the processes are distinct."[5] It seems that substance of the distinction was common consent of the parties to apply a treaty differently from what was required by its certain provisions. The Commission explained that "a consistent practice, establishing the common consent of the parties to the application of the treaty in a manner different from that laid down in certain of its provisions, may have the effect of modifying the treaty."[6] Having adopted amendments of several States that Article 38 of the Draft should be deleted, the Committee of the Whole decided not to include the Article in the text recommended to the Conference and, thus, the Article did not become a part of the VCLT.[7]

In the framework of its studies of subsequent agreements and subsequent practice as means of interpretation of treaties between 2014 and 2018, the Commission addressed again the issue of informal modification of a treaty by subsequent practice in paragraph 3 of Conclusion 7 of the Draft conclusions.[8] Conclusion 7 is dedicated to "possible effects of subse-

[3] Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, adopted by the International Law Commission at its Eighteenth Session, Documents of the UN Conference on the Law of Treaties, United Nations, New York, 1971, 52.

[4] *Ibid*., 59.

[5] *Ibid*., 56.

[6] *Ibid*., 55.

[7] Report of the Committee of the Whole on its work at the first session of the Conference, Documents of the UN Conference on the Law of Treaties, United Nations, New York 1971, 158.

[8] Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties (supra: note 2).

quent agreements and subsequent practice in interpretation." Paragraph 3 reads: "It is presumed that the parties to a treaty, by an agreement or a practice in the application of the treaty, intend to interpret the treaty, not to amend or to modify it. The possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized. The present draft conclusion is without prejudice to the rules on the amendment or modification of treaties under the 1969 Vienna Convention and under customary international law."[9]

Obviously, paragraph 3 is not much friendly towards the possibility of modifying a treaty by subsequent practice. In spite of that, it seems that the paragraph does not exclude such possibility. The Commission reminded that the Vienna Conference rejected Article 38 of the 1964 Draft.[10] It noted further that in time after the Conference some writers advocated such possibility, but international courts were sceptic about it.[11] After analyzing the practice of the ICJ, the Commission concluded that the ICJ has leaved a possibility that a treaty may be modified by subsequent practice of the parties, but the Court has not recognized, for the time being, that such effect occurred in a specific case.[12] The ILC remarked, also, that the WTO Appellate Body and the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) took contrary positions to the possibility of modifying treaty by subsequent practice: the WTO Appellate Body rejected such possibility and the ECtHR recognized it explicitly.[13] It added that the position of the WTO Appellate Body might have been influenced by specific rules on dispute settlement as formulated in the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes.

The European Court of Human Rights explicitly recognized possibility of informal modification of the European Convention on Human Rights. Indeed, in the *Soering* case the ECtHR stated:

"The Convention is to be read as a whole and Article 3 (…) should therefore be construed in harmony with the provisions of Article 2 (…) (…). On this basis Article 3 (…) evidently cannot have been intended by the drafters of the Convention to include a general prohibition of the death penalty since that would nullify the clear wording of Article 2 § 1 (…).

Subsequent practice in national penal policy, in the form of a generalised abolition of capital punishment, could be taken as establishing the agreement of the Contracting States to abrogate the exception provided for

[9] *Ibid*., 51.
[10] *Ibid*., 59.
[11] *Ibid*.
[12] *Ibid*., 61.
[13] *Ibid*. 62.

under Article 2 § 1 (…) and hence to remove a textual limit on the scope for evolutive interpretation of Article 3 (…). However, Protocol No. 6 (…), as a subsequent written agreement, shows that the intention of the Contracting Parties as recently as 1983 was to adopt the normal method of amendment of the text in order to introduce a new obligation to abolish capital punishment in time of peace and, what is more, to do so by an optional instrument allowing each State to choose the moment when to undertake such an engagement. In these conditions, notwithstanding the special character of the Convention (…), Article 3 (…) cannot be interpreted as generally prohibiting the death penalty."[14]

In *Al-Saadoon and Mufdhi*, the ECtHR further confirmed such approach:

"It can be seen, therefore, that the Grand Chamber in *Öcalan* did not exclude that Article 2 had already been amended so as to remove the exception permitting the death penalty. Moreover, as noted above, the position has evolved since then. All but two of the member States have now signed Protocol No. 13 and all but three of the States which have signed have ratified it. These figures, together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances… (…) Against this background, the Court does not consider that the wording of the second sentence of Article 2 § 1 continues to act as a bar to its interpreting the words 'inhuman or degrading treatment or punishment' in Article 3 as including the death penalty (…)."[15]

The ECtHR confirmed thus that there are two methods for amending the Convention, formal by a protocol and informal by subsequent practice, but the ECtHR has never acknowledged that it based its decision on informal modification. Nevertheless, subsequent practice of the parties, relied on by the ECtHR in some cases, could be seen as it was at the edge of informal modification.

There are opinions that adoption of the Resolution 377A(V) of the General Assembly, known as the Uniting for Peace resolution and adoption of non-procedural decisions of the Security Council without a vote of a Permanent Member were cases of informal modification of the UN Charter.[16] Reporting on dynamic interpretation of constitutive instruments of

[14] *Soering v. The United Kingdom*, (app. no. 14038/88), Judgment of 6 July 1989, para. 103.

[15] *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, (app. no. 61498/08), Judgment of 4 October 2010, para. 120.

[16] The Report *Are there Limits to the Dynamic Interpretation of the Constitution and Statutes of International Organizations by the Internal Organs of such Organizations (with Particular Reference to the UN System*)? Submitted to the 7th Commission of the Institute

international organizations Ms Arsanjani stated: "These instruments are in principle drafted in general terms allowing ample scope for interpretation and adaptation to changing circumstances, hence they are in a continuous process of interpretation, some of which amounts to *de facto* or informal modifications."[17]

If one posts the issue at theoretical level, it might be said that States are free to establish rights and obligations by their consent and that this freedom is limited only by jus cogens rules. States parties to a treaty are master of the treaty.[18] By negotiating a treaty, they may indicate their intention to exclude practice in the application of the treaty as a means of its modification. If they have not done that, there is no rule in the VCLT or general international law which prohibits informal modification by practice in the application of a treaty. Principle of legal certainty would, probably, prefer formal procedure of amendment. The formal procedure provides more security regarding moment of achieving an agreement amending a treaty and regarding precise content of the agreement. Sometimes, however, the parties are facing new challenges that require speed modification of a treaty which is necessary for the treaty to be effective in new circumstances and exclusion of tacit agreement on modification would deprive the treaty of effectiveness. Or, during the process of application of a treaty, the parties learn that there are better ways for achieving the purposes of the treaty and using of the better ways becomes common practice of the parties resulting in informal modification of a treaty. Why that would not be allowed?

3. RELATIONSHIP BETWEEN INFOMAL MODIFICATION AND FORMAL AMENDING PROCEDURE

Having in view practice of the ICJ and practice of the ECtHR, Gardiner acknowledged the possibility of informal modification, but referred to certain difficulties. He wrote:

"Whether subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation is in fact interpretation or amendment is not always easy to discern. Does this distinction matter? Even if the outcome is properly construed as an amendment, for the purpose of application of a provision, the effect should be no

of International Law (2019) by rapporteur Ms Mahnoush Arsanjani, 123, 125, 139, 143, 144. Available at *https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-7-Interpretation-constitution-of-international-organizations-Arsanjani-Travaux-La-Haye-2019.pdf*.

[17] *Ibid.*, 233.

[18] J. Arato, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", *Yale Journal of International law* 38/2013, 308.

different whether what is being applied is an interpretation reflecting the agreement of the parties or an amendment reflecting the agreement of the parties. Further, if one accepts that every application of a treaty is preceded, no matter for how fleeting a moment, by an act of interpretation, subsequent practice or subsequent agreement to an amendment constituted by practice would each form a valid component of an interpretation." [19]

Gardiner's understanding correctly explains situation of unanimity of the parties. When practice in the application of the treaty establishes the agreement of all parties, the issue whether it was an agreement on interpretation or on modification of the treaty is not of great practical importance. When the practice establishes agreement only between majority of the parties, the issue whether the agreement relates to interpretation or modification matters.[20]

Gardiner continued:

"To accept this, however, would be to ignore the importance of treaty relations, procedural difficulties, and the fact that decisions of courts and tribunals, though in principle only binding on the parties to the proceedings, do have an effect comparable to precedent. Thus treaty may suppose that a procedure has been followed for amendment giving not only parties but potential parties an opportunity to participate (for example, in a revision conference for a multilateral treaty)."[21]

If one would weight benefits which informal modification may deliver and shortcomings referred to by Gardiner, benefits would prevail. Although, certain integrity of informal modification should be preserved. Informal modification should not depart to much from rules on majority of the parties necessary for adoption of amendments. A revision conference will not be convened, a formal proposal of amendment will not be negotiated, but informal modification should not go too far from provisions of a treaty on acceptance of amendment. These rules on amendments, inserted in some treaties, inform whether amendments must be adopted and ratified by all parties or by certain majority. These provisions determine sometimes effect of an amendment to the parties who did not accept it. Thus, for example, Article 108 of the UN Charter states that amendment adopted and ratified by two thirds of Members, including all Permanent Members of the Security Council, obliges all Members. Constitutions of some specialized agencies, such as the FAO or the UNSCO, allow amendments to be adopted by two-thirds majority of plenary body or, if they involve fundamental

[19] R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008, 243.

[20] The issue will be considered in section 6, under title "Informal modification and subsequent practice in the application of treaty as a means of interpretation".

[21] *Ibid.*

alterations in the aims of agency, by two-thirds of the Members. Respect for such provisions in a treaty might be relevant for preserving integrity of informal modification of the treaty. It might be easier to accept that procedure of conclusion of formal agreement on amendment by convening a revision conference, by negotiating formal proposal and by ratification of adopted amendments may be replaced by reaching informal agreement through the practice of application than to accept validity of informal agreement, constituted in the practice of majority of the parties, which obviously departs remarkably from the majority foreseen in the treaty. If rules on amendment of a treaty are missing in the treaty, they are substituted by general rules on amendments as they are laid down in Articles 39 and 41 of the VCLT. Article 39 requires agreement of all parties. Under certain conditions, Article 41 allows agreement on modification to be reached only between certain parties, but then the modification obliges only these parties. The question is, however, whether Article 39 has remained appropriate for law-making international treaties, based on solidarity and common interest of the parties, such as human rights treaties? Writing on evolutive interpretation of the European Convention, Professor Bernhard, former judge of the European Court, noted that "real problems" occurred when the European Court of Human Rights relied on some general tendences in which some States do not participate or do not react in the same manner.[22] The problem would be certainly heavier in a case of informal modification. In the *Soering* and *Al-Saadoon and Mufdhi* cases, the ECtHR has remained at Article 39 of the VCLT.

4. CONSTITUTING INFORMAL AGREEMENT ON MODIDFICTION

An informal agreement among the parties on modification of a treaty may be reached by an instantaneous act of the parties or it may be built in continuing process of application of the treaty through more successive acts. The instantaneous act may be, for example, an act of voting of the members of an international organization. An informal agreement may emerge from process of application at the moment when sufficient number of the parties apply a treaty in a way that signifies a change or do not oppose such application. The resolution Uniting for Peace was adopted, for example, by votes 52-5-2. The Soviet Union and members of the East Bloc voted against, asserting that the resolution was contrary to some provisions of the Charter.[23]The opposition of the Soviet Union was discontinued in

[22] R. Bernhard, "Evolutive Treaty Interpretation. Especially of the European Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law* 42/1991, 22.

[23] The Report (supra: note 16).

1956 when it supported employment of the Resolution concerning the Suez Canal crisis.[24] The Soviet Union voted for Resolution 119 (1956) of the Security Council,[25] which convened an emergency special session of the General Assembly. The convening of the emergency special session was based on the Uniting for Peace resolution. The process of modification of the Charter by the Resolution ended thus in 1956 when the consent of the UN Members met the condition of Article 108 of the Charter.

Process of informal modification of a treaty may be compared with the process of creation of new international customary rule. It is not necessary that all States participate in the practice by which a new rule has been constituting, but general acceptance of the rule is necessary. A new rule has been born when opposition of States to the new rule ceased. Similarly, it may be considered that an informal agreement on modification of a treaty has been reached by consonant practice of its application by the parties when it has been accepted by enough majority of the parties or by all parties, depending on relevant rules on amendments. As we have seen in the *Soering* and *Al-Saadoon and Mufdhi* cases, the consonant practice does not necessary consist of identical acts, but of acts that express same or very similar position of the parties. Difference between two processes may appear regarding persistent objector. The persistent, clearly expressed objections of a State against emerging new customary rule will deprive the rule of binding force to the State. Situation is not necessarily identical in the process of informal modification of a treaty and depends on rules on amending of the treaty. According to Article 108 of the UN Charter, as it was stated above, amendment adopted and ratified by two thirds of Members, including all Permanent Members of the Security Council, obliges all Members. If this provision would be equally meritorious for informal agreement, persistent objections of a Member or small number of Members, without a Permanent Member of the Security Council, would not save them from effects of modification of the Charter.

5. BORDERLINE BETWEEN INFORMAL MODIFICATION AND INTERPRETATION

It has been generally accepted that borderline between informal modification and interpretation of a treaty is not easy even sometimes not possible to mark.[26] Theoretically, determination of the borderline is not too

[24] *Id.* at 128.

[25] UN. Doc. S/Res/3721 (October 31, 1956), adopted by the Security Council at its 751st meeting.

[26] Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties (supra note 2), 60. See writers in note 300.

complicated. The practice in the application of a treaty reaches level of informal modification when the meaning of a treaty, as reflected by the practice, cannot be arrived at by application of Articles 31-33 of the VCLT. Using subsequent practice in the application of a treaty, as a means of interpretation in accordance with Articles 31 (3, b) and 32 of the VCLT, deprives, however, the theoretical determination of practical value. There are, however, certain indications of the borderline in international judicial practice. In the Interpretation of Peace Treaties Advisory Opinion of 1950, the ICJ stated:

"It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them. The principle of interpretation expressed in the maxim: *Ut res magis valeat quam pereat*, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions … a meaning which, as stated above, would be contrary to their letter and spirit."[27]

Commenting the quoted passage in the *Interpretation of Peace Treaties* Advisory Opinion, the ILC noted, that the position of the Court was that "to adopt an interpretation which ran counter to the clear meaning of the terms would not be to interpret but to revise the treaty."[28] The European Court of Human Rights followed the same approach in the *Soering* and *Al-Saadoon and Mufdhi* cases. The question before the ECtHR was whether prohibition of ill-treatment under Article 3 of the European Convention included prohibition of the death penalty?[29] The death penalty was explicitly permitted by second sentence of Article 2(1): "No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law". In such circumstances, referring to the practice of the parties on abolishment of the death penalty de jure or de facto, the ECtHR spoke on amending Article 2 of the European Convention.

6. INFORMAL MODIFICATION AND SUBSEQENT PRACTICE IN THE APPLICATION OF TREATY AS A MEANS OF INTERPRETATION

Informal modification of a treaty and subsequent practice in the application of treaty, as means of interpretation, are two different things, but they can meet and overlap. Article 31 (3, b) of the VCLT directs to an informal agreement established by consonant practice in the application of a treaty by all parties as authentic means of interpretation. The Article reads:

[27] Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1950, 229.

[28] Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, 39.

[29] *Soering*, para 102.

"There shall be taken into account, together with the context: any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation…". "The agreement of the parties" denotes here an informal agreement of all parties, constituted in practice in the application of a treaty. Article 32 allows using consonant practice which reflects informal agreement of some parties as a supplementary means of interpretation.

The consonant practice in the application of a treaty reflects how the parties have understood the treaty at the moment of its application. The parties are expected in the application of a treaty to follow rules on interpretation as they are laid down in Articles 31-33 of the VCLT or in the treaty itself. If the practice in the application of a treaty reflects common understanding of all parties, that will be, most probably, decisive in judicial interpretation. In the case of unanimity of all parties regarding understanding of a treaty, the issue whether they established this understanding in accordance with Articles 31-33 of the VCLT or beyond these rules and, thus, modified a treaty, has not great practical importance. It would be huge surprise if international court or tribunal would reject such understanding because it was not based in Articles 31-33, except when particular rules in the treaty require that. Article 31 (3, b) of the VCLT has opened the door for meeting and overlapping practice as a means of modification of a treaty and practice as a means of interpretation of a treaty.

Problem emerges when practice in the application of a treaty does not reflect informal agreement of all parties, but majority of them and when the informal agreement is rather an agreement regarding modification than interpretation of a treaty. In such circumstances the issue of informal modification becomes important. If the informal agreement of majority of the parties can be qualified as informal modification of a treaty, that would lift the practice above Article 32 and transform it from a supplementary means of interpretation into a decisive means. The agreement of majority in such case would be equalized by its effects with the agreement for Article 31(3, b). That would be impact of the concept of informal modification of a treaty to development of rules on interpretation.

7. MEETING OF INFORMAL MODIFICATION AND JUDICIAL INTERPRETATION

After analyzing the practice of the ICJ, the International Law Commission concluded that the ICJ has leaved a possibility that a treaty may be modified by subsequent practice of the parties, but it has not recognized,

for the time being, that such effect occurred in a specific case.[30] The ILC observed: "Rather, the Court has reached interpretations that were difficult to reconcile with the ordinary meaning of the text of the treaty, but which were in line with the identified practice of the parties."[31] Invoking two commentators, the ILC referred to the interpretation of Article 27, para. 3 of the UN Charter in the Namibia Advisory Opinion as an example of such interpretation.[32] On the other side, there are opinions, as stated above, that adoption of non-procedural decision of the Security Council in absence of the vote of a Permanent Member, was not interpretation but modification of Article 27, para. 3. Recognizing relevance of generally accepted practice regarding voting in the Security Council and avoiding to use other means of interpretation in the *Namibia* Advisory Opinion, the ICJ was maybe closest to recognize informal modification of the UN Charter. The Court had possibility to rely of informal modification of the UN Charter also in the *Certain Expenses* Advisory Opinion, but did not use it. Comparison of the *Namibia* Advisory Opinion and the *Certain Expenses* Advisory Opinion may cast some light on benefits that may be derived from recognition of informal modification.

In the *Namibia* case, South Africa objected validity of the relevant resolution of the Security Council, which asked advisory opinion, since two Permanent Members of the Security Council did not participate in the voting. Article 27 (3) of the Charter requires eleven affirmative votes of the Members of the Security Council, including concurring votes of the Permanent Members in non-procedural matters. South Africa claimed that "concurring votes" mean affirmative votes and that absence of affirmative votes of two Permanent Members invalidated the resolution. Invoking generally accepted practice by the UN Members, the ICJ rejected the objection. The Court stated:

"…the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By absenting, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed; in order to prevent the adoption of a

[30] *Ibid*., 61.

[31] Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, 61.

[32] *Ibid*., n. 308.

resolution requiring unanimity of the permanent members, a permanent member has only to cast a negative vote." [33]

The ICJ did not discuss the meaning of term "concurring" votes. The Court did not argue that concurring vote means absent vote. The issue of effects of abstention of a Permanent Member in voting or absence of a Permanent Member from meeting of the Security Council was raised already in June 1946 in debate in the UN.[34] Motives of abstention or absence were different and, in some cases, were explained not as consent with a proposed decision, but as wish not to block the Security Council.[35] The practice faced sporadic objection of some Members including a Permanent Member in early years[36]which disappeared over years. At the time of the *Namibia* case, there has been established consensus among the membership of the UN that absent vote or absence of a Permanent Member is not obstacle for adoption of a decision. It might be said that Article 27, para. 3 of the UN Charter has been modified through practice by consent of all UN Members. It might be said that by referring to the established interpretation by the membership of the practice of voluntary abstention of Permanent Members and by avoiding interpretation of expression "concurring votes", the ICJ implicitly recognized the modification of Article 27, para 3. of the UN Charter. Anyway, the Court did not discuss ordinary meaning of the terms "concurring votes" in their context and in the light of object and purpose of the Charter, neither it explored preparatory works or employed other means of interpretation.

In the *Certain Expenses* case, the ICJ interpreted certain provisions of the UN Charter to check validity of the Uniting for Peace resolution. The General Assembly asked the Court whether certain expenditures, authorized by the General Assembly regarding peacekeeping operation, constitute expenses of the Organization within the meaning of Article 17 (2) of the Charter of the United Nations? [37] In background of the question was, *inter alia*, disputed issue of distribution of competences between the General Assembly and the Security Council in respect of maintenance of international peace and security. An argument was submitted to the Court that

[33] Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971.

[34] See the Report from note 16.

[35] See, for example, explanation of France for abstention in voting on the resolution regarding hostilities between The Kingdom of Netherlands and Indonesia at The Report from note 16, 137.

[36] See positions of Argentina, Egypt and the Soviet Union at The Report from note 16, 138, 139, 141.

[37] Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, ICJ Reports, 1962, 151.

the Security Council was exclusively authorized to decide on an action and expenses of the action.[38] The argument induced the Court to explore the functions the General Assembly with respect to the maintenance of peace and security. The ICJ found relevant information in Articles 24, 14 and 18 of the Charter. Article 24 states that the members endowed the Security Council by primary responsibility for international peace and security. The Court observed that the Members did not confer to the Security Council exclusive responsibility.[39] Article 14 empowers the General Assembly to "recommend measures for the peaceful adjustment of any situation… including situations resulting from a violation of the provision of the present Charter setting forth purposes and principles of the United Nations." The Court noted that the term "measures" implied "some kind of action".[40] Article 18 confirms, as the Court remarked, that the General Assembly is authorized to decide not only on recommendations, but also on decision of "dispositive force and effect."[41] The Court found that the General Assembly was competent to recommend an action for maintenance of international peace and security and to decide on its expenses. The Uniting for Peace resolution was not directly addressed, but since it was a legal basis upon which the General Assembly recommended the peacekeeping operation, the Court indirectly confirmed validity of the resolution. The resolution was adopted by a great majority of votes in the General Assembly, but among opposed votes was the vote of a Permanent Member. Since the resolution was driven by intent to avoid blocking effect of a veto in matters of international peace and security, a voice of a Permanent Member might have a particular weight. In its Memorandum sent to the Court in written phase of the advisory proceedings, the USSR based its opposition to validity of the Uniting for Peace resolution, inter alia, on last sentence of Article 11 (2) of the Charter which states that the General Assembly will refer to the Security Council any question on which action is necessary.[42] Reading the sentence in context of Article 11 (4), the United States came to contrary interpretation.[43] Article 11 (4) declares that specific powers of the General Assembly, enumerated in the Article, do not limit general scope of Article 10. Article 10 states that the General Assembly may make recommendations on any matter within the scope of the Charter, except when the Security Council is exercising its powers regarding the matter. According

[38] *Ibid*., at 162.

[39] *Ibid*., at 163.

[40] *Ibid*.

[41] *Ibid*.

[42] Memorandum of the USSR Government, Memoires, Plaidoiries et Documents, Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), 271, *https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/11781.pdf*.

[43] Written statement of the United States of America, 206.

to the United States, the context specifies the meaning of the last sentence of Article 11 (2) in sense that the General Assembly refers the question to the Security Council when recommendation does not suffice, but a mandatory decision is necessary.[44] The Court refrained from interpreting the disputed sentence. Decisive question for the Court was "whether the resolutions authorizing the operations here in question were intended to carry out the purposes of the United Nations and whether the expenditures were incurred in furthering these operations."[45] After examination of the purposes, functions and structure of the Organization, the Court concludes that "it is apparent that the operations were undertaken to fulfil a prime purpose of the United Nations, that is, to promote and to maintain a peaceful settlement of the situation."[46] That was a key reason for a positive answer to the question of the General Assembly. The interpretation of the Court was legitimate. When contradictory information are flowing from specific provisions of a treaty, the object and purpose of the treaty gets particular weight.

The ICJ did not, however, comment different views of the SSSR and the United States regarding Article 11 (2) of the Charter. The argument of the United States was not looked very persuasive. The United for Peace resolution does not activate the competence of the General Assembly when the Assembly believes that recommendation suffice than when mandatory decision of the Security Council was disable by veto of a Permanent Member. In such circumstances the interpretation of the ICJ would be more persuasive if it relied its interpretation on generally accepted practice of the UN Members. At the time of the Opinion, all Permanent Members and great majority of the UN Members agreed about the Uniting for Peace resolution. Five emergency special sessions were convened between 1956 and 1967. Thus, the competence of the General Assembly to recommend measures in the case of threat to peace, breach of peace and aggression has been generally recognized at the time of the Opinion. Having in view that the SSSR gave its consent to the United for Peace resolution by voting for Resolution 119 (1956) of the Security Council, the argument of the SSSR was estopped in 1971. Relying to generally accepted practice, as it was done in *Namibia* Advisory Opinion, would made the interpretation of the ICJ more persuasive.

The ECtHR was in some cases at the edge of informal modification of the European Convention on Human Rights. That happened in the *Magyar*

[44] *Ibid.*
[45] *Ibid*., 158, 167.
[46] *Ibid*., 171.

Helsinki Bizottság case[47] of 2016. The question before the ECtHR was whether the term "to receive" information in Article 10 of the European Convention on Human Rights could amount meanings "to seek" or "to access" information? Article 10 of the ECHR read: "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers." The United Kingdom intervened in the proceedings on the side of Hungary and warned that: "If the Court were to recognise a right of access to information held by the State, this would far exceed the legitimate interpretation of the Convention and would amount to judicial legislation."[48] The ECtHR gave, however, positive answer to the question by collating information from various interpretative sources. It attributed "paramount importance" to comparative legislation of the Contracting Parties and instruments adopted by the Council of Europe.[49] The Grand Chamber notes that nearly all of the thirty-one member States of the Council of Europe have adopted the legislation on freedom of information which recognize the right to access to information under certain limits and conditions. It might be argued that they informally changed Article 10 of the European Convention, but the ECtHR did not say that.

8. CONCLUSION

The Vienna Conference on the Law of Treaties rejected Article 38 of the 1964 ILC Draft on informal modification of treaties. In meantime, the European Court of Human Rights recognized possibility of informal modification and the International Court of Justice has not excluded it. The International Law Commission was cautious about the idea in 2018. Many writers are friendly towards it, but some expressed some worries. There are opinions that the UN Charter has been informally modified several times by the practice of its application.

Informal modification of treaties may contribute to easier adaptation of treaties to new circumstances and may preserve effectiveness of treaties in new circumstances. It is difficult to see unavoidable obstacles to informal modification. Integrity of informal modification should be preserved by respect for rules of a treaty on majority of the parties necessary for adoption of amendments in a formal amendment procedure, such as Article 108 of the UN Charter. Many treaties contain rules on their amendments. If a

[47] *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (app. no. 18030/11), Judgment of 8 November 2016.

[48] *Ibid.*

[49] *Ibid*., para. 153.

treaty does not contain such rules, Article 39 and 41 of the VCLT provide general subsidiary rules. Article 39 requires agreement between all parties on amendments and the question may be raised whether it has remained appropriate for law-making treaties based on solidarity and common interest, such as human rights treaties.

Informal modification of a treaty may be reached by an instantaneous act of the parties or it may be built in continuing process of application of the treaty through more successive acts. Process of reaching informal modification may be compared with the process of constituting a new international customary rule. Two elements are relevant: practice of the application of a treaty and acceptance of understanding emerging from the practice by enough majority of the parties. It has been generally accepted that the borderline between informal modification and interpretation cannot be established with high level of certainty, but there are some indications in international judicial practice on the location of borderline. The ordinary meaning of the terms in a treaty is indicated as an orienteer for locating borderline.

Article 31 (3, b) of the VCLT has opened the door for meeting and, having in view blur borderline between them, for overlapping practice in the application of a treaty which constitutes informal agreement regarding modification of the treaty and practice in the application of a treaty which constitutes informal agreement regarding interpretation of the treaty. In any case, that should be agreement among all parties to a treaty. Both practices will have not only weight of an authentic means of interpretation, but a decisive means of interpretation. It would be great surprise that international courts and tribunals do not respect unanimous understanding of all parties, even if it contradicts ordinary meaning of the text of the treaty.

Article 32 of the VCLT allows using practice in the application of a treaty which reflects informal agreement of some parties regarding interpretation of the treaty as a supplementary means of interpretation. This text advocates possibility that a treaty can be modified by practice which reflects informal agreement of majority of the parties, under condition that relevant rules on amendments in the treaty foresee such majority in formal procedure of amending the treaty. Legal logic requires that such practice is raised above Article 32 and equalize it with informal modification accepted by all parties. Referring to informal modification in such cases would save international courts and tribunal from accusation for judicial legislation.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Arato, Julian, "Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organizations", *Yale Journal of International law* 38/2013;
2. Bernhard, Rudlof, "Evolutive Treaty Interpretation. Especially of the European Convention on Human Rights", *German Yearbook of International Law* 42/1991;
3. Bianchi, Andrea, "The Game of Interpretation in International Law", *Interpretation in International Law* (eds. A. Bianchi, D. Peat, M. Windsor), Oxford 2015;
4. Etinski, Rodoljub, *Tumačenje međunarodnih ugovora: pravila i praksa*, UDG, Podgorica 2020;
5. French, Duncan, "Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules", *International and Comparative Law Quarterly* 2/2006;
6. Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008;
7. Linderfalk, Ulf, "Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making", *European Journal of International Law* 1/2015.

Legal documents and internet sources

1. *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, (app. no. 61498/08) Judgment of 4 October 2010;
2. *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1962;
3. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, adopted by the International Law Commission at its Eighteenth Session, Documents of the UN Conference on the Law of Treaties, United Nations, New York 1971;
4. Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries Adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session(A/73/10);
5. *Interpretation of Peace Treaties* (second phase), Advisory Opinion, I.C. J. Reports 1950;
6. Judgments of European Court of Human Rights Judgments;
7. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971;
8. *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (app. no. 18030/11), Judgment of 8 November 2016;

9. Report of the Committee of the Whole on its work at the first session of the Conference, Documents of the UN Conference on the Law of Treaties, United Nations, New York 1971;
10. *Soering v. The United Kingdom*, (app. no. 14038/88), Judgment of 6 July 1989;
11. The Report *Are there Limits to the Dynamic Interpretation of the Constitution and Statutes of International Organizations by the Internal Organs of such Organizations (with Particular Reference to the UN System*)? Submitted to the 7th Commission of the Institute of International Law (2019) by rapporteur Ms Mahnoush Arsanjani;
12. UN. Doc. S/Res/3721 (October 31, 1956), adopted by the Security Council at its 751st meeting.

Проф. др Родољуб Етински

Универзитет Доња Горица

Универзитет Нови Сад

Уредник Секције за међународно право Копаоничке школе природног права

НЕФОРМАЛНА МОДИФИКАЦИЈА И СУДСКО ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА

Сажетак

Однос између неформалне модификације уговора и судског тумачења уговора постаје релевантан у случају када пракса у примени уговора изражава неформални споразум свих страна или већине страна о значењу уговора и када то значење није значење које су може установити применом чланова 31–33 Бечке конвенције о праву међународних уговора. Ако се такав неформални споразум може квалификовати као неформална модификација уговора, признање неформалне модификације би могло да спасе међународнсе судове и трибунале од несигурних путева тумачења и да сачува интегритет судске функције.

Кључне речи: *Међународни уговори; Тумачење; Неформална модификација.*

UDC/УДК 341.3:341.229
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Boris Krivokapić, LL.D.

Faculty of Business and Law, "MB" University, Belgrade, Serbia
Law Faculty, Samara National University "S. P. Korolev", Samara, Russian Federation

Professor Artur G. Bezverhov, LL.D.

Law Faculty, Samara National University "S. P. Korolev", Samara, Russian Federation

SPACE WARS AND INTERNATIONAL LAW

Outer space has long since become very important from the perspective of military doctrine and international law of armed conflicts. Until recently it was mostly about using it for spying (via artificial satellites) or ballistic missiles. Then the US began to develop the program "Strategic Defense Initiative," known as "Star Wars," which amounts to erecting a powerful antimissile shield above the US at high altitudes and with many of the components stationed in space (surveillance satellites, satellites for shooting down enemy missiles, etc.). In addition, there are also some hypothetical problems. One of them is the use of outer space not only for some kind of support for military operations on the ground, in the air, and on the water but also for direct (offensive) action against targets on our planet. Another issue that attracts attention is possible armed conflicts in deep space. All these issues require an appropriate response from international law. In this regard, the fact is that international treaties and universal customary international law contain a number of clear principles that should prevent armed conflicts in space, i.e., the use of space for armed conflicts on Earth. However, it is becoming increasingly evident that these principles will soon be violated. Among other things, attacks on enemy spy satellites can soon be expected in connection with the present armed conflict in Ukraine. All of this leads to changes in international space law itself, both in terms of the possible definition of new principles of space law and in connection with the need to regulate some new issues, such as, for example: what are the actual frameworks of neutrality in the war in

Boris Krivokapić, *krivokapicboris@yahoo.com.*
Artur G. Bezverhov, *bezverkhov-artur@yandex.ru.*

outer space?; is it permissible to attack private satellites that are used for spying purposes in favor of one's enemy?, and the like.

Key words: Space wars; Outer space; International law; Law of armed conflicts.

*** * ***

Many of the problems faced by international law are characteristic of every legal system, with the fact that in the case of the international legal order, they are often more pronounced than when it comes to the national laws of states. In this regard, two moments deserve special attention.

First, every right lags behind changes in society, such as scientific and technological development, environmental problems, and the like. And indeed, although there are examples to the contrary (e.g. the establishment of an international body), usually something happens first, and then it is subsequently regulated by international law. The changes in question can also concern the relationship between various individuals and groups. This also includes changes in wider frameworks, meaning especially those in relations between organized human communities, which means the states. Moreover, in such cases, the delay of (international) law is even more obvious. This is self-explanatory when you bear in mind that we are dealing with relations between sovereign entities, which are particularly complex in many ways, all of which have the effect that the process of creating new norms by the nature of things takes much longer than in the states themselves. Although laws themselves are not passed overnight, it takes much more time to agree and sign the text of an international treaty, and even more for that document to enter into force. Things are even more complicated when it comes to an agreement that codifies a certain matter at the universal level or when it comes to the emergence of a new universal international legal custom. This results in the fact that the norms of international law, as a rule, lag behind the national legal orders of the states.

Second, in the states, there is occasionally such development of social relations and antagonism between various social layers that leads to major ruptures and the transition from one system to another. As a rule, this happened as a result of sudden and relatively fast and dramatic changes, often in the form of a revolution. Something similar can be observed in international relations. Sometimes there is a situation in which the previous relationships are overcome so that new ones arise in their place. Then the existing international law, or at least some important part of it, ceases to meet the needs of the international community, which then requires the formulation and adoption of new norms and principles. What is particularly important here is the fact that in the transition period between replacing one

international legal framework with another, major or minor crises and conflicts usually occur. After all, every birth is painful.

The changes referred to here are never such to mean that the previously existing international legal order is completely abolished and completely replaced by a new one. This is neither necessary nor possible because there are certain international legal principles that have always been valid and will be valid as long as there is international law. On the contrary, changes in certain branches of international law can be dramatic. This is especially important and interesting when it comes to those branches of international law that are most closely related to vital interests, and even the very survival of states.

The immediate reason for writing this paper was what is happening in the armed conflict in Ukraine, which began on February 24, 2022. This opened up a series of concrete problems that have both practical and theoretical significance. At the same time, it has become clear that it is necessary to codify as soon as possible on a universal level many issues concerning the international legal status of outer space, celestial bodies, and space objects and, in particular, the use of the space for military purposes, especially for armed actions.

It should be reminded that international law is traditionally divided into that which functions in times of peace (lat. *jus in pace*) and that which operates in times of war (law of armed conflicts, lat. *jus in bello*). The latter, also known as war and humanitarian law, contains norms that regulate relations during hostilities, such that some means and methods of warfare are prohibited or limited, and certain categories of persons and objects are provided with the necessary protection. To be honest, the strict distinction between *jus in pace* and *jus in bello* could never be fully implemented, and this is especially true today when many norms, principles, and institutes are valid both in times of peace and in times of war (a large number of basic principles of international law, most human rights and freedoms, many international treaties, etc.). And yet, many things suggest that it is necessary to consider what happens to the norms of space law in the event of an armed conflict, and especially whether and how certain legal gaps can be filled by analogy.

In the search for answers, we will first recall the current level of development of international space law, then refer to the problem of the peaceful use of space, in order to move on to consider the role and legal status of weapons related to space, give an overview of some interesting dilemmas that already imposed practice and after all that, we tried to formulate a certain conclusion.

1. THE PRESENT MOMENT OF INTERNATIONAL SPACE LAW

In the simplest terms, outer space is the name for the unimaginably large space that is located above the Earth's atmosphere. It is generally considered that its lower limit extends from the so-called Kármán line, which is located about 100 km above the Earth's surface and represents the boundary between the Earth's atmosphere (air envelope) and outer space (upper airspace).

Outer space began to be interesting from the point of view of international law only in the second half of the last century when ways to research and use it were found and applied in practice.[1]

1.1. The need for a new codification of space law

After man soared into outer space, the first international legal rules appeared very quickly, regulating the most important issues related to the exploration and exploitation of that area.

It happened so quickly that some even started talking about the emergence of new, so-called instant international legal customs. Although the thesis about instant customs cannot be accepted,[2] it is a fact that despite the fact that since time immemorial the rule that the sovereignty of states in principle extends to the infinity of space, after the launch of the first artificial satellite, the Soviet *Sputnik 1*, no state protested although during the flight he passed through areas that theoretically represent part of the national territory of other countries (their airspace and upper airspace).[3] There were no protests even when the new Soviet and, a little later, the American artificial satellites were launched, that is, when rockets with animals and then with a human crew began to be sent. On the contrary, the members of the UN, through a series of resolutions of the UN General Assembly, expressed their legal conviction about the freedom of research and use of outer space, which indirectly expressed the common position

[1] The conquest of outer space began in 1957 when the USSR launched the first artificial satellite *Sputnik I* into Earth's orbit. The first man-made object to land on another celestial body was the unmanned Soviet spacecraft *Luna 2* which in 1959. landed on the Moon. After several test flights with dogs, he entered Earth's orbit in 1961. the first man was launched, the Soviet astronaut, Yuri Gagarin, who, in a flight that lasted 1 hour and 48 minutes, made a circle around the planet, reaching an altitude of 315 km. In the following years, constant progress was made in the conquest and exploration of space.

[2] B. Krivokapić, "On the Issue of So-Called 'Instant' Customs in International Law", *Acta Universitatis Danubius* 1/2017, 81–98.

[3] In the 92 days that it was active, the satellite, flying at a speed of 29,000 km/h at altitudes between 228 and 947 km (perigee and apogee – the lowest and highest points in the orbit), circled the Earth 1,440 times, after which it entered the upper layers of the atmosphere and burned.

that the sovereignty of states over their territories ceases in outer space. Thus, a completely new principle was born that laid the foundation for space law as a new branch of international law.

In the following years, international space law was codified through five known multilateral treaties.[4] In the meantime, most of their principles have grown into rules of universal international customary law, which means that they have become mandatory for everyone, including states that are not parties to the aforementioned agreements.

Important sources of international space law, each in its own way, are represented by *other multilateral international agreements* that deal with special issues such as the prohibition of nuclear weapons experiments in space, telecommunications and TV and other transmissions via satellite, environmental protection, use of nuclear energy in peaceful purposes (because some space objects move on nuclear propulsion) and the like;[5] numerous *bilateral agreements*, by which the states have regulated mutual relations in connection with certain issues related to this matter; *agreements between states and a specialized international organization* for space exploration and exploitation (such as INTELSAT, European Space Agency, EUTELSAT, etc.) and *agreements between two such organizations*. There are more and more such agreements, and they are more and more diverse. They include not only general agreements on the use of outer space for peaceful purposes, but also agreements on disarmament (as far as outer space is concerned), use of satellites, tracking

[4] 1) Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (1967), 2) Agreement on the Rescue of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (1968); 3) Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (1972); 4) Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (1974); 5) Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (1979). They are mostly referred to by their abbreviated names such as: Outer Space Treaty (1967), Rescue Agreement (1968), Liability Convention (1972), Registration Convention (1974), and The Moon Agreement (1979).

For the first four agreements, it can be considered that their solutions have grown into universal international customary law, which means that they have become binding for everyone. In confirmation of this, it can be stated that these agreements have a large number of members, including all the most important space powers, and that their solutions were not only not questioned, but were confirmed in various ways. On the contrary, when it comes to the Agreement on the Moon, not only does it still have a symbolic number of ratifications after more than 40 years (only 18), but even today it has not been ratified by any of the world's leading space powers – the USA, Russia, China, and India.

[5] Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (1963), Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (1963), Convention Relating to the Distribution of Program-Carrying Signals Transmitted by Satellite (1974), International Space Station Agreement (1998), Agreement Concerning Cooperation on the Civil International Space Station (2009) and others.

of launched objects, telemetry, leasing space for a spaceport (space center), and others.

What is usually called "soft law"[6] also has its place, with the most important such acts being the relevant declarations of the UN General Assembly.[7] Certain importance also belongs to the decisions and other documents of a number of regional organizations, such as the Council of Europe, the European Union, NATO, and others.[8]

In one period, space law was not only the youngest branch of international law but also the sphere of that law that was developing the fastest. It seemed that the conquest of space and space law would continue to grow without much trouble.

However, although for a time there was fierce competition between the USSR and the USA, known as the space race, since 1972,[9] which is a full half-century, there were no revolutionary breakthroughs in the conquest of space. This does not mean that these activities have completely stopped and that there were no occasional successful ventures (sending research probes into space, building, and functioning the international orbital station, etc.), but that there was no substantial progress. This is despite the fact that since 2003 China joined as a new great space power and that the number of other countries that have their own space programs is constantly increasing. At the same time, it is well known that a number of countries are working on sending human missions to neighboring planets, colonizing the moon, etc. Mars and achieving other ambitious goals. Everything

[6] Although, strictly speaking, they are not legally binding, the acts that fall under "soft law" have the great moral and political force and are a reflection of world public opinion.

[7] Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space (1963), Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting (1982), Principles Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space (1986), Principles Relating to concerning the use of nuclear energy sources in space (1986), Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking into Particular Account the Needs of Developing Countries (1996), International Cooperation in the Peaceful Use of Outer Space (1996), resolutions No. 1348 (1958), 1472 (/1959), 33 (1994) and others. which established the Committee on the Peaceful Use of Outer Space, or which regulate issues concerning its composition and work.

[8] An overview and texts of the most important sources of international space law (multilateral and bilateral treaties, declarations of the UN General Assembly, acts of specialized international organizations, etc.) can be found in *International Space Law: United Nations Instruments*, United Nations, New York 2017.

[9] That was the end of the American *Apollo* program, as part of which in the period 1968-1972 members of 6 crews of American spaceships walked on the surface of the Moon. The last landing on the Moon was on December 11, 1972. Just a little before, Venus was 1970 visited by the Soviet probe *Venus 7*, which was the first device to land on another planet, and in 1971 the first space station was launched - the Soviet *Salyut I*, with 11 crew members.

indicates that if this is not prevented by some kind of global catastrophe, new successes in this area of human activity are ahead, relatively quickly (in the next few decades) and with the participation of an ever-widening circle of countries.

Although there were no epoch-making developments, in the period from the 90s of the last century, until a few years ago, there was wide international cooperation in the conquest of space, including joint programs of various countries, the sending of the first international orbital station (1998) and others. This gave rise to the hope that maybe conquering outer space, which is very demanding, expensive, and risky, so it is better to join forces, might be one of the factors that will contribute not only to peaceful relations and cooperation in space but also to the improvement of overall relations on Earth itself. However, over the past few years, the situation has worsened, which, among other things, has brought to the fore the issue of possible space wars.

According to what has been stated, international space law had a short period of boom, but then everything, conditionally speaking, froze, so even today the most important legal sources in this matter are the first four multilateral treaties, concluded in 1967-1974. Mr. In the meantime, a lot has changed.

The time has come to codify this matter in a new, more modern, and more complete way. One that would respond to new needs, prevent many disputes and conflicts, establish acceptable rules for all, and the like. A particularly important place in this should belong to the precise regulation of security or issues of using outer space for military purposes and, ultimately, the specific rules of warfare in space or from outer space. In other words, everything indicates that a new codification of both space law as such and the international law of armed conflicts in the part that concerns space wars awaits us soon.

The mention of space wars may sound strange when you consider that since the first day of the regulation of relations in connection with it, the peaceful use of outer space has been constantly insisted on. However, nothing is that simple.

1.2. Peaceful use of space

Existing international space law regulates a number of important issues, such as the legal status of outer space, celestial bodies, astronauts and space objects; registration of space objects; space navigation regime; rescuing astronauts, and space objects; liability for space damage; preservation and protection of the environment; exploitation of outer space, etc.

For many reasons, those principles concerning security and, in particular, the use of outer space for peaceful purposes are of particular importance, implying a number of accompanying problems such as the prohibition of placing and using weapons of mass destruction in space and the like.

Many of these issues have been sufficiently addressed in the legal literature, so there is no need to deal with them separately.[10] What we are primarily interested in here is the principled problem, which is usually defined as the peaceful use of outer space, and essentially boils down to the question of whether space can be used for military purposes and under what conditions.

In the simplest terms, the most important rules in this area come down to 1) the obligation of peaceful use of outer space; 2) the ban on the militarization of space, and 3) the ban on placing weapons of mass destruction in space, the ban on experiments with those weapons and the ban on the use of those weapons.

Although it is not directly about regulating the rules of space war, the mentioned issues are also closely related to it. If outer space is used exclusively for peaceful purposes, it is clear that there are not and cannot be armed conflicts in it. The same applies in principle to the ban on the militarization of outer space, while the bans related to weapons of mass destruction have a narrower scope because they essentially lead to the prevention of only war with the use of nuclear or other weapons of mass destruction, without affecting possible armed conflicts with means that do not belong to weapons of mass destruction (e.g. conventional weapons or energy lasers). With that in mind, here we will primarily deal with the problem of peaceful use of the space because everything else depends on how it is viewed.

All General Assembly resolutions concerning the exploration and use of space insisted that it must be done peacefully. Moreover, many of them were called exactly that - *International Co-operation in the Peaceful Uses of Outer Space* (resolutions from 1959, 1961-1963, 1965-1966, 1969-1993, 1995-2019, 2021-2022), and some that had different names, also mentioned the peaceful use of the space.[11]

It should be added that Art. III of the most important source of

[10] M. N. Schmitt, "International Law and Military Operations in Space", *Max Planck UNYB* 10/2006, 89–125; A. G. Quinn, "The New Age of Space Law: The Outer Space Treaty and the Weaponization of Space", *Minnesota Journal of International Law* 2/2008, 475–502.

[11] After all, the first among these resolutions, the one from 1958, was called the *Question of the Peaceful Use of Outer Space*.

international law in this matter, the Outer Space Treaty (1967), obliges states to carry out activities in the exploitation and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, in accordance with international law, including the UN Charter, in the interest of maintaining international peace and security and promoting international co-operation and understanding. In addition, Art. IV/2 of the Treaty specifies that the Moon and other celestial bodies shall be used exclusively for peaceful purposes, and expressly prohibits the establishment of military bases, devices, and fortifications, the testing of any type of weapons, and the conduct of military maneuvers on celestial bodies. The Treaty (Art. IV/1) specifically prohibits the placing in orbit around the Earth of any object carrying nuclear weapons or any other kinds of weapons of mass destruction, installing such weapons on celestial bodies, or stationing such weapons in outer space in any other manner.[12]

This alone should be enough for the conclusion that outer space must not be used for military purposes, which means neither as a place for attacks on Earth nor as a space for carrying out hostilities.

However, it must be noted that the Outer Space Treaty (1967) in Art. IV/2 also specifies that the use of military personnel for scientific research and for any other peaceful purposes is not prohibited, and in particular that although it prohibits experiments with all types of weapons, it does not prohibit the stationing of any weapons in space. In other words, according to current international law, weapons can be kept in space, provided that they are not weapons of mass destruction and that no experiments are carried out with those weapons.

Namely, a special, narrower interpretation of the principle of peaceful use of outer space prevailed in practice, which boils down to the fact that only aggressive actions are prohibited. In other words, instead of understanding that there is an absolute prohibition of its militarization, the position was soon reached that space can be used for military activities, as long as they are not aggressive in nature, that is, as long as it is "passive"

[12] Significantly better solutions are contained in the Agreement on the Moon (1979), which stipulates the obligation to use the Moon exclusively for peaceful purposes; prohibits any threat or use of force or any other hostile act or threat of hostile act on the Moon, and the use of the Moon to commit any act or engage in any threat against Earth, the Moon, spacecraft, spacecraft personnel or man-made space objects; prohibits placing in orbit around the Moon or in another path towards it or around it objects carrying nuclear weapons or some other type of weapons of mass destruction, as well as placing or using such weapons on or in the Moon; it prohibits the establishment of military bases, installations, and fortifications on the Moon, weapons tests of any kind and military maneuvers. However, not only are the solutions of this treaty limited only to the Moon, but the Agreement has no real significance in practice since it has been ratified by only 18 countries to date, none of which are among the leading space powers.

("soft") and not "active" ("firm") use of space for military purposes. Despite the opposition of the USSR and a number of other countries, the USA insisted on such an approach and practically imposed it on the other countries, which were left to either put themselves in a disadvantageous position by unilaterally giving up military activities in space, or to accept the position and practice of the USA.[13]

The Americans also tried to find a theoretical explanation for their approach. Drawing attention to the fact that the word "peaceful" is used in different contexts, they pointed out that in the sense of the UN Charter and international law, it is used as the opposite of the word "aggressive", so they also referred to the argument that the navigation of the naval armed forces in the open sea itself does not constitute a violation of international law as long as warships, although armed, behave peacefully (do not use force). It must be admitted that these reasons have their weight.

In addition, one can understand the fear of states that if they give up all weapons related to relations in space, they will be exposed to a possible attack by an adversary and at the same time remain powerless to respond to it. And the right to self-defense is a legitimate right of all subjects, including the state. Although there is no doubt that the happiest solution would be for all countries to give up space weapons, which would be a guarantee for peace in the world, due to the ever-present mistrust between the governments of the countries, this is not realistic, at least for now. After all, it must be recognized that the possession of certain space weapons can be important not only for international armed conflicts but also for the fight against space pirates and space terrorists, for breaking asteroids and other celestial bodies flying towards the Earth, and the like.

Be that as it may, by adopting the approach advocated by the US, a new customary rule was introduced, which opened up space for an arms race[14] and various military activities in space, the reach and scope of

[13] It is interesting to note that at the very beginning of the conquest of space, it was the USA that advocated for its complete demilitarization. Such a proposal was made on October 10, 1957, by the US ambassador to the UN, Henry Canot Lodge Jr., who also pointed out in his speech that his government sought the creation of an international inspection system to assure that all space launches took place "for exclusively peaceful and scientific purposes". It should be noted, however, that this was less than a week after the USSR launched the first artificial satellite (October 4, 1957), so it is clear that this was an effort to prevent the USSR from gaining a dramatic advantage in this field.

[14] A. Rosas, "The Militarization of Space and International Law", *Journal of Peace Research* 4/1983, 357–364; M. Bourbonnière, R. J. Lee, "Legality of the Development of Conventional Weapons in Earth Orbit: Balancing Space Law and the Law of Armed Conflict", *European Journal of International Law* 5/2007, 873–901; B. Stephenson Kuplic, "The Weaponization of Outer Space: Preventing Extraterrestrial Arms Race", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 4/2014, 1123–1163; Z.

which, especially the perspective, is difficult to see in full.

So far, those activities include the use of spy satellites and a series of public and secret steps creating new weapons.[15] Most of this does not constitute a violation of the existing rules of international space law, since, to recall, the Outer Space Treaty does not prohibit the stationing in Earth's orbit of those weapons that are not weapons of mass destruction. On the other hand, the question of when we can talk about testing weapons in space can be the subject of disputes and various interpretations.

According to the above, although international space law insists that outer space can only be used for peaceful purposes, it does not foresee its complete demilitarization. If, by the way, there was an accepted rule that no weapon should be placed in space, and if in practice states consistently adhered to it, there would be no talk of space wars. Thus, it is a fact that weapons that are developed and stored tend to be used at some point. Also, one should be realistic about the actual reach of a possible complete ban on weapons in space. Even if states one day accept that solution, sooner or later some of them will break that rule, which will lead other states to do the same. After all, one of the most important principles of modern international law is the prohibition of the use of force and the threat of force, so we are still witnessing that armed conflicts have not been eradicated.

In short, the fact is that modern international law contains a series of principles that, if consistently respected, should ensure that eternal peace reigns in the universe. This is even clearer in light of some of the most important principles of international space law, such as the rule that states must carry out space activities in accordance with international law, including the UN Charter (which then implies an explicit prohibition of force); the prohibition of stationing in space nuclear and other weapons of mass destruction; the rule that the Moon and other celestial bodies can be used exclusively for peaceful purposes; the prohibition of establishing military bases, devices, and fortifications on celestial bodies; the prohibition of conducting experiments with all types of weapons on celestial bodies and performing military maneuvers on them; etc.

For now, states are respecting these bans and restrictions. And yet, all that can change in an instant. One should be prepared for the fact that the

Shapira, G. Baram, "Space Arms Race: Global Trends and State Interests", *Cyber, Intelligence, and Security* 2/2019, 3–21.

[15] For example, it is known that the Russian military satellite *Kosmos 2542*, which was launched in 2019. positioned in orbit around the Earth near the American spy satellite *USA-245*, launched in 2013. The Americans concluded that the Russian device was spying on their satellite, that this tracking had a "disturbing character" and represented a direct threat to their apparatus.

leading world powers, as well as large transnational companies, whose role in the conquest of space will continue to grow in the future, will stop respecting established solutions at the moment when they conclude that it does not suit their interests and at the same time assess that no one is in it for them. cannot prevent or punish them.

2. OUTER SPACE AND WAR OPERATIONS

Outer space has been used for military purposes for a long time in various ways, but for now, this does not mean combat itself, or the immediate conduct of hostilities. However, there are many indications that war operations will relatively quickly extend to space, including in principle both military actions from space against targets on earth, as well as skirmishes in space itself. As things stand now, it's not a question of if it will happen, but when it will happen. This requires that we look at that problem even in the briefest terms.[16]

Space wars will be the result of armed conflicts on Earth and represent the result of the natural tendency of each conflicting party to use everything that is in its favor. Therefore, it is no wonder that the strongest and most developed countries in the world are already developing not only means for peaceful exploration and use of space, but also space weapons and special space armed forces.[17]

[16] On various aspects of space warfare: B. Preston *et. al.*, *Space Weapons: Earth Wars, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/2011/RAND_MR1209.pdf*; J. Maogoto, S. Freeland, "The Final Frontier: The Laws of Armed Conflict and Space Warfare", *Connecticut Journal of International Law* 1/2007, 165–196; J. M. Klein, *Space Warfare: Strategy, Principles and Policy*, Taylor and Francis, London–New York 2012; D. Stephens, C. Steer, "Conflicts in Space: International Humanitarian Law and Its Application to Space Warfare", *Annals of Air and Space Law* 40/2015, 1–32; K. Mačák, "Silent War: Applicability of the Jus in Bello to Military Space Operations", *International Law Studies* 94/2018, 1–38; D. Stephens, "The International Legal Implications of Military Space Operations: Examining the Interplay between International Humanitarian Law and the Outer Space Legal Regime", *International Law Studies* 94/2018, 75–101; P. Szymanski, "How to Fight and Win the Coming Space War", *Strategic Studies Quarterly* Fall 2019, 1–46; P. Szymanski, "Techniques for Great Power Space War", *Strategic Studies Quarterly*, Winter 2019, 78–104; B. E. Bowen, *War in Space: Strategy, Spacepower, Geopolitics*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2020; E. Tepper, "Space Force One: The Complex Laws of Space Warfare", 1–72, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=-3672841*; S. Egeli, "Space-to-Space Warfare and Proximity Operations: The Impact on Nuclear Command, Control, and Communications and Strategic Stability", *Journal for Peace and Nuclear Disarmament* 1/2021, 116-140; Б. Кривокапич, *Международное право в период вооруженных конфликотв,* Самара 2021, 598–606.

[17] Not only the USA, Russia and China already have such forces, but also Australia, France, India, Canada, the United Kingdom and some other countries.

The advantages provided by aviation in war, including the ability to destroy targets from a height, are potentially even greater if dominance is ensured from outer space - from an artificial satellite or some other device orbiting the planet. It follows that conflicts can be expected in that part of outer space that is relatively close to us (Earth's orbital space) in order to bring it under control. In other words, it is about the use of space to support war operations, that is, to win battles that are fought on Earth, including the airspace above it. In this regard, it is known that for years there have been plans to use space platforms ("space bases") with laser cannons that could easily destroy any target on any part of the Earth.

Probably much faster than we assume, the conquest of space will also mean the colonization of celestial bodies, so that the problem of armed conflicts can easily open up in that space as well. No matter how interesting it is, that problem is relatively far away at the moment, so it is difficult to say anything about the character of those conflicts and, in particular, what legal norms they will be regulated by.

Finally, armed conflicts with beings from other worlds cannot be ruled out either. No matter how incredible and even frivolous such thoughts seem at the moment, no one knows what the future holds for us or what secrets are hidden in the depths of the universe. After all, it is enough to recall that the first man soared into space only half a century ago, and that research probes from Earth have been cruising beyond the boundaries of the solar system for a long time.

In short, as long as people are the way they are, armed conflicts, even major wars, must be reckoned with. The only thing that has so far prevented the clashes from being transferred into space is the lack of conditions for normal human life and, in particular, the lack of a sufficiently large and effective amount of space weapons. As soon as it accumulates, the danger of space war will become very real. For now, apart from the general prohibition against using outer space for military purposes, international law has no answer to these challenges. After all, as always, a lot is in the realm of politics rather than law.

3. THE PRACTICE OF USING OUTER SPACE FOR MILITARY PURPOSES

3.1. Some Examples

The first case of the use of outer space for military purposes occurred significantly before the first steps in the conquest of space, before the adoption of the UN Charter with its prohibition of force in international relations, and, all the more, before the emergence of the first universal

sources of international space law, with their explicit rules on exclusively peaceful use of outer space.

Namely, the first man-made objects that reached space were the famous German ballistic missiles *V-2* (short for *Vergeltungswaffe*, the weapon of revenge) with a suborbital flight path.[18] The height record of one of them, was achieved in 1944. it was about 175 km, i.e. about 75 km above the so-called Kármán's line, from which the space is thought to begin. Therefore, it could be said that it was the first space weapon because it attacked targets from space.[19] Because it was too advanced for that time, its status was not regulated by international law, except that during the WW2 the Allies claimed that the tool was prohibited due to its inaccuracy, because it was a means of indiscriminate attack i.e. the one without selecting targets.

Here is an opportunity to point out the difference between space weapons in the narrower and broader sense, whereby in the first case we mean only the tool that is stationed in the universe, and in the second, in addition to that, any other weapon that is closely related to outer space. In this sense, rockets that are stationed on Earth and have a connection with space only insofar as they pass through it at some point could also be considered space weapons in a broader sense.

When it comes to space weapons in the narrower sense, their development begins shortly after the first steps in the conquest of space. Namely, since the 60s of the last century, the use of artificial satellites for military purposes began. For this purpose, not only purely military devices were used, but also those that had a dual civilian-military purpose or were disguised as civilians.

According to some sources, in the middle of 2022. in the Earth's orbit, there were 5,465 operational artificial satellites, of which 3,433 belonged to the USA, 541 to China, 172 to Russia, and 1,319 to other countries. Approximately 4,700 of these devices orbited in Low Earth orbit (LEO), 140 were in Medium Earth orbit (MEO), 60 in Elliptical orbit, 565 in Geostationary orbit (GEO). and 56 in a highly elliptical orbit.[20] Out of a total

[18] Suborbital space flight is called a space flight in which the spacecraft reaches space and flies in it for a while, but (because it flies slower than the first space speed, necessary to enter orbit) relatively quickly returns to the atmosphere following a ballistic trajectory.

[19] The rockets had a warhead with 1,000 kg of explosives, reached a speed of 5,000 km/h, and hit targets up to 320 km away. The Germans launched 3,225 of those missiles (at Belgium, Great Britain, France, and the Netherlands) killing about 7,250 people, mostly civilians.

[20] Low orbit extends from 200 to 2,000 km, Medium between 2,000 and 36,000 km (with most of the satellites on it being at an altitude of 20,000 km), and Geostationary orbit at a height of about 36,000 km above the Earth's surface. The Elliptical orbit, also known as

of 3,433 US satellites, 237 were military, 172 were governmental, 31 was civilian, and 2,992 were commercial.[21] There are also somewhat different data.[22]

When it comes to military and other government satellites, they have long been used for spying (surveillance, recording, etc.), data transmission (Internet and mobile phone connection for military purposes), determining the position of persons and objects through the Global Positioning System (GPS), navigation of naval forces, etc.

Most of these activities can hardly be called peaceful. On the other hand, strictly speaking, they do not represent aggressive acts in principle, so they are considered permissible. It should be noted that there are two criteria for the permissibility of artificial satellites for military purposes. One is according to general international law, or international space law, according to which the use of such devices is permitted, as long as it does not constitute a violation of the requirements for the peaceful use of space. And secondly, where the legality of the use of those means is given according to the rules of the international law of armed conflicts, in terms of whether that use fits into the existing framework of that law. For example, if an artificial satellite is used to precisely guide a missile to a target on Earth, this cannot be considered in accordance with the rules on the peaceful use of space, but in principle, it is allowed if it is a self-defense action of a state victim of aggression, and the missile is not a weapon of mass destruction or other prohibited means and is aimed exclusively at a legitimate military objective.

In practice, artificial satellites were not only used for reconnaissance and data collection, but also for supporting armed actions. The first case was during the First Gulf War (1991) when American satellites played a key role in the swift victory of the US-led coalition forces, enabling or at least significantly facilitating navigation, communication, and weapons guidance, leading some to declare that conflict the First Space by war.[23] Even more effectively, satellites were used during the NATO aggression against Yugoslavia (1999), when they were used not only for communication and spying, but also for attacks, both in terms of target selection and tracking, and for accurate missile guidance. Since then, serious armed con-

Molniya (in Russian, "Lightning", after the family of Soviet satellites from the 60s of the last century) is specific because its perigee is at 550 km, and its apogee is at 38,900 km.

[21] UCS Satellite Database, UCS, May 1, 2022, *www.ucsusa.org/resources/satellite-database.*

[22] Every Satellite Orbiting Earth and Who owns Them, 18 Jan 2022, *https://dewesoft.com/daq/every-satellite-orbiting-earth-and-who-owns-them.*

[23] P. Anson, D. Cummings, "The First Space War: The Contribution of Satellites to the Gulf War", *RUSI Journal* 4/1991, 45–53.

flicts without more or less reliance on satellites are unthinkable.

The development of artificial satellites suitable for military use has given rise to means of combating them. These include, in particular, various anti-satellite weapons, such as interceptor satellites ("killer satellites") and anti-satellite ballistic missiles launched from land, ships, or aircraft.

The first tests of anti-satellite ballistic missiles were carried out in the USA as early as 1958, with satisfactory results achieved at the end of the 70s. The USSR, on the contrary, initially developed interceptor satellites (in 1979 it introduced them into combat duty) and only then anti-ballistic missiles.

One of the more recent cases of an apparent test of an anti-ballistic missile to destroy a satellite was on January 11, 2007, when China blew up its old weather satellite at an altitude of 865 km above the Earth. Then, on February 21, 2008, the USA destroyed their broken military spy satellite *USA-193* with a rocket. Given that such tests draw condemnation because they produce large amounts of debris, which add to the already growing and dangerous space debris,[24] such tests have continued largely in secret. Thus, when China launched a rocket at an altitude of 10,000 km on 5/13/2013 with the explanation that it was to study the Earth's magnetic field, the US expressed its suspicion that it was actually testing anti-satellite weapons. There are opinions that in 2019 alone, Russia, China, and India tested their new anti-satellite weapons.

Much attention was attracted by the fact that on November 15, 2021, Russia destroyed its old inactive satellite *Kosmos-1408*, also known as *Celina-D*, which since 1982 served for electronic reconnaissance, reporting, and guidance. This was done with the new anti-satellite missile A-235 PL-19 *Nudol* which is able to hit a target at an altitude of 800 km above the Earth. On that occasion, a number of countries, led by the USA, and also the Secretary General of the NATO alliance Jens Stoltenberg protested, stating that it was a dangerous and harmful test that produced more than 1,500 fragments that can remain in the long-term orbit and for decades threaten satellites and other space objects that are of vital importance for the security, economic, traffic, scientific and other interests of all countries. To that, the Russian government replied that the undertaking was carried out in strict accordance with international law, including the Outer Space Treaty (1967), that it was not directed against anyone, and that Rus-

[24] This is the name given to objects of different origins and sizes that orbit the Earth, such as the remains of the first stage of the launch of spaceships, lost equipment, unburnt parts of artificial satellites, satellites over which control has been lost, the remains of anti-satellite missiles testing etc. Although small, this debris orbit at a speed of 28,163 km per hour and pose a danger to astronauts and artificial satellites.

sia had timely published a NOTAM[25] navigation warning for the period 15-17 of November, by which a number of areas above the Barents and Laptev seas were closed. She additionally noted that the US knows for sure that the mentioned fragments are not and will not pose a danger to orbital stations, spacecraft, and space activities, that they are being monitored, and that similar tests in space have already been carried out by the US, China, and India. It was especially emphasized that this is a reaction to the new American space strategy adopted in 2020,[26] the goal of which is "the creation of comprehensive military dominance in space" and, in particular, to the American tests of offensive assets in orbit, including the latest modifications of unmanned *Boeing X-37* spacecraft (also known as *Orbital Test Vehicle – OTV*) that can carry out nuclear attacks from outer space.[27] Noting that it treats such activities as a threat, the Russian Ministry of Defense underlined that they are incompatible with the declared goals of the peaceful use of space, and pointed out that, bearing this in mind, the Ministry "carries out planning activities aimed at strengthening the defense capability, which excludes the possibility of sudden threats security of the state in outer space sphere and on earth by applying to existing and promising foreign space technologies".[28]

To all that has been said, it should be added that other means and methods of combating satellites exist or are being developed and tested. Some of them do not mean the physical destruction of the object itself, but its disabling by breaking the connection between it and the control center, or the satellite is simply moved (pushed) to another orbit. One of the ways is to take control of the satellite and then use it against the one to whom it

[25] Abbr. from *Notice To AirMen.* Notifications and advisories to airmen and aircrafts, sent by the competent aviation authorities via telecommunications, to warn pilots of potential hazards along the flight route or of locations that may endanger the safety of the flight. It contains information about the fact that an air show is being held, that rockets are being launched, that radio navigation devices are not working, etc. including information about the fact that flights are restricted in certain airspace due to its use by the Air Force, various tests, and the like. The issuance of these notices is provided for by the Convention on International Civil Aviation (1947) and its Annex 15.

[26] Defense Space Strategy, Summary, Department of Defense, June 2020, *https://media.defense.gov/2020/Jun/17/2002317391/-1/-1/1/2020_DEFENSE_SPACE_STRATEGY_SUMMARY.PDF*.

[27] An unmanned spacecraft for multiple use at altitudes of 200-750 km, with the ability to maneuver and quickly change orbit. Although it is officially used for carrying out various experiments and delivering small loads into space, it is assumed that it is intended for performing espionage tasks, including monitoring the space objects of other countries, with the possibility of decommissioning them. It had its first space flight on April 22, 2010.

[28] J. Amos, "Russian anti-satellite missile test draws condemnation", BBC News, 16. 11. 2021, *www. bbc.com/news/science-environment-59299101*; А. Михайлов, "Уничтожение Целины. Зачем Россия ликвидировала советский спутник в космосе", *Москва 24*, 17. 11. 2021, *www.m24.ru/articles/bezopasnost/17112021/158853*.

belonged until then.

Ballistic and anti-ballistic missiles are closely related to the use of space for military purposes. In the simplest terms, ballistic missiles, especially intercontinental ones, with a range of more than 5,500 km, follow a suborbital ballistic flight path, with the fact that they are guided only during the first phase of flight, and then, when they use up the fuel, in the second, free phase of flight, fall on the target under the influence of the laws of orbital mechanics and ballistics. The first such rocket was the already mentioned German *V-2*, but modern rockets far surpassed those performances. They are able, depending on the type, to reach a height of up to 1,800 km, which is far above the limit from which the space is considered to begin (100 km). In other words, these missiles use outer space and actually launch attacks from it. At the same time, these are potentially horrific attacks that can destroy entire countries.[29] On the other hand, although designed as weapons, such rockets can also be used for civilian purposes.[30]

Anti-ballistic missiles function in a similar way, with the purpose to intercept and destroy intercontinental and other missiles, especially those with nuclear warheads, far from the territory of the defending state. The first successful launch of an anti-missile missile was carried out in the USA in 1960. Those means have already been discussed.[31]

[29] The most powerful intercontinental missile, the Russian *RS-28 Sarmat* classified by NATO as *SS-X-30* or *Satan I,I* has 10 larger or 15 smaller nuclear warheads, with each of the former having an explosive charge of 750 kilotons (50 times more than the bomb dropped on Hiroshima, which had 15 kilotons). When we add to that that it flies at a speed of up to Mach 15, has a range of 18,000 km, is able to change its trajectory and avoid anti-missile defense, as a result of which it is able to accurately hit any target on the planet in less than an hour, it becomes clear why considered the most dangerous weapon today. It is claimed that only one Sarmatian would destroy the whole of Great Britain or half of the coast of a large continent.

[30] They have already been used as space launchers in various space exploration programs.

[31] Realizing that it is an incomparably cheaper solution than building an anti-missile shield for themselves, the USA, and the USSR in 1972. concluded the *Treaty on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems*, better known as the *Antiballistic Missile Treaty* or simply *ABM Treaty*. It stipulated that each side could have a maximum of 2 areas with anti-ballistic missiles, separated by at least 1,300 km, which left the attacked side with the opportunity to respond in an unprotected part of the attacker's territory. In addition, anti-ballistic systems were limited to 100 interceptors and launch pads in each of the two areas, and later new restrictions were introduced, so the 1974 protocol the total number of interceptors and launch pads for each party was halved. In 2002, the USA unilaterally withdrew from the Treaty and started developing its own anti-missile shield, to which Russia pointed out that there is an objective connection between offensive and defensive strategic nuclear weapons because the side that would protect itself would gain a huge strategic advantage, while the other hand, on the launch devices which are supposed to serve for defense (for anti-ballistic missiles), can quickly and easily deploy offensive missiles, which significantly reduces the flight time of the missile, and thus the time for defense and counterattack.

Considering the already mentioned difference between space weapons in the narrower and wider sense, it should be remembered that the latter also includes ballistic missiles and other means that pass through outer space on their way to their target, which actually means that they act from space, even when they are not stationed there. This is all the more true for anti-ballistic missiles that not only move through space in one part of the flight but also act in outer space itself.

Returning for a moment to the problem of the peaceful use of space, it can be noted that anti-ballistic missiles, which are defensive weapons, are proof that the reasoning that the peaceful use of space does not mean its complete demilitarization is correct. In other words, the peaceful use of space exists as long as there is no aggressive use of force, although certain weapons are deployed in space or used in it. This is especially true because these weapons do not have to be directed against people at all, but, on the contrary, can serve to protect them. And indeed, at one time the only way to shoot down a ballistic missile with a nuclear warhead was to use an anti-ballistic missile with also a nuclear warhead. This is because at high altitudes, in vacuum conditions, the shock wave of the explosion has no effect, and the plasma cloud acts in a relatively small space from the epicenter of the explosion. The invention of the neutron bomb[32] offered itself as an even more effective solution.[33] Therefore, the use of nuclear and neutron missiles in an aforementioned manner can be considered permissible not only because it is carried out for defensive purposes, but also because it takes place at high altitudes and therefore does not involve human casualties and damages the environment relatively little.

If there can be some dispute about whether ballistic and anti-ballistic missiles can really be considered space weapons, there is something that has all the characteristics of such a weapon. The US has been developing an anti-missile defense program for decades, which is called the *Strategic Defense Initiative* but is mostly known as *Star Wars*. Its goal is to raise a powerful anti-missile shield above the US, at high altitudes, which would protect that country from attacks by strategic nuclear missiles by destroying or deflecting them at the earliest possible stage. Some of the components of this system are located on Earth, but its most important elements are stationed in space: various observation satellites, but also satellites with laser cannons and missiles for intercepting and shooting down enemy mis-

[32] *A type of thermonuclear weapon that releases as much as 80% of its energy in the form of radiation.*

[33] Because the use of a neutron warhead significantly increases the radius of action of an anti-ballistic missile on the enemy's projectile, with a relatively small release of energy, since when such a warhead detonates, the stream of neutrons causes only a partial chain reaction in the enemy's warhead.

siles. Although apparently defensive, these measures caused legitimate concern among other major powers, since such a system would allow the US to first launch a massive nuclear attack on the territory of another country, and then use the aforementioned shield to protect itself from a weakened nuclear response by the adversary. This has led to a new arms race, as other major powers are forced to constantly improve their strategic nuclear missiles for their own security so that they are able to penetrate any defense.

The result of that race are the latest Russian hypersonic weapons, some of which reach outer space or at least its bottom before attacking the target. An example is the *Avangard* system, whose missile flies at a height of up to 100 km (the beginning of space), from where it crashes towards the target like a meteorite, at an incredible speed of Mach 27 (more than 33,000 km/h or about 9.5 km/sec).[34] Even without a warhead, this projectile, 5.4 m long and weighing about 2 tons, has a kinetic energy equal to 18 tons of TNT, while with a warhead, depending on its type, it has a force between 800 kilotons and 2 megatons of TNT. When you add to that its exceptional maneuverability, it is clear that there is no defense against this weapon for now.

In various countries, there are or are in the production phase and other new means that use the space in some way or are intended to act from it or in it. After all, the space can be used for the purpose of warfare without designing special means. Thus, artificial satellites can be used to destroy enemy satellites by simply colliding with them, as well as being aimed at other targets (suicide satellites).

Here it is interesting to recall that the American NASA as early as 2009. (*LCROSS mission*) with two rockets aimed at the Moon in the area of the Kabeo crater. Officially, this was done to determine whether traces of frozen water would be detected in the created hole and ejected parts. And, according to the report, significant amounts of water were indeed found, which is important as part of the preparations for building a permanent base on the moon. However, it was at the same time a test and demonstration exercise for how enemy targets, especially enemy colonies on a celestial body, can be targeted in the same way.

To all of the above, we should add that we are witnessing the fact that in the world not only space weapons are being developed more and more, but also special military units for space warfare being formed, special space commands being established, and the like. This clearly shows that preparations for space warfare are well underway.

[34] At the moment of impact, it resembles a ball of fire whose surface heats up to a temperature of 1,600-2,000 C°.

In confirmation of this, it is interesting to note that NATO, at its summit in London in 2019. declared space as its fifth operational domain (along with land, air, sea and cyberspace) and that NATO Secretary General Jens Stoltenberg explained that space is important for the success of NATO operations and missions, especially for early warning, communications, navigation, and satellite imagery, which increases the Alliance's ability to monitor crises and respond when necessary.[35] To that, the President of Russia, Vladimir Putin immediately replied that his country "is against the militarization of space", but that in the current conditions "attention must be paid to strengthening the orbital groups and the rocket-space branch as a whole". According to him: "the world's leading country actively develops modern space systems for dual and military purposes and supplements and improves their technical characteristics. And the military and political leadership of the USA quite openly perceive outer space as a scene of military operations." He also pointed out that the US "plans combat operations in space" and "in order to preserve strategic dominance in that area... is rapidly creating space forces, which within the framework of established tasks are already implementing measures of operational preparation".[36] Some countries have already formulated special strategies and doctrines for their space forces.[37]

3.2. Conflict in Ukraine

Much of what is happening in the conflict in Ukraine that began on February 24, 2022, is not known to the public, so the world will at best learn about it when the secret archives are opened in a few decades. At the same time, this means that our further considerations will be based on what was reported by the media or by witnesses. However, we are not dealing with the events in question here from the position of a judge, who must precisely determine every fact and everyone's responsibility. From the point of view of our work, what is happening in Ukraine is interesting primarily as an example from practice that points to certain situations and opens up problems that have a much broader, even principled, general

[35] Press conference by NATO Secretary General Jens Stoltenberg ahead of the Leader's Meeting in London on 3 and 4 December, NATO, *www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_171460.htm.*

[36] "Путин заявил, что Россия выступает против милитаризации космоса", *РИА новости*, 4. 12. 2019, *https://ria.ru/20191204/1561968495.html;* "Путин: США рассматривают космос как театр военных действий", *РИА новости*, 4. 12. 2019, *https://ria.ru/20191204/1561968459.html?rcmd_alg=svd*.

[37] Defense Space Strategy; Spacepower: Doctrine for Space Forces, Space Capstone Publication, Headquarters United States Space Force, June 2020, *www.spaceforce.mil/Portals/1/Space%20Capstone%20Publication_10%20Aug%202020.pdf.*

significance.

For now, military operations in Ukraine are not so much related to dominance from space as to support from that space using the military, but also private (commercial) satellites. According to some estimates, there are as many as 80 governmental and about 200 private satellites above Ukraine. Most of them are American. This opened up a number of questions, including those related to military and private satellites of neutral countries.

First of all, it quickly became apparent that, relying on what they receive via their spy satellites, NATO members, led by the US and Great Britain, are supplying the armed forces of Ukraine with accurate and timely intelligence on the disposition and movement of Russian troops.[38] Moreover, there are opinions that American satellites have become the most important weapon in the military conflict in Ukraine because in addition to spying, they also perform a number of other important functions and tasks - they provide communication through secure channels, assist in aiming and navigating various high-precision weapons, provide almost instant warning of launches of Russian missiles and monitor their movements, spy on the communications of other countries, etc.

It makes one wonder if the US and other countries concerned have not violated their neutrality and sided with one of the participants in the conflict. If the answer is "yes", and it should be, then it suggests that Russia could consider those countries as enemies, i.e. parties to the conflict, which means that it could conduct armed operations against them. And indeed, it seems that while we are writing this, the only thing standing in the way of an open armed conflict between NATO and Russia is the awareness that the escalation of the conflict and its development into a world (and possibly nuclear) war must not be allowed.

It is even more interesting that, in a similar way, by violating the rules of neutrality, the richest man in the world, the South African-American entrepreneur Elon Musk provided help to Ukraine. In December 2022 his company *SpaceX*, which is engaged in space flights and the creation of spacecraft, had more than 3,300 small commercial artificial satellites (weighing only some 260 kg each) as part of its global satellite network *Starlink* in low Earth orbit (at an altitude of about 550 km).[39]

[38] Thanks to this, the Ukrainian forces achieved certain results. The biggest among them was their counter-offensive from September 6 to October 2, 2022 in the east of the country, which was possible based on precise information from American spy satellites about where Russian troop lines were weakest.

[39] This is the current state and only applies to functional satellites. By the way, in an unusually short time (starting in 2019), *Starlink* launched 3,556 satellites, but 281 fell out of

Although officially Musk only offered his satellites to ensure a high-quality Internet connection primarily for the needs of the population of Ukraine, i.e. civilians, in practice something else happened. With funding from the governments of the USA, Great Britain, and Poland, as well as Musk himself, more than 20,000 terminals were installed over the territory of Ukraine, which ensured full satellite coverage of its entire territory. This enabled communication between the Ukrainian command and its units on the ground, for the needs of that side, intelligence data important for the conduct of combat operations (schedule of Russian forces, observation of missile launches, etc.) was provided in real-time, and Ukrainian forces were enabled to precisely target targets. using drones and artillery. At the end of 2022, it was announced that Ukraine would receive another 10,000 terminals for Starlink satellites. So, private satellites sided with Kyiv, giving it many advantages.

On that occasion, the commander of the US space forces, General Jay Raymond, in an interview with the BBC, assessed that the conflict in Ukraine is the first major conflict in which both sides rely so much on space and that it is also the first war in which commercial space capabilities have really played a significant role.[40]

Related to that is the question if everything is really as it is claimed, didn't Musk himself and his company in a certain sense get involved in the aforementioned armed conflict, and especially did the Russian armed forces get the right to shoot down *Starlink*'s satellites?

The answer should be affirmative. After all, a parallel can be drawn here with the solutions that apply to a neutral merchant ship that has a hostile character in a naval war.[41] To recall, such a character has a neutral merchant ship that renounced the protection it is entitled to under international law, by its behavior siding with the enemy of the given party in the conflict and therefore losing neutrality and gaining enemy status. This has the effect that such a ship can be the subject of a lawful attack.

---

orbit. The company's plan is to deploy 4,408 satellites around the Earth in 5 orbits in the first generation, then increase the number of satellites to 12,000, and later to 42,000.

[40] J. Beale, "Space, the unseen frontier in the war in Ukraine", *BBC News*, 6. October 2022, *www.bbc.com/news/technology-63109532*.

[41] It is well known that many terms and solutions from international law that belong to the law of the sea or refer to naval warfare have, with the necessary adjustments, been adopted into international aviation law, or in the rules governing air warfare. The reasons are that shipping has a thousand-year tradition, and relations related to what happens at sea have long been regulated by international law. In a similar way, from what is related to seafaring and naval warfare, or air navigation and air warfare in the sphere of cosmonautics and space law were accepted terms such as *navigation*, *ship*, *ship commander*, *navigation*, *flight*, *cabotage*, etc. With such a state of affairs, it is natural that, when it made sense, the same or fundamentally similar international law solutions were adopted.

After all, the fact that commercial satellites engaged in the war in Ukraine can become the object of a lawful attack was also emphasized by Russian officials. Thus, the representative of Russia at the UN pointed out that, in connection with the events in Ukraine, the USA, and its allies are using civilian, including commercial infrastructure in space for military purposes, with the comment that it seems that the representatives of those countries do not understand that such actions represent indirect participation in the armed conflict. conflict. In addition, he underlined that the aforementioned use of civilian satellites is incompatible with the principles of the Outer Space Treaty, which foresees the exclusively peaceful use of outer space, that it must be condemned as such by the international community, and that if the quasi-civilian structure in question is involved in the conflicts in Ukraine it can become a lawful target of attack.[42] To that end, Washington warned Moscow not to shoot down American satellites, with the Director of Communications of the American National Security Council, John Kirby, pointing out that any attack on American infrastructure would be met with an appropriate response.[43]

Despite this warning, information appeared ti indicate that Russia, using some means, temporarily or even permanently disabled a number of American satellites, among them those belonging to Musk.

It was first reported that Russia tried to neutralize Musk's satellites by jamming their signals through hacking, but the expected result was missing because the very next day *Starlink* updated the software. Then various sources reported that American satellites flying over the part of Ukraine where the fighting is going on are being jammed using the *Krasuha* radio-electronic warfare system, preventing them from receiving accurate data. However, it could also be heard that the electromagnetic jamming of that system was not effective enough due to the considerable density of the satellite network. If all of that is true, we will find out, of course, only after many years.

What is particularly interesting here is the fact that Russia allegedly used the *Peresvet* combat laser complex, which can disable satellites at heights of up to 1,500 km above the surface of our planet, with the fact that it can perform a precise strike on a specific device or it can be directed to a certain sector, creating a kind of curtain for all the objects located in that

[42] Statement by the Head of the Russian Delegation K. V. Vorontsov at the second session of the Open-Ended Working Group established pursuant to UNGA resolution 76/231, 12 September 2022, *https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2022/09/-Unofficial-translation-in-English.pdf*.

[43] Ukraine updates: US warns Russia over satellites threats, 27. 10. 2022, *www.dw.com/en/russia-ukraine-updates-us-warns-russia-against-targeting-wests-satellites/a-63570741*.

space. It is claimed that he allegedly temporarily blinded American satellites (their optical-electronic elements).[44]

3.3. Perspectives

With all that has been said, we can quickly expect the appearance of completely new weapons, such as, for example, military unmanned spacecraft, capable of equally successfully cruising in air and above-air (space) space and destroying targets with laser cannons, space torpedoes, and other means. The use of these drones will certainly be justified for defensive reasons, but there is no doubt that sooner or later they will be used as offensive weapons. Since there will be no people on them, it will not be necessary to solve a series of complex issues such as the provision of air, water, food, and other conditions for the crew's life, relaxation of the crew members, the replacement of one crew by another, etc. On the other hand, such aircraft will be able to move not only much faster (because it will not have to take into account the limitations related to the efforts that the human body can bear), they will be able to carry much more weapons and equipment (because it will be easier due to the absence of a human crew), they will be able to enter those areas of space where there is intense space radiation that kills all living things, and if necessary, they will be able to be used as a weapon, a kind of space drone-suicide.

It is not up to us to continue dealing with these expert military-technical issues, especially since there is still too much unknown. What interests us here is the fact that, like never before, we are faced with the use of outer space not only for military purposes but also for the needs of a specific conflict, which opens up many questions in the field of international law.

4. SOME OPEN QUESTIONS

4.1. New means

By the nature of things, outside of a very narrow circle of those who deal with it or are entitled to confidential information, very little is currently known about the existence and use of new weapons, and even less about the means that are in the development phase. What is indisputable is that work on the creation of increasingly effective space weapons is in full

[44] According to some sources, the goal was not so much to influence the events in the conflict in Ukraine but to temporarily deprive the US and NATO of the possibility of monitoring the deployment of certain Russian nuclear forces. And indeed, Western media reported that as a result of these actions, the US lost visual control over 50% of Russian nuclear missiles.

swing in all countries that are able to deal with it.

The appearance of these new means will, by nature, require international legal regulation of their permissibility, that is, the conditions under which these means can be used. This refers to special rules such as, for example, those that were once created in the matter of the international law of armed conflicts in connection with certain means of naval warfare, such as marine automatic contact mines, torpedoes, submarines, etc.

It goes without saying that the general principles of international war and humanitarian law should also apply to the use of these new means, such as, for example, the prohibition of directing attacks on civilians and civilian objects, on the prohibition of attacks without selecting targets, on the prohibition on weapons of mass destruction, and the like.

The same applies to those means that can be used in space warfare, which from today's point of view cannot be called new. For example, just as NASA shot the Moon with rockets, allegedly for scientific research reasons (this has already been discussed), an orbital station, a colony or a military base on the moon or Mars, etc., can be attacked in the same way.

4.2. Insufficiently Clear Situations

Already now, a number of real or hypothetical situations can be singled out that are insufficiently clear from the point of view of international law.

For example, the question arises, when can a space object be considered to have a hostile character? And, for that matter, when can it be argued without any doubt that it represents a lawful military objective? In order to make things clearer, it should be emphasized that the mentioned space object does not necessarily have to be an apparatus without a human crew (artificial satellite or probe) but can also be a rocket or a manned orbital station.

This leads to the following question: does the fact that it is an adversary's spacecraft known or merely assumed to be armed, give it the right to attack it without warning? And what if he transports civilians, refugees, medical personnel, medicines, food, etc.?

On the other hand, if the mentioned object cannot be attacked without warning, does that mean that we have to wait for that object to open fire first? If in the case of ships, especially in the age of sailing ships, this might make sense, such an approach is completely unacceptable when it comes to space. Under the conditions prevailing there and with the technology that exists today, let alone that which will exist in the foreseeable future, any hit by any missile almost certainly means the destruction of the affected aircraft and the deaths of all on board. So

waiting for the other side to attack first is out of the question.

Does this mean that, like what German submarines did in the WW1 and WW2, not only enemy military but also enemy civilian and under certain conditions neutral space objects can be attacked without warning, even when there are people on them?

We must immediately note that the mentioned German and similar attacks by the Allies were war crimes. After all, since parallels are constantly drawn with the rules that apply in naval warfare, we can refer to the London Protocol on the Rules of Submarine Warfare (1936), which specified that, except in the case of persistent refusal to stop on being duly summoned, or of active resistance to visit or search, a warship, whether a surface vessel or submarine, may not sink or render incapable of navigation a merchant vessel without having first placed passengers, crew, and ship's papers in a place of safety.[45] If these rules apply in war at sea, for many reasons they must apply even more in space where, unlike shipwrecks at sea, those who are in an attacked space object have no chance of survival in principle.

On the other hand, it can be argued that the character of the respective space object with a human crew and possible passengers can be known in time. In other words, that it can be determined in a timely manner whether it is a legitimate military objective.

We're not sure that's the case. The enemy spaceship will appear on the opponent's radars as a point, which can only be determined to be not one's own spacecraft (because there is no usual communication with it, i.e. identification of one's own and another's). But whether it is an enemy or neutral ship, whether it is it a military or civilian ship, whether it is perhaps a ship that enjoys special protection (transports the wounded and sick, negotiators, etc.) and so on, can be determined only when one makes direct contact with it, and especially when one gets relatively close to it. However, by then it may be too late as the suspicious ship may open fire first and relieve the other party of all worries and dilemmas by destroying it first.

[45] Procès-verbal relating to the Rules of Submarine Warfare set forth in Part IV of the Treaty of London of 22 April 1930. London, 6 November 1936, *https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/330-IHL-45-EN.pdf.*

These solutions have grown into universal customary international law, which means that they are binding on everyone. After all, the International Military Tribunal in Nuremberg stated at the trial of German Admiral Denitz that the London Protocol from 1936 is clear, and that according to its provisions, the commander of a submarine must not sink a merchant ship if he cannot perform a rescue and that, in such a case, he should to let him pass quietly past his periscope. International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment of 1 October 1946, 129-130, *www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/*.

Everything becomes even more complicated when it is known that many satellites and other devices have so-called dual use, which means that they can be used both for peaceful purposes and for military operations towards space, in it or from it. This has the consequence that it is not always possible to reliably conclude in a timely manner whether a particular device is participating in the conflict in some way. And indeed, while in war at sea in most cases the hostile character of a neutral merchant ship can be relatively easily determined and proven, it is far more complicated when it comes to neutral space objects.

One of many so far only hypothetical problems is the issue of false identification. While the use of enemy insignia in the war on land is strictly prohibited (represents a war crime), in the war at sea the use of a false flag (neutral or enemy) is permitted on the condition that one displays one's own flag before starting the attack.[46] It is understood that no flags will play a role in space - although they are painted on the hull of the aircraft, it is of no importance when it comes to huge distances, at which the object is observed and when it is decided how to act towards it. In this sense, if it is clear that impersonation aimed at getting into a position suitable for the attack could constitute a war crime, the question is how one should assess false identification (broadcasting false signals and the like) whose sole aim is to get away from the opponent. Would that constitute a ruse of war or perfidy? Because although it may seem that making a false identification in order to save one's life is an innocent act that does not endanger the adversary, it should also be borne in mind that a spacecraft that resorts to such action may be transporting an important military commander, special forces, weapons, ammunition and the like, which then makes it a lawful military objective.

One of the interesting questions is whether it is possible for states to wage war on Earth, but not in outer space Or, on the contrary, that they can have an armed conflict in space, but not on Earth. In principle, it seems possible. For example, the armed forces of countries can conduct operations against each other on some celestial body, while on our planet there is peace between them. After all, we know that during the era of colonialism, colonies of various countries sometimes went to war with each other, but not necessarily the metropolises themselves.

There are a host of other problems as well. For example, if the fight is fought with spacecraft without a human crew, it is logical to expect that a number of principles will fall away, such as those concerning the

[46] In the war at sea, a false flag can be used both defensively (to evade the enemy when avoiding a skirmish) and offensively (to approach the enemy in order to attack him or to reduce his possibility of escape).

prohibition of attacking an enemy who is incapable of fighting, regulating the taking of prisoners of war and the treatment of them, etc. On the other hand, if autonomous automated systems with artificial intelligence lead the fight, new rules will have to emerge regarding who is responsible for the actions of those assets, what their legal status is, etc. For example, if those combat robots commit an attack on civilians or some other illegal act, the problem will be who is responsible for it and who is obliged to pay compensation - the party to which those robots belong, their manufacturer, the manufacturer of their software, etc.

The further development of the conquest of outer space as well as the production of new space weapons will require the regulation of a number of other issues, such as the use of space mines, the use of decoy ships, the status of neutral convoys, etc.[47] Although support could be sought here in the principles that govern war at sea, it is clear that special solutions adapted to these specific weapons and the conditions prevailing in outer space will have to be determined.

One of the questions is, will the same rules apply to space objects with and without humans in armed conflicts in space? At first glance, it seems that in some cases an attack without warning on a space drone can be accepted, because it causes only material damage, but not the loss of human life. On the contrary, an attack that can be expected to result in the loss of human lives (those located in a space object) would have to be subject to the same limitations, that are established as a principle for war on land or. for every form of armed conflict. However, we should not forget that the destruction of the enemy's space drone can cause human casualties, even among civilians, which will, for example, be the case e.g. when that apparatus is sent to evacuate civilians from a dangerous area, deliver medicine, water, and food, search for shipwrecked survivors, etc. In other words, things are not simple at all.

Various other problems will appear that are difficult to identify for the time being or to which it is difficult to give answers in advance. Among other things, there is every chance that a distinction will be made between state military and non-military satellites and other space objects (like the difference between state warships and merchant ships) and, on the other

[47] Especially in WW1, the parties to the conflict, especially the British, used merchant ships with cleverly disguised weapons against submarines. Those vessels cruised in areas with intense maritime traffic, and with their harmless appearance, they lured opposing submarines to the surface and then attacked them. In space, the use of such ruses of war could be even simpler, bearing in mind that unmanned space objects (ships, orbital stations) could be used as decoys, which would thus conditionally be transformed into a kind of space mine that in the presence of the opponent's ship activates - explodes, shoots laser cannons, etc.

hand, between private non-military (civilian) and military satellites and other space objects. Namely, it can already be expected that various military companies, which play an increasingly prominent role in armed conflicts on Earth, will enrich their arsenals with military satellites and later with other space objects. Those issues will most likely have to be considered in parallel with the regulation of the international legal position of the private military companies themselves.

4.3. The problem of Respecting Established Solutions

There is also a problem that is not specific to international space law, international law of armed conflicts, or international law as a system. Sooner or later, to a greater or lesser extent, every law is violated, not only because of the flaws of the regulations themselves, but also because of the imperfection of man, who is often driven by various instincts, selfish interests, and the like.

Having that in mind, we must be aware that the fact that certain rules have become universal international customary law (and thus mandatory for everyone) does not mean that they will necessarily always be respected. It is enough to ask how to convince a world power, especially one with a powerful nuclear arsenal, which, contrary to the attitude of the rest of the world, refuses to respect some rules with the claim that they are not part of universal international customary law and therefore do not bind it.

After all, the problem is not only with customary law. The possibility cannot be ruled out that at some point even the member states of the relevant agreements will withdraw from their membership, which means abandoning the solutions established by those agreements, including, for example, banning the stationing of nuclear and other weapons of mass destruction in space.

Finally, it can be expected that along with the conquest of the universe, in it (that is, not on Earth, but in outer space itself - on inhabited planets, orbital stations) various and even completely new means of warfare will increasingly be developed and produced, or that some now unknown methods of warfare will appear.

All that has been said, however, should by no means be understood as a reason to give up as soon as possible the codification of international law both in the matter of outer space law and in the domain of international law of armed courts in connection with space wars. On the contrary, such codifications are necessary and as soon as possible.

5. CONCLUSION

The aim of this paper was an attempt to answer two basic questions: 1) are the existing rules of general international law on the exclusively peaceful use of space such that they can prevent space wars, and 2) if wars in outer space are inevitable, which rules should be applied to them.

The answer to the first question is simple. International law is powerless in a situation where people are willing to violate it. Just as the general prohibition of force in international relations, which was established by the UN Charter and confirmed by the entire body of modern international law, failed to eradicate armed conflicts, so, unfortunately, the principle of exclusively peaceful use of space will not prevent armed conflicts in that environment either.

The inevitability of the fact that soon every major war on Earth will immediately move into space is noticed by many. So, for example, a retired American Lieutenant General David A. Deptula, who is now dean of the Mitchell Institute for Aeronautical Studies in Arlington, noted that space is increasingly militarized, that space systems are now of fundamental importance to the conduct of war, and that the reality is that warfare will spread into space.[48]

Many documents and various initiatives indicate that space wars are to be reckoned with. Among other things, the US Department of Defense in its annual report to Congress, published at the end of 2022. accused China that although it advocates for the peaceful use of outer space in words, it is actually strengthening its space forces, trying to secure its space superiority, and especially intensively developing anti-satellite weapons.[49] Various other authorities, experts, and analysts are dealing with the probable conflicts with China.[50] We will only add that at the press conference held on January 12, 2023, US Secretary of State Antony Blinken pointed out that, considering the threats coming from China, the US and Japan agreed to protect each other in space, and that "attacks to, from, or within space" could trigger Article V of the US-Japan Security Treaty (1960), which provides for joint action in the event that either side is attacked in the terri-

[48] D. A. Deptual, "The Militarization of Space & the Path Forward for the U.S.", *Ripon Forum* 3/2019, *https://riponsociety.org/article/the-militarization-of-space-the-path-forward-for-the-u-s/*.

[49] Military and Security Developments Involving the people's Republic of China 2022, Annual Report to Congress, U.S. Department of Defense, 2022, 72, *www.defense.gov/CMPR/*.

[50] See e.g. B. W. MacDonald, "China, Space Weapons, and U.S. Security", Council on Foreign Relations, Council Special Report No. 38, September 2008, *www.files.ethz.ch/isn/91872/2008-09_China_Space_CSR38.pdf*.

tory under the administration of Japan.[51]

Everything said naturally leads to the search for an answer to another question. In other words, the question of the application of the international law of armed conflicts to military operations in space is becoming more and more open. It means that if it cannot prevent the conflicting parties from using space for war, international law can at least establish certain rules, like what applies in armed conflicts on Earth.

In this regard, although it is difficult to talk about something that does not yet exist, simple logic suggests that the most important principles of the law of war and humanitarian law applied on Earth should also apply in a war in space. This is due to the fact that every armed conflict, no matter where it is fought or what means are used, is a conflict between people, which at the very least requires the existence of certain rules that protect the victims of war and, in a certain way, the combatants themselves.

Here we come to a new problem. Since, in all probability, armed conflicts will move to a greater or lesser extent into space before the special rules of war and humanitarian law of space war are codified, the question will arise whether certain actions of conflicting parties and neutral states are permissible or not, how to act in certain situation, and the like. The answer is that, apparently, the general rules and principles of international law of armed conflicts will be applied analogously (on the status of civilians and the protection of other victims of war, on neutral states and their armed forces, etc.) It can also be expected that when there is a place for it, there will be adequate application of the rules and principles of international law that are specific to naval or air warfare However, since in principle armed conflicts can be fought on celestial bodies, it can also happen that certain rules concerning armed conflicts on land (e.g. those on military occupation) are called to help.

Although, in this way, some open questions can be overcome by using analogy, the real solution is to codify the rules of space war as soon as possible.

On the other hand, efforts in this direction could also be understood as a kind of acceptance of the inevitability of space wars, and even as encouraging states to extend their conflicts to space. That, of course, is not the intention, nor would anyone go to war in space just because such a conflict is regulated in advance by certain rules. But it is also a fact that now is the

[51] C. Gordon, "US and Japan Agree to Protect Each Other in Space, Citing Chinese Treath", *Air & Space Forces Magazine*, Jan. 12, 2023, *www.airandspaceforces.com/us-and-japan-agree-to-protect-each-other-in-space-citing-chinese-threat/*. For the full text of the Treaty see Japan – U. S. Security Treaty, Ministry of Foreign Affairs of Japan, *www.mofa.go.jp/region/n-america/us/q&a/ref/1.html*.

time to start working on the aforementioned codification. Life teaches us, however, that major codifications of the rules of war and humanitarian law usually follow major wars, with many casualties and destruction. Let's hope that won't be the case here.

Bearing in mind all that has been said, it is not surprising that it is already being pointed out that the existing international law in this area does not correspond to modern needs and at the same time raises the issue of applying the law of armed conflicts in military operations in outer space. In the legal literature, some specific issues are also raised, such as whether some space weapons (such as anti-satellite ones) can be declared illegal, what can be expected from the further development of relations in this sphere between the USA, Russia, and China; is it permissible to use nuclear weapons in space for defensive purposes (in the form of anti-ballistic missiles), etc.[52]

The fastest, most precise, and most complete international legal regulation of the problems mentioned in this paper, as well as many other, unmentioned problems, is of immediate interest not only to military and technological superpowers, but to all members of the international community. And for that, an analogy with what is related to the sea and naval wars will serve us well. Unlike a classic local war on land, which could in principle be fought between two or several neighboring countries, so that it does not disturb the lives of other countries too much, in our time every big war affects the interests of all countries, including neutral ones. This is because it affects their normal trade and other relations (even today more than 90% of goods are transported by sea). The matter would be the same or even worse in the case of a space war, because the battles would be fought above the heads of all the inhabitants of the Earth (with the constant real danger that parts of destroyed space objects would fall on them); attacks on satellites would naturally lead to disruption of the Internet, telephone connections, reception of mass media programs and other content delivered via satellite; maritime, air and other traffic in the world would be greatly threatened and disrupted, not only because there would be a danger that a ship, plane, etc. hit by a stray projectile, but also due to the fact that in our time the mentioned means of transport rely on GPS and other aids

[52] *Anti-satellite Weapons, Deterrence and Sino-American Space Relations (eds. M. Krepon, J. Thompson), files.ethz.ch/isn/170907/Anti-satellite_Weapons.pdf*; M. Ford, "War on the Final Frontier: Can Twentieth-Century Space Law Combat Twenty-First-Century Warfare?", *Houston Journal of International Law* 1/2017, 237–261; J. A. Murphy, "The Cold Vacuum of Arms Control in Outer Space: Can Existing Law Make Some Anti-Satellite Weapons Illegal?", *Cleveland State Law Review* 68/2019, 125–150; M. G. Looper, "International Space Law: How Russia and the U.S. are at Odds in the Final Frontier", *South Carolina Journal of International law and Business* 2/2022, 111-125.

related to the space in navigation, etc. All of this would most likely not lead to a calmer situation, but, on the contrary, to an escalation of the conflict.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Amos, Jonathan, "Russian anti-satellite missile test draws condemnation", BBC News, 16. 11. 2021, *www. bbc.com/news/science-environment-59299101*;
2. Anson, Peter, Cummings Dennis, "The First Space War: The Contribution of Satellites to the Gulf War", *RUSI Journal* 4/1991;
3. Beale Jonathan, „Space, the unseen frontier in the war in Ukraine", *BBC News*, 6. October 2022, *www.bbc.com/news/technology-63109532*;
4. Bourbonnière, Michel, Lee, Ricky J., "Legality of the Development of Conventional Weapons in Earth Orbit: Balancing Space Law and the Law of Armed Conflict", *European Journal of International Law* 5/2007;
5. Bowen, Bleddyn E., *War in Space: Strategy, Spacepower, Geopolitics*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2020;
6. *Defense Space Strategy*, Summary, Department of Defense, June 2020, *https://media.defense.gov/2020/Jun/17/2002317391/-1/-1/1/2020_DEFENSE_SPACE_STRATEGY_SUMMARY.PDF*;
7. Egeli, Sitki, „Space-to-Space Warfare and Proximity Operations: The Impact on Nuclear Command, Control, and Communications and Strategic Stability", *Journal for Peace and Nuclear Disarmament* 1/2021;
8. Every Satellite Orbiting Earth and Who owns Them, 18 Jan 2022, *https://dewesoft.com/daq/every-satellite-orbiting-earth-and-who-owns-them*;
9. Ford, Mitchell, „War on the Final Frontier: Can Twentieth-Century Space Law Combat Twenty-First-Century Warfare?", *Houston Journal of International Law* 1/2017;
10. Gordon, Chris, "US and Japan Agree to Protect Each Other in Space, Citing Chinese Treath", *Air & Space Forces Magazine*, Jan. 12, 2023, *www.airandspaceforces.com/us-and-japan-agree-to-protect-each-other-in-space-citing-chinese-threat/*;
11. International Military Tribunal (Nuremberg) (1946) Judgment of 1 October 1946, *www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/*;
12. *International Space Law: United Nations Instruments*, United Nations, New York 2017;
13. Japan – U. S. Security Treaty, Ministry of Foreign Affairs of Japan, *www.mofa.go.jp/region/n-america/us/q&a/ref/1.html*;
14. Klein, John M., *Space Warfare: Strategy, Principles and Policy*, Taylor and Francis, London–New York 2012;

15. *Anti-satellite Weapons, Deterrence and Sino-American Space Relations (eds. M. Krepon, J. Thompson), files.ethz.ch/isn/170907/Anti-satellite_Weapons.pdf*;
16. Krivokapić, Boris, "On the Issue of So-Called 'Instant' Customs in International Law", *Acta Universitatis Danubius* 1/2017;
17. Кривокапич, Борис, *Международное право в период вооруженных конфликотв,* Самара 2021;
18. Looper, Matthew G., "International Space Law: How Russia and the U.S. are at Odds in the Final Frontier", *South Carolina Journal of International law and Business* 2/2022;
19. MacDonald, Bruce W., "China, Space Weapons, and U.S. Security", Council on Foreign Relations, Council Special Report No. 38, September 2008, *www.files.ethz.ch/isn/91872/2008-09_China_Space_CSR38.pdf*;
20. Mačák, Kubo, „Silent War: Applicability of the Jus in Bello to Military Space Operations", *International Law Studies* 94/2018;
21. Maogoto, Jackson, Freeland Steven, "The Final Frontier: The Laws of Armed Conflict and Space Warfare", *Connecticut Journal of International Law* 1/2007;
22. Михайлов, Александр, "Уничтожение Целины. Зачем Россия ликвидировала советский спутник в космосе", *Москва 24*, 17. 11. 2021, *www.m24.ru/articles/bezopasnost/17112021/158853*;
23. Military and Security Developments Involving the people's Republic of China 2022, Annual Report to Congress, U.S. Department of Defense, 2022, 72, *www.defense.gov/CMPR/*;
24. Murphy, Jeffrey A., "The Cold Vacuum of Arms Control in Outer Space: Can Existing Law Make Some Anti-Satellite Weapons Illegal?", *Cleveland State Law Review* 68/2019;
25. Press conference by NATO Secretary General Jens Stoltenberg ahead of the Leader's Meeting in London on 3 and 4 December, NATO, www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_171460.htm;
26. Preston, Bob *et. al., Space Weapons: Earth Wars, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/2011/RAND_MR1209.pdf*;
27. Procès-verbal relating to the Rules of Submarine Warfare set forth in Part IV of the Treaty of London of 22 April 1930. London, 6 November 1936, *https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/330-IHL-45-EN.pdf*;
28. "Путин: США рассматривают космос как театр военных действий", *РИА новости*, 4. 12. 2019, *https://ria.ru/20191204/1561968459.-html?rcmd_alg=svd*;
29. Путин заявил, что Россия выступает против милитаризации космоса", *РИА новости*, 4. 12. 2019, *https://ria.ru/20191204/1561-968495.html*;
30. Quinn, Adam G., "The New Age of Space Law: The Outer Space Treaty and the Weaponization of Space", *Minnesota Journal of International Law* 2/2008;

31. Rosas, Allan, "The Militarization of Space and International Law", *Journal of Peace Research* 4/1983;
32. Schmitt, Michael N., "International Law and Military Operations in Space", *Max Planck UNYB* 10/2006;
33. Shapira, Zeev, Baram, Gil, "Space Arms Race: Global Trends and State Interests", *Cyber, Intelligence, and Security* 2/2019;
34. Statement by the Head of the Russian Delegation K. V. Vorontsov at the second session of the Open-Ended Working Group established pursuant to UNGA resolution 76/231, 12 September 2022, *https://documents.-unoda.org/wp-content/uploads/2022/09/Unofficial-translation-in-English.pdf*.
35. Spacepower: Doctrine for Space Forces, Space Capstone Publication, Headquarters United States Space Force, June 2020, *www.spaceforce.-mil/Portals/1/Space%20Capstone%20Publication_10%20Aug%202020.pdf*;
36. Stephens, Dale, Steer Cassandra, "Conflicts in Space: International Humanitarian Law and Its Application to Space Warfare", *Annals of Air and Space Law* 40/2015;
37. Stephens, Dale, "The International Legal Implications of Military Space Operations: Examining the Interplay between International Humanitarian Law and the Outer Space Legal Regime", *International Law Studies* 94/2018;
38. Stephenson Kuplic, Blair, "The Weaponization of Outer Space: Preventing Extraterrestrial Arms Race", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 4/2014;
39. Szymanski, Paul, "How to Fight and Win the Coming Space War", *Strategic Studies Quarterly* Fall 2019;
40. Szymanski, Paul, "Techniques for Great Power Space War", *Strategic Studies Quarterly*, Winter 2019;
41. Tepper, Eytan, "Space Force One: The Complex Laws of Space Warfare", 1–72, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3672841*;
42. UCS Satellite Database, UCS, May 1, 2022, *www.ucsusa.org/resources/satellite-database*;
43. Ukraine updates: US warns Russia over satellites threats, 27. 10. 2022, *www.dw.com/en/russia-ukraine-updates-us-warns-russia-against-targeting-wests-satellites/a-63570741*.

Проф. др Борис Кривокапић

Пословни и правни факултет, Универзитет "МБ", Београд, Србија
Правни факултет, Самарски национални универзитет "С. П. Корољов", Самара, Руска Федерација

Проф. др Артур Г. Безверхов

Правни факултет, Самарски национални универзитет "С. П. Корољов", Самара, Руска Федерација

КОСМИЧКИ РАТОВИ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Сажетак

Космос је одавно постао веома важан из угла војне доктрине али и међународног ратног и хуманитарног права. Све доскора све се углавном сводило на његово коришћење за шпијунирање (путем вештачких сателита). Затим су САД почеле да развијају програм Стратешка одбрамбена иницијатива", познат под називом „Звездани ратови, који се своди на то да се изнад САД на великим висинама подигне снажан антиракетни штит. Многе од компоненти тог програма стациониране су у космосу (сателити осматрачи, сателити са ласерским топовима за обарање противничких пројектила итд.). Поред тога, постоје и неки хипотетички проблема. Један од њих је коришћење космичког пространства не само за неки вид подршке војним операцијама на земљи, у ваздуху и на води, већ и за непосредно (офанзивно) дејство против циљева на нашој планети. Друго питање које привлачи пажњу су могући оружани сукоби у самом космичком пространству односно на небеским телима, што значи како у релативној близини Земље, тако, једног дана, и у дубинама космоса. Ова и друга питања захтевају одговор међународног права. С тим у вези, чињеница је да савремено међународно уговорно и универзално обичајно међународно право садрже низ јасних принципа који би требало да спрече оружане сукобе у космосу односно коришћење космоса за оружане сукобе на земљи. Ипак, већ сада се може тврдити да ће та начела ускоро бити прекршена. Између осталог, у вези са оружаним сукобом у Украјини ускоро се могу очекивати напади на противничке шпијунске сателите. Све то онда води изменама у самом међународном космичком праву, како у погледу могућег дефинисања нових начела космичког права, тако и у вези са потребом регулисања низа нових питања, као што су нпр. који су стварни оквири неутралности у рату у космосу, да ли је допуштен напад на приватне сателите који се користе у шпијунске сврхе у корист непријатеља и слично.

Кључне речи: *Космички ратови; Космос; Међународно право; Право оружаних сукоба.*

УДК/UDC 341.645:061.1EU
061.1EU
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Небојша Раичевић

Правни факултет Универзитета у Нишу

ТУМАЧЕЊЕ КАО ИНСТРУМЕНТ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ ЗА ШИРЕЊЕ УНУТРАШЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ ЕЗ/ЕУ[1]

Оснивачки уговори европских заједница/Европске уније садржали су одредбе које су изричито додељивале поједине надлежности тим организацијама и тиме вршили вертикалну поделу власти између њих и држава чланица. Поред тих експлицитних надлежности, Европски суд правде је систематским и телеолошким тумачењем оснивачких уговора и секундарне легислативе признавао и нека додатна овлашћења европским заједницама/Европској унији. Тиме је Суд прихватио доктрину имплицитних овлашћења као погодан инструмент за јачање положаја заједница/Уније у односу на државе чланице.

Европски суд правде је шире тумачење претежно користио за јачање надлежности ЕЗ на спољном плану, али је било и примера њене примене ради ширења надлежности институција ЕЗ на интерном плану. У првим деценијама доктрина имплицитних овлашћења послужила је за ширење унутрашње надлежности европских заједница у економској сфери. У почетку, европским заједницама су, поред изричито прописаних овлашћења, признавана и овлашћења да предузимају мере неопходне за остварење циљева садржаних у оснивачким уговорима. Суд је касније проширио ово своје схватање концепта унутрашњих имплицитних овлашћења, констатујући да та овлашћења могу бити изведена не само из конкретне одредбе или општих циљева оснивачког уговора, већ и из генералне структуре тог уговора. Европски суд правде је касније екстензивно тумачење оснивачких уговора искористио и за ширење надлежности ЕЗ/ЕУ у ванекономској сфери.

Кључне речи: Тумачење; Европски суд правде; Имплицитна надлежност; Европске заједнице; Европска унија; Оснивачки уговори.

Небојша Раичевић, *raicko@prafak.ni.ac.rs*.

[1] Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 3. 2. 2023. године.

1. УВОД

Европски суд правде (даље и: ЕСП, Суд) је систематским и телеолошким тумачењем оснивачких уговора и секундарне легислативе признавао европским заједницама односно Европској унији бројна овлашћења која им тим актима нису била изричито додељена. Такав приступ Европског суда правде базиран је на доктрини имплицитних овлашћења коју су креирали амерички правници, попут Александра Хамилтона (*Alexander Hamilton*), а прихватио ју је и даље развио Врховни суд САД. Да подсетимо, према тој доктрини, америчка савезна влада има не само овлашћења изричито призната Уставом, већ и сва она овлашћења неопходна за остваривање тих изричито признатих овлашћења и реализацију циљева која савезној влади намеће највиши правни акт. Према ужем концепту ове доктрине, постојање датог овлашћења подразумева постојање било којег другог овлашћења неопходног за вршење првог. Према ширем концепту, постојање датог циља имплицира постојање овлашћења разумно неопходног да би се тај циљ постигао.

Доктрину имплицитних овлашћења радо су преузели савезни судови осталих федерација и трибунали међународних организација, укључујући ту и Европски суд правде, како би проширили надлежности централних органа на рачун конститутивних елемената тих ентитета. На тај начин судови су својим одлукама, без формалне измене конститутивних аката, значајно утицали на вертикалну поделу власти.

Европски суд правде је доктрину имплицитних овлашћења примењивао пре свега ради јачања положаја ЕЗ/ЕУ на спољном плану, признајући тим организацијама, а не државама чланицама, надлежност за закључивање појединих међународних споразума.[2]

Међутим, Европски суд правде је користио концепт имплицитних овлашћења и да би ојачао положај институција европских заједница/Уније у односу на државе чланице на унутрашњем плану. Телеолошким и систематским тумачењем Суд је бројне надлежности признао европским институцијама, иако то у оснивачким уговорима и секундарним актима нигде није било експлицитно прописано. ЕСП је

[2] Често се доктрина имплицитних овлашћења у Европској унији изједначава са спољним надлежностима Уније, тако да често постоји механичко схватање да имплицитна овлашћења ЕУ, значе спољна имплицинта овлашћења; M. Hodun, *Doctrine of Implied Powers as a Judicial Tool to Build Federal Polities: Comparative Study on the Doctrine of Implied Powers in the European Union and the United States of America*, PhD dissertation, School of Law, Reykjavik University, Reykjavik 2015, 145, *https://skemman.is/bitstream/1946/20824/1/Doctrine%20of%20implied%20powers%20as%20a%20judicial....pdf.*

користио концепт имплицитних овлашћења најпре за ширење надлежности ЕЗ/ЕУ у економској сфери, а касније и за ширење надлежности у осталим пољима деловања тих организација.

2. ШИРЕЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ У ЕКОНОМСКОЈ СФЕРИ

ЕСП се први пут бавио имплицитним овлашћењима још давне 1955. године у случају *Fédéchar*.[3] Суд је у том поступку за поништење одлуке Високе власти испитивао да ли тај орган Европске заједнице за угаљ и челик (ЕЗУЧ) може фиксирати цене угља и тиме утицати на снижавање цене тог производа који долази из белгијских рудника. *Fédération Charbonnière de Belgique*, као тужилац у том поступку, је истакао „да одсуство било које одредбе у Уговору која изричито омогућава наметање фиксних цена искључује признање таквог овлашћења путем тумачења које он сматра широким и неприхватљивим...“.[4] Међутим, ЕСП није прихватио став тужиоца, већ је тумачећи Уговор о ЕЗУЧ-у и Конвенцију о прелазним одредбама, дошао до сасвим супротног закључка: „Без прибегавања широком тумачењу, могуће је применити правило тумачења општеприхваћено и у међународном и у националном праву, према којем правила утврђена међународним уговором или законом претпостављају постојање правила без којих тај уговор или закон не би имали смисла или се не би могли разумно и сврсисходно применити. Штавише, према одредбама члана 8 Уговора, дужност Високе власти је да обезбеди да се циљеви утврђени у том Уговору остваре у складу са његовим одредбама. Из те одредбе, која је водећи принцип за овлашћења Високе власти дефинисане у Глави I Уговора, мора се закључити да она *(*Висока власт, прим. Н.Р.*)* ужива извесну независност приликом одређивања имплементационих мера неопходних за постизање циљева наведених у Уговору или у Конвенцији, која чини његов саставни део. Када је, као у овом случају, неопходно да се постигне циљ из члана 26 Конвенције, Висока власт има овлашћење, ако не и дужност, да усвоји – у границама предвиђеним том одредбом – мере за смањење цена белгијског угља.“[5]

Може се видети да је ЕСП заузео став да Висока власт, поред активности изричито наведених у оснивачком уговору, може предузимати и неке друге мере које су неопходне за остварење циљева садржаних у оснивачком уговору. Тиме се Заједници омогућава да

[3] Case 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community, Judgment of the Court of 29 November 1956, ECLI:EU:C:1956:11.

[4] *Ibid*., 299.

[5] *Ibid*.

њена изричито побројана овлашћења оствари предузимањем активности које нису експлицитно наведене. При томе, Висока власт има слободу да изабере мере које су најпогодније за постизање тих циљева. Ипак, та слобода није апсолутна јер приликом вршења имплицитних овлашћења не сме доћи до њихове злоупотребе.[6]

У наредна два случаја која су значајна за развој доктрине имплицитних овлашћења на унутрашњем плану, исход конкретних поступка био је неповољан за Високу власт. У питању су били поступци *Италија против Високе власти*[7] и *Холандија против Високе власти*[8] у којима су тужиоци тражили поништај Одлуке бр. 18/59 којом је Висока власт увела обавезу објављивања цена превоза у друмском саобраћају.

Државе су сматрале да је у то време транспортна политика била у њиховој надлежности, тако да Висока власт није могла својим секундарним актима да уређује ту област. ЕСП је прихватио такву тврдњу држава чланица јер није нашао изричито овлашћење Високе власти за доношење Одлуке бр. 18/59, а није успео да пронађе ни имплицитно овлашћење за ту одлуку узимајући у обзир „основне принципе Уговора” и „генералну структуру” његових чланова. Суд је поништио поменуту одлуку Високе власти, али је овим двема пресудама потврдио да надлежност за деловање Високе власти, поред изричитих одредби оснивачких уговора, могу бити и имплицитна овлашћења произашла из ширег контекста тог уговора. Суд је у ова два случаја утврдио да мере које је предузела Висока власт немају упориште ни у имплицитним овлашћењима, и пресудио у корист држава чланица потврђујући њихову суверености у сфери транспорта.

Међутим, иако је његова одлука била негативна у конкретним споровима јер није пронашао имплицитна овлашћења за деловање Високе власти, она је истовремено гледано *in abstracto* дала значајан допринос развоју доктрине имплицитних овлашћења у Заједници. У образложењу пресуде, ЕСП је навео да имплицитна овлашћења могу бити изведена не само из конкретне одредбе оснивачког уговора, већ и из „генералне структуре” тог уговора.

ЕСП се и у предмету *Camera Care* бавио имплицитним овлашћењима и то у инцидентном поступку за одређивање привремених мера ради заштите конкуренције. У том предмету Суд је испитивао да ли

[6] *Ibid*., 300.

[7] Case 20/59, Government of the Italian Republic v High Authority of the European Coal and Steel Community, Judgment of the Court of 15 July 1960, ECLI:EU:C:1960:33.

[8] Case 25/59, Kingdom of the Netherlands v High Authority of the European Coal and Steel Community, Judgment of the Court of 15 July 1960, ECLI:EU:C:1960:34.

према Регулативи Савета бр. 17 из 1962. године Комисија може одредити привремене мере, иако поменута Регулатива уопште не помиње такве мере. Општи правобранилац у том предмету сматрао је да према постојећем праву, Комисија нема имплицитно овлашћење да одреди привремене мере. Он је најпре констатовао да је Комисија тело створено правним инструментом и да као таква не може имати своја изворна инхерентна овлашћења, по чему се разликује од физичких лица и држава које настају независно од правних инструмената. Општи правобранилац додаје да Комисија може имати имплицитна овлашћења једино уколико она произилазе из Уговора о ЕЕЗ или донете легислативе. Пошто се у релевантним правним инструментима импликацијом не могу пронаћи овлашћења за усвајање привремених мера усмерених на примену Регулативе бр. 17, захтев тужиоца за њихове одређивање треба бити одбијен.[9] Међутим, судско веће је дошло до другачијег закључка. Оно је најпре констатовало да у области заштите конкуренције постоје ситуације када је неопходно наредити привремене заштитне мере како би се осигурало да, док се спроводи истрага против неке компаније, не настане непоправљива штета за државе или друга предузећа.[10] Веће је даље наставило, да право Комисије да доноси одлуке „укључује сукцесивне фазе, тако да одлуци којом се утврђује постојање кршења права могу претходити било какве прелиминарне мере за које се сматра да су неопходне у било ком моменту”.[11] Веће је додало да Комисија мора имати могућност предузимања потребних заштитних мера како би се избегло да вршење њених надлежности у области заштите не постане неефикасно или чак илузорно због деловања одређених предузећа. На крају, судско веће је закључило да овлашћење Комисије које она има на основу чл. 3(1) Регулативе бр. 17 (заштита конкуренције на заједничком тржишту) „укључује овлашћење да предузме привремене мере неопходне за ефикасно остваривање њених функција а, нарочито, за обезбеђивање ефикасности било које одлуке која захтева од предузећа да окончају кршења права које је она утврдила да постоји”.[12] Дакле, овлашћење за доношење одлука подразумева и постојање овлашћења за предузимање привремених мера.[13]

[9] Case 792/79 R, Camera Care Ltd v Commission of the European Communities, Opinion of Mr Advocate General Warner delivered on 9 January 1980, ECLI:EU:C:1980:4.

[10] Case 792/79 R, Camera Care Ltd v Commission of the European Communities, Order of the Court of 17 January 1980, ECLI:EU:C:1980:18, para. 14.

[11] *Ibid*., para.17.

[12] *Ibid*., para 18.

[13] H. G. Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, Springer Science, Business Media Dordrecht, Amsterdam 1983, 174.

И у случају *Холандија против Комисије*, ЕСП се бавио имплицитним овлашћењима произашлим из секундарне легислативе. Случај се тицао Регулативе Комисије бр. 2920/93 од 22. октобра 1993. године о одређивању квота за увоз банана у ЕЕЗ из трећих земаља,[14] која је донесена у циљу имплементације Регулативе Савета бр. 404/93 о заједничкој организацији тржишта банана.[15] Чл. 20 Директиве Савета је овластио Комисију да усвоји детаљна правила о увозним дозволама и минималним количинама банана које треба да буду увезене. Холандија је сматрала да је Комисија унела у своју Регулативу нека правила за која није имала овлашћења. ЕСП није прихватио такву тврдњу тужиоца, исткавши да „да формулација члана 20 Регулативе Савета не спречава Комисију да усвоји детаљна имплементациона правила која су, иако нису изричито наведена у тој одредби, неопходна за функционисање увозног система”.[16]

Проблемом унутрашњих имплицитних овлашћења бавио се и Првостепени суд. Слично као Суд правде, и Првостепени суд је рекао да када члан оснивачког уговора „даје Комисији конкретан и прецизан задатак, уколико се та одредба Уговора ... не жели учинити потпуно неефикасном, мора се прихватити, да она имплицитно даје Комисији нужно и *per se* овлашћења која су јој неопходна да би тај задатак извршила”. Истовремено, Првостепени суд указује да се додела имплицитних овлашћења европским институцијама мора вршити врло рестриктивно. Он је појаснио да се „постојање имплицитног регулаторног овлашћења, које представља дерогацију принципа расподеле овлашћења... мора уско тумачити. Таква овлашћења само су изузетно призната судском праксом, а да би била призната, морају бити неопходна за обезбеђивање практичног ефекта одредби Уговора или дате регулативе.”[17]

[14] Commission Regulation (EEC) No 2920/93 of 22 October 1993 fixing the uniform reduction coefficient for determining the quantities of bananas to be allocated to each operator in categories A and B in the context of the tariff quota for the second half of 1993, Official Journal, L 264, 23. 10. 1993, 40–41.

[15] Council Regulation (EEC) No 404/93 of 13 February 1993 on the common organization of the market in bananas, Official Journal L 47, 25. 2. 1993, 1–11.

[16] Case C-478/93, Netherlands v Commission, Judgment of 17 October 1995, ECLI:EU:C:1995:324, para. 32.

[17] Case T-240/04, French Republic v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 17 September 2007, ECLI:EU:T:2007:290, paras. 36-37; Видети и: Case T-143/06, MTZ Polyfilms Ltd v Council of the European Union, Judgment of the Court of First Instance of 17 November 2009, ECLI:EU:T:2009:441, para. 47.

3. ШИРЕЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ У ВАНЕКОНОМСКОЈ СФЕРИ

Као што се могло видети, у почетку су унутрашња имплицитна овлашћења разматрана у економској сфери. Временом, ЕСП је ову доктрину разматрао и у другим областима деловања ЕЕЗ и ЕУ. Средином 80-тих година прошлог века ЕСП се бавио инхерентним овлашћењима у контексту имиграционе политике. Наиме, Комисија је, позивајући се на чл. 118 Уговора о ЕЕЗ који уређује социјалну политику, усвојила Одлуку 85/381/ЕЕЗ којом је државама чланицама наметнута обавеза да информишу Комисију о мерама за регулисање положаја странаца који долазе из трећих земаља и да се о тим мерама консултују са Комисијом као би се, *inter alia*, постигла усклађеност тих националних мера са политиком ЕЕЗ.

Међутим, неколико држава чланица није било задовољно увођењем такве процедуре, сматрајући да је Комисија деловала *ultra vires*, услед чега су поднеле тужбу ЕСП за поништај њене одлуке.[18] Тужиоци су истицали да чл. 118 Уговора о ЕЕЗ, нити било која друга његова одредба, не овлашћују Комисију да доноси обавезујуће одлуке у области миграционе политике за држављане трећих држава јер та сфера миграционе политике не спада у социјалну област коју тај члан регулише. Француска је још додала да је уређивање положаја странаца значајно за безбедност државе и налази се изван социјалне области на коју се односи чл. 118 Уговора о ЕЕЗ.[19] ЕСП је сматрао да миграциона политика може представљати део социјалне политике регулисане чл. 118 једино у сфери која се тиче утицаја радника из држава нечланица на тржиште рада и радне услове у ЕЕЗ.[20] Пошто је утврдио да се оспоравана одлука Комисије делимично тиче и области социјалне политике регулисане чл. 118, Суд се окренуо испитивању да ли Комисија може доносити обавезујуће одлуке којима уређује поступак консултација са државама чланицама из става 2 тог члана. И управо приликом разматрања тог проблема, ЕСП је још једном истакао да поред експлицитно побројаних надлежности, Комисија може имати и нека друга овлашћења која су јој неопходна за вршење експлицитних надлежности. Суд је то објаснио на следећи начин: „... мора се нагласити да када члан Уговора о ЕЕЗ... даје посебан задатак Комисији, мора се прихватити, ако се та одредба не жели учинити потпуно неефикасном, да она нужно и *per se* даје Комисији овлашћења која су јој

[18] Joined cases 281, 283, 284, 285 and 287/85, Federal Republic of Germany and others v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 9 July 1987, ECLI:EU:C:1987:351.

[19] *Ibid*., para. 9 и 15.

[20] *Ibid*. para. 23.

неопходна да би извршила тај задатак. Због тога, други став члана 118 мора се тумачити тако да Комисији даје сва овлашћења која су неопходна за организовање консултација”. Конкретизујући то на случај који је има пред собом, ЕСП је рекао „да би извршила тај задатак организовања консултација, Комисија нужно мора бити у могућности да од држава чланица захтева да је известе о важним информацијама...”.[21] Дакле, Суд је јасно рекао да увек када нека одредба оснивачког уговора намеће Комисији конкретан задатак, та јој одредба истовремено додељује и сва потребна овлашћења за извршење тог задатка.[22]

Суд је у овом случају пресудио против Комисије и прихватио тужбени захтев држава чланица, поништивши Одлуку бр. 85/381/ЕЕЗ. У образложењу пресуде, ЕСП је навео да је чл. 118(2) Уговора о ЕЕЗ овластио Комисију једино да уреди процедурална питања у вези с консултацијама са државама чланицама, а не и да утврђује резултате који ће бити остварени током тих консултација (усвајање националних мера у складу са политикама и акцијама Заједнице). И у овом случају Суд је применио већ више пута коришћени метод којим је у конкретном предмету подржао став држава чланица, али је истовремено изнео закључке којима је ојачао положај институција европских заједница.

Наредни случај у којем се ЕСП бавио проблемом имплицитних овлашћења ЕЗ је везан за област кривичног права. У то време кривична материја није била у надлежности ЕЗ, већ је спадала у трећи стуб у оквиру Европске уније. Поступајући на основу чл. 34(2)(b) Уговора о ЕУ (трећи стуб), Савет је јануара 2003. године усвојио Оквирну одлуку бр. 2003/80/ЈНА о заштити животне средине путем кривичног права у циљу хармонизације националног еколошког кривичног права. Нешто пре тога, Комисија је предложила Савету усвајање директиве са идентичним називом и сличном садржином, позивајући се на чл. 175 Уговора о ЕЗ (први стуб). Услед тога настао је спор између Комисије и Савета и то не око садржине документа, већ форме у којој он треба бити донесен.

У тој ситуацији, било је веома важно да ли ће кривичноправна заштита животне средине бити усвојена у форми оквирне одлуке или директиве. У првом случају Савет би поступао у складу са својим надлежностима из трећег стуба и акт би морао усвојити једногласно, само уз консултовање Европског парламента. Применом тог легислативног поступка, свака држава чланица имала би право вета и својим

[21] *Ibid*., para. 28.
[22] M. Hodun, 216.

негативним гласом могла је спречити усвајање оквирне одлуке. У другом случају, била би релевантна правила из првог стуба, што значи да би се применила процедура саодлучивања, тако да би за усвајање одлуке била потребна квалификована већина у Савету и апсолутна већина у Европском парламенту. Такав начин усвајања директиве лишио би државе чланице могућности да појединачно спрече њено доношење.

Поред разлике у процедури усвајања, још су битније разлике у дејству оквирне одлуке и директиве. Оквирна одлука, као акт из трећег стуба, никада није могла имати директно дејство, већ је увек била нужна акција држава чланица. За разлику од тога, директива, као акт из првог стуба, може имати вертикално директно дејство уколико изостану имплементационе мере државе чланице. Даље, када директива буде усвојена, њу морају поштовати и државе које су гласале против њеног усвајања, што је карактеристика читавог првог стуба. Поред тога, Комисија има право да покрене поступак против државе која крши директиву и ако ЕСП утврди постојање повреде коју држава не отклони, може држави изрећи санкције у форми плаћање пенала или паушалне суме.[23]

Пошто две институције ЕЗ нису могле самостално решити овај спор, Комисија је поднела тужбу против Савета и тражила од ЕСП да поништи Оквирну одлуку бр. 2003/80/ЈНА.[24] Констатујући да ЕЗ нема општу надлежност у кривичним стварима, Комисија је у тужби тврдила да је према чл. 175, законодавац ЕЗ надлежан „да захтева од држава чланица да пропишу кривичне санкције за кршење легислативе Заједнице о заштити животне средине уколико сматра да је то неопходно средство за обезбеђивање ефикасности те легислативе. Усклађивање националног кривичног законодавства, нарочито конститутивних елемената еколошких преступа за које се везују кривичне санкције, створено је да служи као помоћ тој политици Заједнице.”[25] Став Комисије подржао је и Европски парламент. С друге стране, Савет је тврдио да према тадашњем праву, ЕЗ нема овлашћење да

[23] Више видети: З. Радивојевић, Н. Раичевић, „Санкционисање држава чланица ЕУ због неизвршења пресуда и необавештавања о спровођењу директива”, *Српска политичка мисао* 2/2017.

[24] Case C-176/03, Commission of the European Communities v Council of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 September 2005, ECLI:EU:C:2005:542.

[25] *Ibid.*, para. 19. Комисија је појаснила да ЕЗ нема надлежност да уређује процедурална кривична питања, као што су надлежност, екстрадиција и оптужење и гоњење лица која изврше еколошка кривична дела, већ она потпадају под Наслов VI Уговора о ЕУ и треба да буду регулисана оквирном одлуком из домена трећег стуба; *Ibid.*, para. 23.

од држава захтева наметање кривичних санкција у еколошкој области. Тај став подржало је и 11 (од тадашњих 15) држава чланица[26] које су се појавиле као интервенијенти на страни Савета. Дакле, Савет и државе чланице желеле су да увођење кривичних санкција задрже искључиво у сфери међудржавне сарадње оличеној у трећем стубу ЕУ.

Позивајући се на своју ранију праксу, ЕСП је, попут Комисије, констатовао да кривично материјално право, као ни кривично процесно право, не спадају у надлежност Европске заједнице. Међутим, након те опште констатације, Суд је додао да „онда када је примена ефикасних, сразмерних и одвраћајућих кривичних санкција од стране надлежних националних органа суштинска мера за борбу против озбиљних еколошких прекршаја”, чињеница да кривично право не спада у надлежност ЕЗ не спречава ту организацију да „предузме мере које се односе на кривично право држава чланица које сматра неопходним како би се обезбедило да правила о заштити животне средине која она прописује буду потпуно ефикасна”.[27] Полазећи од циља и садржине мера из Оквирне одлуке, ЕСП је утврдио да оне имају за главну сврху заштиту животне средине, та да због тога спадају у први стуб и могу бити усвојене основу чл. 175 Уговора о ЕЗ. Услед свега тога, ЕСП је поништио поменуту Оквирну одлуку Савета.

На овај начин, ЕСП је још једном признао Европској заједници имплицитна овлашћења, јачајући њен положај у односу на државе чланице. Суд је овај пут стао на становиште да ако нека предметна материја спада у надлежност ЕЗ, онда Заједница има и надлежност да пропише кривичноправне мере уколико су оне неопходне да се обезбедила ефикасна имплементација права које регулише ту предметну материју. Овим екстензивним тумачењем ЕСП је јачао центрипеталну силу у ЕЗ, преносећи одређена овлашћења са саставних делова на централни федерални ниво, што је за последицу имало продубљивање и ширење европске интеграције.

4. ЗАКЉУЧАК

Европски суд правде је екстензивним тумачењем оснивачких уговора и секундарне легислативе признавао европским заједницама, односно Европској унији, неке надлежности које нису биле експлицитно додељене тим организацијама. Он је тим ентитетима признавао и она овлашћења која су им била неопходна за остваривање изричито

[26] Холандија, као један од умешача, оспоравала је надлежност ЕЗ износећи нешто другачије аргументе.

[27] *Ibid*., paras. 47, 48.

прописаних надлежности и реализацију циљева установљених оснивачким уговорима. ЕСП је на тај начин прихватио концепт „имплицитних овлашћења”, чиме је омогућио европским институцијама да усвајају мере и без изричитих овлашћења садржаних у оснивачким уговорима. Суд је својим активизмом, и без формалне измене конститутивних аката, ојачао положај институција европских заједница/ЕУ у односу на државе чланице.

ЕСП се у том процесу служио систематским и телеолошким тумачењем оснивачких уговора и секундарне легислативе, често стављајући језичко тумачење у други план, чиме је одступио од уобичајене хијерархије метода тумачења међународних уговора садржане у Бечкој конвенцији о уговорном праву. Суд је имао веома флексибилан интерпретативни приступ, дајући примат постављеним циљевима и попуњавању правних празнина у односу на сам текст оснивачких уговора. Дакле, ЕСП се ослањао на принцип *effet utile*, настојећи да ојача позицију институција ЕЗ/ЕУ и продуби европски интегративни процес.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Радивојевић Зоран, Раичевић Небојша, „Санкционисање држава чланица ЕУ због неизвршења пресуда и необавештавања о спровођењу директива”, *Српска политичка мисао* 2/2017;
2. Schermers, Henry G., *Judicial Protection in the European Communities*, Springer Science, Business Media Dordrecht, Amsterdam 1983;
3. Hodun Milosz, *Doctrine of Implied Powers as a Judicial Tool to Build Federal Polities: Comparative Study on the Doctrine of Implied Powers in the European Union and the United States of America*, PhD dissertation, School of Law, Reykjavik University, Reykjavik 2015.

Остали извори

1. Case 20/59, Government of the Italian Republic v High Authority of the European Coal and Steel Community, Judgment of the Court of 15 July 1960, ECLI:EU:C:1960:33;
2. Case 25/59, Kingdom of the Netherlands v High Authority of the European Coal and Steel Community, Judgment of the Court of 15 July 1960, ECLI:EU:C:1960:34;
3. Case 792/79 R, Camera Care Ltd v Commission of the European Communities, Opinion of Mr Advocate General Warner delivered on 9 January 1980, ECLI:EU:C:1980:4;
4. Case 792/79 R, Camera Care Ltd v Commission of the European Communities, Order of the Court of 17 January 1980, ECLI:EU:C:1980:18;

5. Case 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community, Judgment of the Court of 29 November 1956, ECLI:EU:C:1956:11;
6. Case C-176/03, Commission of the European Communities v Council of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 September 2005, ECLI:EU:C:2005:542;
7. Case C-478/93, Netherlands v Commission, Judgment of 17 October 1995, ECLI:EU:C:1995:324;
8. Case T-143/06, MTZ Polyfilms Ltd v Council of the European Union, Judgment of the Court of First Instance of 17 November 2009, ECLI:EU:T:2009:441;
9. Case T-240/04, French Republic v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 17 September 2007, ECLI:EU:T:2007:290;
10. Commission Regulation (EEC) No 2920/93 of 22 October 1993 fixing the uniform reduction coefficient for determining the quantities of bananas to be allocated to each operator in categories A and B in the context of the tariff quota for the second half of 1993, Official Journal, L 264, 23. 10. 1993;
11. Council Regulation (EEC) No 404/93 of 13 February 1993 on the common organization of the market in bananas, Official Journal L 47, 25. 2. 1993;
12. Joined cases 281, 283, 284, 285 and 287/85, Federal Republic of Germany and others v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 9 July 1987, ECLI:EU:C:1987:351.

Full Professor Nebojša Raičević, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

INTERPRETATION AS A ECJ᾽S TOOL FOR EXPANSION OF THE EC/EU᾽S INTERNAL COMPETENCES

Summary

The European Court of Justice used a systematic (contextual) and teleological interpretation of founding treaties and secondary legislation to expand the internal competence of the European Communities/European Union. It accepted and applied the concept of implicit powers to strengthen the position of the institutions of those organizations vis-à-vis member states. The European Court of Justice initially used the extensive interpretation of the founding treaties and the doctrine of implicit powers to expand

the internal competence of the EC/EU in the economic, and later in the non-economic sphere.

The ECJ first applied this concept in 1955 in the Fédéchar case. On that occasion, the ECJ concluded that the High Authority, in addition to the activities expressly stated in the founding treaty, may undertake some other measures that are necessary for achieving the goals contained in the founding treaty. This enabled the Community to exercise its expressly enumerated powers by undertaking activities that are not explicitly stated. A few years later, the ECJ expanded its understanding of the concept of internal implied powers, clarifying that these powers can be derived not only from a specific provision or general objectives of the founding treaty but also from the "general structure" of that treaty (Case 20/59; Case 25/59).

Leaning on the principle of *effet utile*, the ECJ used a teleological interpretation to strengthen the powers of the EEC in one proceeding for iniciating interim measures for the competition protection. In that proceeding, the Court examined whether the Commission can impose interim measures under the Council Regulation no. 17 of 1962, although the Regulation does not mention such a possibility at all. After stating that in the field of competition protection there are situations when it is necessary to adopt interim protective measures in order to prevent irreparable damage to states or other companies, the ECJ concluded that the Commission's supervisory task conferred upon it in competition protection "includes the power to take interim measures which are indispensable for the effective exercise of its function" (Case 792/79 R, Order, paras. 14, 18).

Beside the economic area, the ECJ considered the doctrine of implicit powers based on extensive interpretation, in other areas of EEC activity. In the mid-1980s, the ECJ dealt with this powers in the context of immigration policy. Several member states considered Commission' s Decision 85/381 concerning the status of foreigners to be *ultra vires* and requested its annulment. Dealing with that problem, the ECJ once again emphasized that, in addition to the explicitly enumerated competences, the Commission may also have some other powers that are necessary for it to exercise those explicitly recognized competences.

The ECJ also used the teleological interpretation in criminal matters that at that time were not within the competence of the EC, but belonged to the third pillar within the EU. At the heart of the case was a dispute between the Commission and the Council regarding which legal act should regulate environmental protection in order to harmonize national environmental criminal law. The Commission considered that it is mainly an environmental matter that falls under the first pillar, and should be regulated by

a directive, while the Council considered that a framework decision should be adopted in the domain of the third pillar because it is a criminal matter, and the Council acted in this way. Acting in this case, the Grand Chamber first stated that neither criminal substantive law nor criminal procedural law fall under the Community's competence, but added that it does not prevent the EC from adopting criminal law measures it deems necessary to ensure that the environmental rules adopted by the Community be effective.

Key words: *Interpretation; European Court of Justice; Implicit powers; European Communities; European Union; Founding treaties.*

UDC/УДК 347.962(410:4-672EU)
340.132(410:4-672EU)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Allan F. Tatham, LL.D.

Facultad de Derecho, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, Spain

THE CHALLENGES FACING BRITISH JUDGES IN INTERPRETING EU LAW AFTER ACCESSION (1973-1990): DIFFERENCES BETWEEN THE RULE OF CONSTRUCTION AND *MARLEASING*

As judges from across the Western Balkans are trained in the rules concerning the interpretation and enforcement of (rights under) EU law in cases before them, this paper will examine how British judges approached this same matter in the immediate post-accession period, 1973-1990.

It will be shown that, for many years after accession, domestic judges in the United Kingdom sought to impose their own canons of interpretation when approaching EU law in cases in which they were adjudicating. The gradual movement to embrace the principle of consistent interpretation used by the European Court of Justice in its seminal ruling in Marleasing, ultimately resulted in a distinct re-orientation of British judges in their approach to the basis of their decision-making and the legal sources available to justify their reasoning.

This paper will therefore trace the main cases as examples of the process by which British courts gradually came to accept consistent interpretation, highlighting the difficulties faced in adapting to different ways in understanding the application of EU law. Discussing these various judgments underlines the fact that even a long-established judiciary from a new Member State faced many challenges in coming to terms with the implications of post-accession application and interpretation of EU law.

Key words: Principle of consistent interpretation; National courts' interpretation of EU law; British judiciary; Domestic rules of interpretation; Rule of construction; Impact of *Marleasing*.

Allan F. Tatham, *allanfrancis.tatham@ceu.es*.

1. INTRODUCTION

While it may seem somewhat of mere historical interest to address, the approach of British courts – in the aftermath of accession – in attempting to interpret national law in a Euro-conform way and its limitations, still provides a salutary lesson for judiciaries across candidate countries in southern and eastern Europe in the challenges experienced by judges in seeking to protect rights derived from EU law before domestic courts. Understandably, each state has its own unique constitutional framework and legal basis that impact on how domestic laws can be read in order to give full effect to those rights.

Such processes are particularly impacted by previous understandings of interpretation of international law in cases before domestic courts, a matter which is usually the rare preserve of superior courts. With EU law, that permeates throughout the national legal system and impacts on the decision-making of judges at all levels of the judicial hierarchy, courts are more regularly called upon to apply it before them. This duty, as expressed in Article 4(3) TEU[1] as the principle of Union loyalty or solidarity and recognized as applicable to judges in the rulings of the Court of Justice of the European Union (CJEU), ultimately requires all judges of the EU Member States *qua* EU judges[2] to apply EU law in cases before them and protect rights arising from EU law. As such, national judges must interpret national law to comply with the requirements of EU law, subject to the limitations set out by the CJEU.

2. DUTY OF CONSISTENT INTERPRETATION OF EU LAW

In order to maintain the coherence of the EU legal system and to ensure its unity and homogeneity, national courts must follow the CJEU's methods of interpretation of EU law when dealing with it in cases before them.[3] In *Von Colson*,[4] a case dealing with Directive 76/207/EEC[5] forbid-

[1] Originally in Article 5 EEC and later in Article 10 EC. See, e.g., A. F. Tatham, *EC Law in Practice: A Case-Study Approach*, HVG ORAC Lap- és Könyvkiadó, Budapest 2006, 96–97; J. Temple Lang, "Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty", *Common Market Law Review* 27/1990, 645; and M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.

[2] See, e.g., N. Fennelly, "The National Judge as Judge of the European Union", *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law – La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence* (eds. A. Rosas, E. Levits, Y. Bot), T.M.C. Asser Press, The Hague 2012, 61.

[3] See, generally, M. Bobek, "The effects of EU law in the national legal systems", *European Union Law* (eds. C. Barnard, S. Peers), Oxford University Press, Oxford 2017, 143,

ding discrimination on grounds of sex regarding access to employment the CJEU noted: "It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of a national law specifically introduced in order to implement Directive 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and purpose of the Directive in order to achieve the result referred to in [Art. 249(3) TFEU]." Thus, although national courts are permitted to use their usual methods of interpretation when dealing with cases with a purely national content when they deal with EU law, they are required to use the CJEU's methods of interpretation.

While the foundations of the duty of interpretation of national law in accordance with obligations arising under EU law may accordingly be traced back to the CJEU ruling in *Von Colson* (and the related case of *Harz*),[6] the Court nevertheless took the final step in establishing such duty as a key aspect of the legal effect of EU law in national systems in *Marleasing*.[7] The applicant had argued that the formation of the defendant company had been illegal because of the lack of cause. The respondent had counter argued that this ground of nullity could not be raised against it as the causes of nullity of companies were exhaustively determined by the First Company Law Directive, Directive 68/151/EEC.[8]

The national legislation in question was an implementation of that Directive. The Spanish Civil Code provisions on the validity and nullity of contracts, which had in the past been applied to the formation of companies, predated Spain's accession to the EU. Relying on the direct effect of the First Company Law Directive was out of the question since the re-

156–161; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2015, 209–216.

[4] Case 14/83 *Von Colson v. Land Nordrhein Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.

[5] Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions: 1976 OJ (L 39) 40. Now repealed and consolidated into 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 (recast): 2006 OJ (L 204) 23.

[6] Case 79/83 *Harz v. Deutsche Tradax GmbH*, ECLI:EU:C:1984:155.

[7] Case C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentación SA*, ECLI:EU:C:1990:395.

[8] First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community: 1968 OJ (L 65) 8. Repealed and most recently consolidated in Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification): 2017 OJ (L 169) 46.

spondent was a private sector company and this principle, as will be recalled,[9] can only be used in relation to claiming protection of rights under EU law before national courts vis-à-vis the state[10] or an emanation of it.[11]

The CJEU accordingly confirmed its previous *Marshall* ruling[12] in which it had rejected the possibility of horizontal direct effect of Directives. The Court then went on to build on the foundations of *Von Colson*. The requirement that the Spanish law should be intended as an implementation of EU law was discarded. Since what is now Art. 4(3) TEU was the basis for the duty of consistent interpretation of EU law by national courts, and that provision placed a duty on all national authorities to do everything in their power to achieve the goals of EU law, a restrictive approach could not be justified. The language used by the CJEU was broadly inclusive: "[In] applying national law, whether the provisions in question were adopted before or after the Directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, so far as possible, in the light of the wording and purpose of the Directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of [Art. 249 TFEU]."

Although the latter part of the paragraph quoted above is similar to the language used in *Von Colson*, it is more explicit that the national court is required to construct an interpretation of national law which achieves the goals of the Directive. Courts are required to do everything possible to achieve the conformity of national law with Union law. Moreover, in the subsequent case of *Pfeiffer*,[13] the CJEU extended this duty further, deciding that this interpretative obligation applied not only to national law that implemented the relevant directive but rather to the national legal system as a whole.

[9] As originally created by the CJEU in Case 26/62 N.V. *Algemene Transport – en Expedite Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1. It has been greatly developed and extended in the ensuing decades, see, e.g.: J. Steiner, "Direct applicability in EEC Law – A chameleon concept", *Law Quarterly Review* 98/1982, 229; P. Pescatore, "The doctrine of 'direct effect': An infant disease of Community law", *European Law Review* 8/1983, 155; D. Edward, "Direct effect: Myth, mess or mystery?", *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (eds. J. M. Prinssen, A. Schrauwen), Europa Law Publishing, Zutphen 2002, 1.

[10] The CJEU has developed a broader notion of "state" in its case law: Case 103/88 *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*, ECLI:EU:C:1989:256.

[11] The notion of an "emanation of the state" was first enunciated by the CJEU in Case C-188/89 *Foster v. British Gas PLC*, ECLI:EU:C:1990:313.

[12] Case 152/84 *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1986:84.

[13] Cases C-397-401/01 *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584.

However, this "everything possible" formulation of consistent interpretation could undermine legal certainty, which in *Kolpinghuis Nijmegen*[14] was identified as a limitation on the duty of interpretation.[15] While reiterating its rulings in *Von Colson* and *Marleasing*, the CJEU observed that the obligation on the national court to refer to the content of the Directive when interpreting the relevant rules of its national law was limited by the general principles of law which form part of Union law and in particular the principles of legal certainty and non-retroactivity. In affirming its previous case law,[16] the CJEU held[17] that a Directive could not, "of itself and independently of a national law adopted by a Member State for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that Directive."

The *Kolpinghuis* view on limitations on the duty of interpretation[18] was confirmed in *Wagner Miret*[19] in which the CJEU took a more restrictive approach, accepting that an interpretation *contra legem* was not permitted. Consequently, it had to be borne in mind that when a national court interpreted and applied national law, every national court had to presume that the State had the intention of fulfilling entirely the obligations arising from the Directive concerned. The principle of consistent interpretation of national law with a Directive had to be followed in particular where a national court considered that the pre-existing provisions of its national law satisfied the requirements of the Directive concerned.

The CJEU accordingly held that the national provisions in question could not be interpreted in a way which conformed with the Directive: the only possible remedy for the applicant would therefore be that the State should compensate them for their losses since its own failure to transpose the Directive correctly had caused their loss.[20]

---

[14] Case 80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV*, ECLI:EU:C:1987:431.

[15] M. Bobek, 160–161; P. Craig, G. de Búrca, 212–215.

[16] Case 14/86 *Pretore de Salò v. Persons unknown*, ECLI:EU:C:1987:275.

[17] Case 80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV*, ECLI:EU:C:1987:431, para. [13], 3986.

[18] See also on this point Case C-168/95 *Criminal proceedings against Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363; and Case C-105/03 *Criminal proceedings against Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. The ruling out by the CJEU of interpretation of non-implementing national law in such a way as to aggravate or determine an individual's *criminal* liability does not exclude an obligation on national courts to interpret non-implementing national law in such a way as to aggravate or determine an individual's *civil* liability: Case C-456/98 *Centrosteel Srl v. Adipol GmbH*, ECLI:EU:C:2000:402.

[19] Case C-334/92 *Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:1993:945.

[20] See Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich v. Italian State*, ECLI:EU:C:1991:428.

The real achievement of *Marleasing*, however, was to reduce substantially the impact of the lack of horizontal direct effect of Directives. Although interpretation of Union obligations transformed into national law is a less certain method than the direct reliance on rights as drafted in EU legislation, it does provide an opportunity for national courts to avoid the discrimination against individuals suing private sector defendants. *Wagner Miret* adds a rider to *Marleasing*: while national courts should act on the presumption that relevant domestic legislation (passed before or after the Directive) was intended to implement it, whether that is in fact possible – in the light of the wording of the national provision – is essentially a matter of interpretation by those national courts.

3. BRITISH COURTS' INTERPRETATION OF EU LAW

3.1. General approach

According to a 1990 decision,[21] the House of the Lords (the predecessor to the present UK Supreme Court) confirmed the longstanding British judicial approach to international law before them, viz., a treaty which had been incorporated into domestic law, would become subject to the interpretative jurisdiction of domestic courts in the same way as any other Act of Parliament.[22]

In addition, it was a well-established principle of construction of United Kingdom statutes[23] that the words of a statute passed after the treaty has been signed and dealing with the subject matter of the international obligation of the United Kingdom, were to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the obligation, and not to be inconsistent with it.

British courts have over many years developed a body of case law on the principles of interpretation that apply to treaties, the framework for this being provided by the (erstwhile international customary) principles laid down in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)[24] as noted in *Fothergill v. Monarch Airlines*.[25] In their judicial decision-

[21] Lord Oliver in *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 500.

[22] On the approach of domestic courts before accession in 1973, see, e.g., I. M. Sinclair, "The principles of treaty interpretation and their application by the English courts", *International and Comparative Law Quarterly* 12/1963, 508.

[23] *Garland v. British Rail Engineering Ltd*. [1982] 2 CMLR 174.

[24] Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969: 1155 UNTS 331.

[25] Lord Scarman in *Fothergill v. Monarch Airlines* [1981] AC 251, 290: "Faced with an international treaty which has been incorporated into our law, British courts should now follow broadly the guidelines declared by the Vienna Convention on the Law of Treaties." On

making,[26] British courts are to use Articles 31 and 32 VCLT as they embody the fundamental interpretative principles in the Convention. In fact, Article 31(1) is the key provision, setting out the general rule of interpretation: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

The approach of the British courts is to give a purposive construction to the treaty, looking at it as a whole.[27] Consequently, a matter dealt with mainly by one of its provisions may also, in some of its aspects, be subject to other provisions of the treaty.[28] Nevertheless, British courts have held that good faith cannot be invoked in order to plug gaps in a way that would impose additional obligations on the parties to the treaty.[29]

3.2. The judicial "rule of construction" of national law to conform with EU law

Due to the British dualist system with respect to the reception of international law into the domestic legal order and to the absence of any formal written constitution, the European Communities Act 1972[30] had to be enacted in order to make EEC (later EU) law applicable in the national legal system from the date of accession.

Section 2(4) provided that "any enactment passed or to be passed … shall be construed, and have effect subject to the principle of supremacy of Community law which is an enforceable Community right." This provision laid down a very strong rule of construction that Parliament was to be presumed not to intend any future statute to override EU law, as observed by Lord Denning MR in *Macarthys Ltd. v. Smith*.[31] In that case, he used section 2(4) as a rule of construction although his view of "construction" was broader than is usually taken in construing international treaties: "In con-

the impact of this case, see R. Gardiner, "Treaty interpretation in the English courts since *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980)", *International and Comparative Law Quarterly* 44/1995, 620.

[26] As Lord Bingham stated in *Sepet v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 15, para. [6]: "In interpreting the [Refugee] Convention the House must respect articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties."

[27] Lord Diplock in *Fothergill v Monarch Airlines* [1981] AC 251, 279.

[28] Lord Steyn in *R. (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, paras. [36]-[37], quoting from the European Court of Human Rights, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, Application nos. 9214/80; 9473/81 and 9474/81, 28 May 1985, para. [60].

[29] *R. v. Immigration Officer at Prague Airport, ex parte European Roma Rights Centre* [2004] UKHL 55.

[30] European Communities Act 1972, c. 68 (repealed).

[31] *Macarthys Ltd. v. Smith* [1979] 3 CMLR 44.

struing our statute, we are entitled to look to the Treaty as an aid to its construction: and even more, not only as an aid but as an overriding force. If on close investigation it should appear that our legislation is deficient – or inconsistent with Community law – by some oversight of our draftsmen – then it is our bounden duty to give priority to Community law."

3.3. Application of the rule of construction in practice before *Marleasing*

The question of how UK courts would interpret national law vis-à-vis the requirements of EEC/EU law came before the House of Lords in *Garland v. British Rail Engineering Ltd*.[32] In that case, the respondent's employees and their families were entitled to reduced rail fares. On retirement, however, families of female ex-employees lost these concessions while those of male ex-employees continued to enjoy them, even though there was no contractual right to them. The applicant female ex-employee challenged the different treatment as amounting to sex discrimination, contrary to section 6(4) of the 1975 Sex Discrimination Act[33] and to unequal pay contrary to what is now Article 157 TFEU. Having brought proceedings, there was a difference of approach between the Employment Appeals Tribunal (whose decision favoured the applicant's case) and the Court of Appeal which ruled against her.

On final appeal to the House of Lords, that court made a reference to the CJEU[34] which ruled that benefits under the respondent's concessionary fares scheme counted as "pay" within the meaning of directly effective Article 157 TFEU. The case was sent back to the House of Lords[35] which noted that the words of section 6(4) of the 1975 Act that needed to be construed, "provision in relation to… retirement," without any undue straining of the ordinary meaning of the language used, were capable of bearing either the narrow meaning accepted by the Employment Appeal Tribunal or the wider meaning preferred by the Court of Appeal but acknowledged by that court to be largely a matter of first impression:

In order to decide whether the construction of section 6(4) in fact adopted by the Court of Appeal was inconsistent with Article [157 TFEU], and whether that alternative construction adopted by the Employment Appeal Tribunal was consistent with it, it was desirable to obtain a ruling of the European Court of Justice that would be binding upon all courts in

[32] *Garland v. British Rail Engineering Ltd. (No. 1)* [1981] 2 CMLR 542.

[33] Sex Discrimination Act 1975, c. 65.

[34] Case 12/81 *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, ECLI:EU:C:1982:44.

[35] *Garland v. British Rail Engineering Ltd. (No. 2)* [1982] 2 CMLR 174; [1982] UKHL 2.

England, including this House, upon the question of the effect of Article [157 TFEU] on the kind of discrimination as respects concessionary travel facilities after retirement to which Mrs. Garland was subjected by her employers simply because she was a woman and not a man.

Having decided that section 6(4) could be interpreted in two ways, one of which was consistent with the CJEU's answers to its reference,[36] the House of Lords concluded that the Employment Appeal Tribunal had put the correct construction on that domestic legal provision and accordingly ruled in favour of the applicant.

Garland was followed in the case of *Pickstone v. Freemans PLC*[37] where the House of Lords opted to interpret the 1983 domestic regulations (that had amended the 1970 Equal Pay Act[38]) against their literal meaning – even to the extent of reading certain words into those regulations in order to give effect to EU law, by achieving a result compatible with the relevant EU legal provisions.

Garland and *Pickstone* both concerned the interpretation of section 2(4) of the 1972 European Communities Act in the context of a conflict between directly effective EU law and domestic legislation. The case of *Duke v. GEC Reliance Systems Ltd.*[39] – decided a little over four months before *Pickstone* – also concerned the use of section 2(4) of the 1972 Act and whether British courts were under a duty to interpret domestic law to comply with EU law but this time even when that EU rule was not directly effective: in other words, the courts had to consider the application of the CJEU's principle of consistent interpretation to the British judicial context as stated in *Von Colson* (and, subsequently, *Marleasing*).

The case concerned an equal treatment claim brought by the applicant regarding her compulsory retirement at 60. She had been dismissed by the respondent company shortly after her sixtieth birthday in accordance with the company's policy of enforcing the retirement of employees when they reached the pensionable age of 60 for women and 65 for men. The applicant started proceedings before an industrial tribunal claiming that her enforced retirement amounted to unlawful discrimination on the grounds of sex, contrary to the Equal Pay Act 1970 and the Sex Discrimination Act 1975, section 6(2) of which prohibited discrimination against a woman "by

[36] *Ibid.*

[37] *Pickstone v. Freemans PLC* [1987] 2 CMLR 572; [1988] UKHL 2.

[38] Equal Pay Act 1970, c. 41.

[39] *Duke v. GEC Reliance Systems Ltd.* [1988] 1 CMLR 719; [1987] UKHL 10.

dismissing her." In fact, her claim was essentially the same as that in the earlier CJEU ruling in *Marshall*.[40]

On final appeal, the applicant claimed that the House of Lords should construe both the 1970 Act as well as the 1975 Act, as amended in 1986, to comply with the Equal Treatment Directive which latter the ECJ had interpreted in *Marshall* as making discriminatory retirement ages unlawful. However, the 1986 amendment had not been made retrospective and the applicant's claim for damages related to a period, as in *Marshall*, *prior* to the amendment. In addition, her respondent employer was not, unlike in *Marshall*, to be regarded as an arm of the State so that no vertical direct effect of the Equal Treatment Directive could be pleaded.

Instead, the applicant submitted that the effect of section 2(4) of the 1972 European Communities Act – i.e., "any enactment passed or to be passed… shall be construed" – was to render the 1970 and 1975 Acts subject to the ban on discriminatory retirement ages in the 1976 Equal Treatment Directive.

The House of Lords declined to follow this line of reasoning and therefore dismissed the claim. The Court felt that it would have been unfair to have allowed such a claim against a private sector employer by interpreting the 1975 Act which (prior to its amendment) had allowed for differing retirement ages, against its literal meaning so as to comply with the *later* Directive – and definitely not when the 1986 amendment applied prospectively rather than retrospectively. Lord Templeman stated:[41]

…. Of course a British court will always be willing and anxious to conclude that United Kingdom law is consistent with Community law. Where an Act is passed for the purpose of giving effect to an obligation imposed by a Directive or other instrument a British court will seldom encounter difficulty in concluding that the language of the Act is effective for the intended purpose. But the construction of a British Act of Parliament is a matter of judgment to be determined by British courts and to be derived from the language of the legislation considered in the light of the circumstances prevailing at the time of enactment.... The [1970 and 1975] Acts were not passed to give effect to the Equal Treatment Directive and were intended to preserve discriminatory retirement ages….

Section 2(4) of the European Communities Act 1972 does not in my opinion enable or constrain a British court to distort the meaning of a British statute in order to enforce against an individual a Community Directive

[40] Case 152/84 *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1986:84.

[41] *Duke v. GEC Reliance Systems Ltd.* [1988] 1 CMLR 719; [1987] UKHL 10.

which has no direct effect between individuals. Section 2(4) applies and only where Community provisions are directly applicable.

Lord Templeman concluded that it would have been most unfair to the respondent to distort the construction of the 1975 Sex Discrimination Act in order to accommodate the 1976 Equal Treatment Directive as interpreted by the CJEU in the 1986 *Marshall* case. As between the applicant and the respondent, the Equal Treatment Directive did not enjoy direct effect and the respondent therefore "could not reasonably be expected to reduce to precision the opaque language which constitutes both the strength and the difficulty of some Community legislation."

However, the House of Lords later took a different line in *Litster v. Forth Dry Dock*.[42] The first respondent company had become insolvent and gone into receivership. In order to make the firm cheaper and more attractive to a potential buyer, its employees were dismissed one day at 3.30 p.m. At 4.30 p.m. the same day, the business of the respondent was transferred to another company, Forth Estuary, the second respondent. Because of the earlier dismissals, the buyer was able to take on new workers at lower rates of pay.

Directive 77/187/EEC[43] offered protection to workers dismissed in connection with a business transfer and had been implemented domestically through UK regulations in 1981. According to the Directive and the UK regulations, a worker who was dismissed and who would normally have only had a valueless claim against an insolvent firm, was granted a claim against the new buyer provided they had been employed "immediately before the transfer."

The applicant, a dismissed employee of the first respondent, therefore claimed unfair dismissal by the second respondent. According to previous British case law, the phrase "immediately before the transfer" had been held to mean contemporaneous which, in view of the deliberate one-hour gap between dismissal and transfer, seemed to deprive the applicant of his protection under the Directive and the UK regulations. On final appeal to the House of Lords, that Court interpreted the law differently with reference to the Directive, even though the Directive could not be directly ef-

[42] *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd*. [1989] 2 CMLR 194; [1988] UKHL 10.

[43] Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses: 1977 OJ (L 61) 26. Repealed and replaced by Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses: 2001 OJ (L 82) 16.

fective because the respondent firm was a private party. Lord Keith of Kinkel stated:

In *Pickstone v. Freemans PLC* … there had been laid before Parliament under paragraph 2(2) of Schedule 2 of the European Communities Act 1972 the draft of certain regulations designed, and presented by the responsible ministers as designed, to fill a lacuna in the equal pay legislation of the United Kingdom which had been identified by a decision of the European Court of Justice. On a literal reading the regulation particularly relevant did not succeed in completely filling the lacuna. Your Lordships' House, however, held that in order that the manifest purpose of the Regulations might be achieved and effect given to the clear but inadequately expressed intention of Parliament certain words must be read in by necessary implication.

In the present case the [1981 regulations] were similarly laid before Parliament in draft and approved by resolutions of both Houses. They were so laid as designed to give effect to Council Directive (77/187/EEC) dated 14 February 1977. It is plain that if the words in regulation 5(3) of the Regulations of 1981 "a person so employed immediately before the transfer" are read literally, as contended for by the second respondent, Forth Estuary Engineering Ltd., the provisions of regulation 5(1) will be capable of ready evasion through the transferee arranging with the transferor for the latter to dismiss its employees a short time before the transfer becomes operative. In the event that the transferor is insolvent, a situation commonly forming the occasion for the transfer of an undertaking, the employees would be left with worthless claims for unfair dismissal against the transferor. In any event, whether or not the transferor is insolvent, the employees would be deprived of the remedy of reinstatement or re-engagement. The transferee would be under no liability towards the employees and a coach and four [horses] would have been driven through the provisions of regulation 5(1).

A number of decisions of the European Court … have had the result that where employees have been dismissed by the transferor for a reason connected with the transfer, at a time before the transfer takes effect, then for the purposes of article 3(1) of Council Directive (77/187/EEC) (which corresponds to regulation 5(1)) the employees are to be treated as still employed by the undertaking at the time of the transfer.

In these circumstances, the judge continued, it was the duty of the court to give regulation 5 a construction which accorded with the decisions of the CJEU upon the corresponding provisions of the Directive to which the regulation was intended by Parliament to give effect. In order to achieve that, the precedent established by *Pickstone v. Freemans PLC* indicated that this was to be done "by implying the words necessary to

achieve that result. So there must be implied in regulation 5(3) words indicating that where a person has been unfairly dismissed in the circumstances described in regulation 8(1) he is deemed to have been employed in the undertaking immediately before the transfer or any of a series of transactions whereby it was effected."

This approach was a striking departure from the normal approach of British judges who would have usually shrunk from such an activist interpretation with respect to international as well as EU law. It could be said that the House of Lords in *Litster* assumed a legislative function in effectively rewriting the domestic regulations. In any event, it represented an extension of the House of Lords' decision in *Pickstone*.

3.4. Discontinuance of the rule of construction in practice after *Marleasing*

The end of the rule of construction and the application of the principle of consistent interpretation by British courts, post-*Marleasing*, is usefully illustrated by the position adopted by the House of Lords in *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd*.[44] The respondent company had recruited the applicant employee to replace a worker who had found that she was pregnant. It was considered that the applicant would continue to work for the respondent after the first worker returned from maternity leave. Three weeks after having started work and while still being trained for the first worker's position, the applicant herself discovered that she was pregnant. The respondent dismissed her on the grounds of her pregnancy.

The applicant therefore brought an action against the respondent under the Sex Discrimination Act 1975 and the Equal Treatment Directive, since her short period of service did not entitle her to claim unfair dismissal. The lower British courts consistently ruled that the applicant's dismissal was not contrary to the 1975 Act since it had not been on account of her pregnancy but of her unavailability for work: a male employee in the same job who had been unavailable for work at the same time could have been lawfully dismissed. On final appeal to the House of Lords,[45] Lord Keith of Kinkel noted:

[It] is for a United Kingdom court to construe domestic legislation in any field covered by a Community Directive so as to accord with the interpretation of the Directive as laid down by the European Court, if that can be done without distorting the meaning of the domestic legislation: see

[44] *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd*. *(No. 1)* [1992] 1 CMLR 259; [1992] UKHL 15; after reference to the CJEU, *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd*. *(No. 2)* [1996] 2 CMLR 990; [1995] UKHL 13.

[45] *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd*. *(No. 1)* [1992] 1 CMLR 259; [1992] UKHL 15.

Duke v. GEC Reliance Ltd. … per Lord Templeman. This is so whether the domestic legislation came after or, as in this case, preceded the Directive: see *Marleasing* ….

…. As the European Court said, a national court must construe a domestic law to accord with the terms of a Directive in the same field only if it is possible to do so. That means that the domestic law must be open to an interpretation consistent with the Directive whether or not it is also open to an interpretation inconsistent with it.

However, due to a lack of clarity in the CJEU's existing case law on the actual position under EU law, the House of Lords therefore made a reference to the Luxembourg Court (under what is now Article 267 TFEU) to determine the proper interpretation of the Equal Treatment Directive on this matter. The CJEU ruled[46] that the applicant's dismissal on grounds of her pregnancy could not be justified by the fact that she was prevented, on a purely temporary basis, from performing the work for which she had been engaged, and was thus contrary to the Equal Treatment Directive. On returning to the House of Lords,[47] Lord Keith of Kinkel stated:

The ruling of the European Court proceeds on an interpretation of the broad principles dealt with in art. 2(1) and 5(1) of Directive 76/207. Sections 1(1)(a) and 5(3) of the 1975 Act set out a more precise test of unlawful discrimination, and the problem is how to fit the terms of that test into the ruling. It seems to me that the only way of doing so is to hold that, in a case where a woman is engaged for an indefinite period, the fact that the reason why she will be temporarily unavailable for work at a time when to her knowledge her services will be particularly required is pregnancy is a circumstance relevant to her case, being a circumstance which could not be present in the case of the hypothetical man. It does not necessarily follow that pregnancy would be a relevant circumstance in the situation where the woman is denied employment for a fixed period in the future during the whole of which her pregnancy would make her unavailable for work, nor in the situation where after engagement for such a period the discovery of her pregnancy leads to cancellation of the engagement.

The House of Lords accordingly held that the applicant's dismissal constituted direct discrimination contrary to the 1975 Act and returned the case to the employment tribunal for compensation to be assessed. The application of *Marleasing* was possible in this case because it did not involve distorting the meaning of the Act, an Act which had been passed before the Directive. The Act was simply interpreted purposively by the House of Lords so as to accord with the wording and purpose of the Directive.

[46] Case C-32/93 *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1994:300.

[47] *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd. (No. 2)* [1996] 2 CMLR 990; [1995] UKHL 13.

Clearly, *Duke* was not in conflict with *Webb*. In *Duke*, the British Parliament had expressly permitted the discriminatory retirement ages which the applicant had challenged. To have decided otherwise would have required the House of Lords to distort the clear wording of the Sex Discrimination Act 1975.

4. CONCLUSION

The British courts – after the CJEU ruling in *Von Colson* but before the one in *Marleasing* – introduced their own "rule of construction" in order to ensure that national law would be interpreted as far as possible in accordance with EU law (generally Directives), provided that the relevant national law had been enacted to give domestic effect to that EU law. This was based on an interpretative development of longstanding UK judicial practice vis-à-vis international law, as wrought by the 1972 European Communities Act.

However, this approach was not sufficient to comply with the requirements of the CJEU and the EU principle of consistent interpretation (as evolved in its case law) which provided a much broader duty on domestic courts to interpret all national law subject to EU law, within certain limitations set by the Luxembourg Court itself. The response of the British courts gradually started to align with *Marleasing* and the breakthrough came in the House of Lords' decision in the *Webb* case, after which time UK judges ensured consistent interpretation of national law with that of the European Union.

This process of change in judicial attitude was only achieved gradually over some 17 years of EU membership and eventually involved the acceptance of newer ways of approaching domestic statutory interpretation in the face of European integration occasioned by *Marleasing*. That change also came to be felt beyond the confines of purely EU law cases, with the British courts subsequently extending its reach by adopting their own principle of consistent interpretation[48] to all international treaties.[49]

[48] Generally, S. Drake "The UK perspective on the principle of consistent interpretation", *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts. Principles of Consistent Interpretation* (ed. C. N. K. Franklin), Intersentia, Cambridge 2018, 213, 228-233.

[49] See, e.g., in the England and Wales Court of Appeal, Arden LJ in *Commissioners for H.M. Revenue and Customs v. IDT Card Services Ireland Ltd.* [2006] EWCA Civ 29, para. [75]; and in the UK Supreme Court in *R. (SG) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2015] UKSC 16, Lord Carnwath, para. [115]; Lord Hughes, para. [137]; and Baroness Hale, paras. [239]-[240].

LIST OF REFERENCES

Books and articles

1. Bobek, Michal, "The effects of EU law in the national legal systems", *European Union Law* (eds. C. Barnard, S. Peers), Oxford University Press, Oxford 2017;
2. Craig, P., G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2015;
3. Drake, Sara, "The UK perspective on the principle of consistent interpretation", *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts. Principles of Consistent Interpretation* (ed. C. N. K. Franklin), Intersentia, Cambridge 2018;
4. Edward, David, "Direct effect: Myth, mess or mystery?", *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* (eds. J. M. Prinssen, A. Schrauwen), Europa Law Publishing, Zutphen 2002;
5. Fennelly, N., "The National Judge as Judge of the European Union", *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law – La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence* (eds. A. Rosas, E. Levits, Y. Bot), T.M.C. Asser Press, The Hague 2012;
6. Gardiner, Richard, "Treaty interpretation in the English courts since *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980)", *International and Comparative Law Quarterly* 44/1995;
7. Klamert, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2014;
8. Pescatore, Pierre, "The doctrine of 'direct effect': An infant disease of Community law", *European Law Review* 8/1983;
9. Sinclair, Ian Macleod, "The principles of treaty interpretation and their application by the English courts", *International and Comparative Law Quarterly* 12/1963;
10. Steiner, Josephine, "Direct applicability in EEC Law – A chameleon concept", *Law Quarterly Review* 98/1982;
11. Tatham, Allan F., *EC Law in Practice: A Case-Study Approach*, HVG ORAC Lap- és Könyvkiadó, Budapest 2006;
12. Temple Lang, John, "Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty", *Common Market Law Review* 27/1990.

Sources of Law

1. Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions: 1976 OJ (L 39) 40;
2. Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses: 1977 OJ (L 61) 26;

3. Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses: 2001 OJ (L 82) 16;
4. 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 (recast): 2006 OJ (L 204) 23;
5. Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification): 2017 OJ (L 169) 46;
6. First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community: 1968 OJ (L 65) 8;
7. Equal Pay Act 1970, c. 41 (UK);
8. European Communities Act 1972, c. 68 (repealed) (UK);
9. Sex Discrimination Act 1975, c. 65 (UK);
10. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969: 1155 UNTS 331 (UN).

Cases

1. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom,* Application nos. 9214/80; 9473/81 and 9474/81, 28 May 1985 (European Court of Human Rights);
2. *Arcaro (Criminal proceedings against)*, ECLI:EU:C:1996:363 (Case C-168/95) (CJEU);
3. *Centrosteel Srl v. Adipol GmbH*, ECLI:EU:C:2000:402 (Case C-456/98) (CJEU);
4. *Commissioners for H.M. Revenue and Customs v. IDT Card Services Ireland Ltd.* [2006] EWCA Civ 29 (England and Wales Court of Appeal).
5. *Duke v. GEC Reliance Systems Ltd.* [1988] 1 CMLR 719; [1987] UKHL 10 (UK House of Lords);
6. *Foster v. British Gas PLC*, ECLI:EU:C:1990:313 (Case C-188/89) (CJEU);
7. *Fothergill v Monarch Airlines* [1981] AC 251 (UK House of Lords).
8. *Francovich v. Italian State*, ECLI:EU:C:1991:428 (Cases C-6/90 and C-9/90) (CJEU);
9. *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*, ECLI:EU:C:1989:256 (Case 103/88) (CJEU);
10. *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, ECLI:EU:C:1982:44 (Case 12/81) (CJEU);

11. *Garland v. British Rail Engineering Ltd. (No. 1)* [1981] 2 CMLR 542 (UK House of Lords);
12. *Garland v. British Rail Engineering Ltd. (No. 2)* [1982] 2 CMLR 174; [1982] UKHL 2 (UK House of Lords);
13. *Harz v. Deutsche Tradax GmbH*, ECLI:EU:C:1984:155 (Case 79/83) (CJEU);
14. *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418 (UK House of Lords);
15. *Kolpinghuis Nijmegen BV (Criminal proceedings against)*, ECLI:EU:C:1987:431 (Case 80/86) (CJEU);
16. *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd*. [1989] 2 CMLR 194; [1988] UKHL 10;
17. *Macarthys Ltd. v. Smith* [1979] 3 CMLR 44 (England and Wales Court of Appeal);
18. *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentación SA*, ECLI:EU:C:1990:395 (Case C-106/89) (CJEU);
19. *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1986:84 (Case 152/84) (CJEU);
20. *N.V. Algemene Transport – en Expedite Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1 (Case 26/62) (CJEU);
21. *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584 (Cases C-397-401/01) (CJEU);
22. *Pickstone v. Freemans PLC* [1987] 2 CMLR 572; [1988] UKHL 2;
23. *Pretore de Salò v. Persons unknown*, ECLI:EU:C:1987:275 (Case 14/86) (CJEU);
24. *Pupino (Criminal proceedings against)*, ECLI:EU:C:2005:386 (Case C-105/03) (CJEU);
25. *R. v. Immigration Officer at Prague Airport, ex parte European Roma Rights Centre* [2004] UKHL 55 (UK House of Lords);
26. *R. (SG) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2015] UKSC 16 (UK Supreme Court);
27. *R. (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26 (UK House of Lords).
28. *Sepet v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 15 (UK House of Lords);
29. *Von Colson v. Land Nordrhein Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153 (Case 14/83) (CJEU);
30. *Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:1993:945 (Case C-334/92) (CJEU);
31. *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1994:300 (Case C-32/93) (CJEU);
32. *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd. (No. 1)* [1992] 1 CMLR 259; [1992] UKHL 15 (UK House of Lords);
33. *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd. (No. 2)* [1996] 2 CMLR 990; [1995] UKHL 13 (UK House of Lords).

UDC/УДК 341.231.14(4-672EU)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Professor Federica Rassu, LL.D.

Maître de conférences à l'Université de Poitiers (IDP -UR 14145 / Faculté de Droit et de Sciences sociales), France

THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EU BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION: THE CONTRIBUTION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

The European Community created in 1957 does not have the primary objective of guaranteeing fundamental rights, so the EEC Treaty did not mention the protection of fundamental rights in the Community's legal order. The absence of specific and comprehensive provisions for the protection of fundamental rights did not, however, translate into an absence of legal protection. This gap in written Community law was first filled by case law. As early as 1969, the protection of fundamental rights made its appearance through the creative work of the Court of Justice. This case law was then enshrined in primary law, the respect of which is guaranteed by the interpretation of the Court of Justice, leading to the development of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The interpretative work of the Court of Justice has accompanied these developments.

Key words: EU law; Protection of fundamental rights; Court of Justice; EU case law; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

1. INTRODUCTION

According to Luigi Ferrajoli, fundamental rights are "all those subjective rights that are universally due to 'all' human beings insofar as they are endowed with the status of persons, or citizens or persons capable of acting; understood by 'subjective right' any positive (to benefits) or negative (to non-injuries) expectation ascribed to a subject by a legal norm, and by 'status' the condition of a subject also provided for by a positive legal norm

Federica Rassu, *federica.rassu@univ-poitiers.fr*.

as a prerequisite of his or her eligibility to be the holder of legal situations and/or the author of the acts that are their exercise".[1]

At the national level, these fundamental rights can be protected by very different means, in particular by the national Constitution, which can list guaranteed rights, by texts of various legal nature or even by creative jurisprudence of the supreme courts. For example, let us recall that in France, the creative jurisprudence of the Constitutional Council is the basis, which has developed the protection of fundamental rights from the domestic level, on numerous texts, namely the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789, the Preamble to the Constitution of 1946, the Preamble to the Constitution of 1958, and the Charter of the Environment, included in the Constitution since 2005.[2] At the supranational level, there is the protection of these rights at the international level. With the emergence of international charters and conventions, particularly since World War II, we have witnessed a progressive internationalization of fundamental rights, so such rights are no longer the prerogative of state sovereignty. At the international level, several texts protect fundamental rights, although often in an inefficient manner since such texts, while recognizing the majority of fundamental freedoms, rarely have a general and mandatory value are rare. Among the main international initiatives on fundamental freedoms, we can mention the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, the first international instrument for the protection of human rights, adopted within the framework of the United Nations and inspired by the famous French Declaration of 1789. At the European level, mention should be made of the European Convention on Human Rights, which is implemented by the Council of Europe and compliance with which is ensured by the European Court of Human Rights, based in Strasbourg, and also the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

With particular regard to the Union, today it seems normal to consider the European Union as an association of states that cooperate in areas of common interest and as a community of values. The fundamental values of the Union are now enshrined in Article 2 of the Treaty on European Union and concern respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights. Respect for human rights is considered to be one of the fundamental obligations of the European Union, particularly in the implementation of its policies and programs. Both the European institutions and each of the Member States are bound by this obligation set out in primary law.

[1] L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Ed. Laterza, Roma–Bari 2001, 5.

[2] Concerning the limits and weaknesses of this protection in France see *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?* (ed. S. Benzina), Poitiers 2021.

However, the European Community created in 1957 does not have the primary objective of guaranteeing fundamental rights, its aim is above all to form an agreement economic and a common market. Indeed, the Treaty establishing the European Economic Community (EEC) did not mention the protection of fundamental rights in the Community's legal order. It is true that the freedoms of movement or establishment of people are part of these rights, but they remain rather limited at community level. The Treaty did refer to the principle of non-discrimination on the basis of nationality and to certain workers' rights, but it did not enshrine a true bill of rights. Among the reasons that explain this situation is the existence of the Council of Europe, founded in 1949 and already in charge of the protection of fundamental rights in Europe, and a tacit acceptance of the Member States considering that the respect of fundamental rights was guaranteed by each national legal order. We can also recall that the idea of including a declaration of rights in the Treaty of Rome could have appeared as an undue extension of the EEC's powers, since its primary objective was economic integration through the establishment of a common market.

The absence of specific and comprehensive provisions for the protection of fundamental rights has not, however, translated into an absence of legal protection. This gap in written Community law was first filled by case law. As early as 1969, the protection of fundamental rights made its appearance in the legal order of the European Union through the creative work of the Court of Justice (II). This case law was then enshrined in primary law, the respect of which is guaranteed by the interpretation of the Court of Justice (III).

2. THE CREATION OF THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE COURT OF JUSTICE

The jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities complements the need for inserting rights into the general principles of Community law from the *Stauder* judgment of 1969.[3] Prior to this judgment, the Court had not recognized itself as competent to apply domestic law to the Member States and therefore the national protection of fundamental rights.[4] In this way the Court had dismissed the problem, clearly refusing to accept the objections raised against Community acts that might

[3] Judgment of the Court of 12 November 1969, Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt, Case 29-69, European Court reports 1969, 419, ECLI:EU:C:1969:57.

[4] Judgment of the Court of 4 February 1959, Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community, Case 1/58, 1959, 17, ECLI:EU:C:1959:4.

infringe fundamental rights.[5] In such circumstances the Court exposed itself to the risk that the constitutional judges nationals can subject the Community provisions to their own control.

Aware of these risks, the Court of Justice subsequently modified its position in the *Stauder* judgment. In this judgment the Court recognized the protection of fundamental rights as an integral part of the Community legal order, holding that fundamental rights are included in the general principles of Community law, which the Court ensures are respected. The Court of Justice has thus been the architect of the protection of fundamental rights in the Union.[6]

More precisely, the judgment of the Court of Justice is based on a reference for a preliminary ruling from the Administrative Court of Stuttgart in an action brought by Mr. Stauder. That action concerned a decision of 12 February 1969 by which the Commission authorized, in the context of surplus butter production, its distribution by the Member States at a reduced price, corresponding to that of margarine, for the benefit of certain categories of consumers in receipt of social assistance and whose low incomes prevent them from consuming it at the normal price. The decision provided for a system of vouchers bearing the name and address of the beneficiary. This measure, considered necessary to ensure control of the identity of purchasers, was considered illegal by the applicant, who considered it to be "a discriminatory measure". The referral concerned in particular the compatibility of the Commission's decision with the general principles of Community law in force.

The Court of Justice replied that a correct interpretation of the decision did not require the identification of the beneficiaries by name, recognizing for the first time the responsibility of the Court to ensure that the Community institutions respect the fundamental rights of the individual "included in the general principles of Community law which the Court ensures are respected".

The Court thus affirmed the principle of protection of fundamental rights, indicating that the Community legal order does not ignore fundamental rights and that, on the contrary, it must guarantee

[5] Judgment of the Court of 12 February 1960, "Geitling" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, "Mausegatt" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH "Präsident" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and associated companies v High Authority of the European Coal and Steel Community, Joined cases 16-59, 17-59 and 18-59, English special edition 1960, 17, ECLI:EU:C:1960:5; Judgment of the Court of 1 April 1965, Marcello Sgarlata and others v Commission of the EEC, Case 40-64, English special edition 1965, 215, ECLI:EU:C:1965:36.

[6] H. Labayle, "Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice", *Revue trimestrielle de droit europeen* 1/2006, 1.

respect for them. It is up to the Court of Justice, through the general principles of law, to ensure this protection. In the last recital of its grounds, in a sentence that the solution of the case did not require, the Court opened the way to a case law that cannot be ignored.

This simple position of principle was confirmed by the *Internationale Handelsgesellschaft* judgment in 1970.[7] This judgment was issued following a reference for a preliminary ruling by the Verswalttungsgericht of Frankfurt in the context of an action brought by the German company Internationale Handelsgesellschaft mbH challenging the legality of provisions included in several Community regulations, which provide for the need for a certificate for any import or export operation of certain agricultural products and make it conditional on the deposit of a security, which is not reimbursed if the operation is not carried out, except in cases of force majeure. According to this court, the bonding system is contrary to the principles of freedom of action and disposition, economic freedom and the so-called principle of proportionality, guaranteed by Articles 2 and 12 of the Basic Law. Therefore, according to the reasoning of the judge a quo, no Community act can go against these constitutional provisions concerning the respect of fundamental human rights. In its reply, the Court of Justice considers that the contested bond does not infringe any right of a fundamental nature and reaffirms, on the contrary, the primacy of Community law, in accordance with its judgment in *Costa v. ENEL*,[8] even in the face of constitutional provisions, emphasizing that the validity of a Community act is assessed solely in terms of Community law. The Court then took the opportunity to clarify the case law introduced by the *Stauder* judgment, recalling that Community law ensures the respect of fundamental human rights. It is therefore necessary to ask whether no similar guarantee, inherent in Community law, has been disregarded, since respect for fundamental rights is an integral part of the general principles of law which the Court of Justice ensures are respected. And the safeguarding of those rights, while inspired by the constitutional traditions common to the Member States, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community.

Moreover, the Court extends the Stauder case law from the general principles of Community law to the general principles of law itself, while reaffirming the link with the constitutional traditions common to the Member States in the context of the structure and objectives of the Community.

[7] Judgment of the Court of 17 December 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Case 11-70, ECLI:EU:C:1970:114.

[8] Judgment of the Court of 15 July 1964, Flaminio Costa v E.N.E.L, Case 6-64, English special edition 1964, 585, ECLI:EU:C:1964:66.

These principles apply to secondary legislation and they are created, or "discovered" according to the expression of the Court, on the basis of the constitutional traditions common to the States members. The Court is bound to draw inspiration from the constitutional traditions common to the member and non-member states it can therefore accept measures that are incompatible with the recognized and guaranteed fundamental rights by the constitutions of these States as said in *Nold* judgment in 1974.[9]

More precisely an action was brought before the Court of Justice for the annulment of a Commission decision introducing new trade regulations which the applicant company considered to be incompatible with the fundamental rights protected by the German Basic Law, but also by the constitutions of other Member States and by various international instruments, in particular the European Convention for the Protection of Human Rights of 4 November 1950.

In this context, the Court of Justice states that "whereas, as the Court has already stated, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures; whereas in ensuring safeguarding those rights, the Court is bound to be guided by the constitutional traditions constitutional traditions common to the Member States and therefore cannot accept measures that are incompatible with the fundamental rights recognized and guaranteed by the Constitutions of those of these States; that the international instruments concerning the protection of human rights protection of human rights to which the Member States have cooperated or acceded may also international instruments on the protection of human rights to which the Member States have cooperated or acceded may also provide guidance that should be taken into account in the context of Community law". And so it is in the light of these principles that the following must be assessed the complaints raised by the applicant company.

The position of the Court of Justice concerning the protection of fundamental rights is thus enriched, because from now on the Court must be inspired by the constitutional traditions common to the member states and ensure a protection that is not inferior to the rights recognized and guaranteed by the constitution of a member state, also taking into account the international instruments concerning human rights, even if not all member states have adhered to them.

These judgments have led to an important evolution. The Community legal order legal order has thus gone beyond the simple written law be-

[9] Judgment of the Court of 14 May 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, Case 4-73, European Court Reports 1974, 491, ECLI:EU:C:1974:51. T. Hartley, "Fundamental Rights in Community Law", *European Law Review* 1/1975, 54–57.

cause the Court of Justice has noted the existence of a common legal heritage from which consequences are drawn as to the validity of Community acts. The permanence of the previous refusal would have underlined the democratic deficit of the European Communities. In addition, the absence of a Community protection of fundamental rights, even though these are constitutionally recognized and guaranteed in the Member States, would have rapidly hindered the progress of the European construction. Certain national jurisdictions could have contested the primacy of Community rules and claimed to impose on them the respect of fundamental rights protected at the national level. Moreover, the national constitutional courts responsible for the protection of the fundamental rights guaranteed by their Constitutions, could have left unapplied the Community provisions adopted in ignorance of these rights, as said by the Italian Constitutional Court in 1973,[10] which risked weakening the scope of the principle of primacy.

The Court of Justice therefore had to intervene in order to introduce the protection of fundamental rights into the Community legal order and it does so by indicating that respect for the fundamental rights forms an integral part of the general principles of law guaranteed by its case law and inspired by common constitutional traditions Member States. These constitutional traditions therefore meet the need to introduce into Community law the protection of fundamental rights initially neglected, by legitimizing the action of the Court with regard to the States members, anxious to see their constitutional identity respected. These constitutional traditions, referring to the national constitutional identity, also contribute to the construction of European constitutional identity.

Furthermore, the Court of Justice explicitly refers to the European Convention on Human Rights in the *Rutili* judgment in 1975.[11] So the rights of the Convention, which benefits from a particular position,[12] are integrated as principles common to the Member States, and it is in that ca-

[10] Judgment of Dec. 27, 1973, Corte cost., Italy, Giur. Cost. I 2401, 18. M. Cartabia, "The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community", *Michigan Journal of International Law* 12/1990, 173–203.

[11] Judgment of the Court of 28 October 1975, Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, Case 36-75, European Court Reports 1975, 1219, ECLI:EU:C:1975:137. L. Dubouis, "Le juge administratif français et les mesures de police prises à l'encontre des étrangers (à propos de trois décisions récentes)", *Revue critique de droit international privé* 1/1976, 301–318. D. Simon, "Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. A propos de l'arrêt Rutili", *Revue du Marché Commun* 1/1976, 201–223.

[12] Judgment of the Court of 18 June 1991, Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT) AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others, Case C-260/89, European Court Reports 1991 I, 2925, ECLI:EU:C:1991:254.

pacity that the European Court of Justice has given concrete expression to many fundamental rights.

Progressively the jurisprudential advances of the Court of Justice have been integrated into primary law, which has led the Court to continue its action guaranteeing the protection of fundamental rights in the European legal order through the interpretation of written primary law.

3. THE CONSECRATION OF THE CREATIVE INTERPRETATION OF THE COURT OF JUSTICE BY PRIMARY LAW

Few years later, the Single European Act and the Maastricht Treaty begin to include in the Community treaties a reference to the European Convention on Human Rights. More precisely, the preamble of the Single European Act of 1986 indicates that the Member States are determined to promote democracy together on the basis of the fundamental rights recognized in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in the European Social Charter, in particular freedom, equality and social justice. Subsequently, with the Maastricht Treaty of 1992, a specific provision was introduced into primary law. This was Article F(2), which, codifying the case law of the Court of Justice, stated that the Union must respect fundamental rights as general principles of Community law.

So the Maastricht Treaty first took note of the jurisprudential advances on fundamental rights of the European Court of Justice, having acted as a substitute legislator,[13] indicating that the Union respects fundamental rights, as they are guaranteed in particular by the European Convention on Human Rights. As of that date, the Court of Justice has the possibility of referring to the European Convention on Human Rights and applying it as such but it also has an instrument for the protection of fundamental rights issued from the European Union.

In addition, freedom of movement is guaranteed for the benefit of individuals and in particular of workers, as well as the freedom of establishment. The Maastricht Treaty it also creates many rights related to European citizenship, such as the right to diplomatic protection from any embassy of a Member State of the Union, the right to vote and to stand as a candidate at elections to the European Parliament and municipal elections, or the right to appeal to the Ombudsman in case of malfunction of the community administration.

[13] C. Blumann, "Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme", *R.A.E. – L.E.A.* 1/2006, 4.

Subsequently, with the Amsterdam Treaty of 1997, Article F(2) became Article 6(2) TEU, later revised to state that the Union is also founded on the principle of respect for fundamental rights. However, for a long time the European Union did not have a catalog of rights. The German Presidency of the European Union in 1999 therefore committed itself to providing the European Union with its own instrument for protection of fundamental rights. We can also recall Annex IV of the conclusions of the Cologne European Council of 3 and 4 June 1999 stating that the protection of fundamental rights is a founding principle of the Union and an indispensable condition for its legitimacy. The obligation of the Union to respect fundamental rights having been confirmed and defined by the jurisprudence of the European Court of Justice, it was necessary to establish a Charter of Fundamental Rights in order to make their primordial importance and their relevance more visible to the citizens of the Union.[14]

In particular, the European Council considered that this Charter should have included the fundamental rights and freedoms and the fundamental procedural rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and derived from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law. The Charter should also include fundamental rights that concern only citizens of the Union. In drawing up such a Charter, account should also be taken of the economic and social rights contained in the European Social Charter and in the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers (Article 136 of the EC Treaty), insofar as they are not limited to setting objectives for the Union's action.

Based on these assumptions, the Charter was drafted by a Convention composed of a representative from each EU country and a representative of the European Commission, as well as 16 members of the European Parliament and 30 from national parliaments[15] and was initially proclaimed on December 7, 2000 in Nice.

At the time, the Charter, resulting from an interinstitutional agreement, did not binds the Member States, as legal obligations can only derive from a treaty ratified by each State. More precisely, if the proclamation of the Charter did not have the effect of making it binding, but this did not prevent it from having an effect on case law, as the Court has often chosen to refer to the Charter to support its interpretation in a large number of cases. We can recall in particular the opinion of Advocate General Kokott saying that "while the Charter still does not produce binding legal effects compa-

[14] Conclusions of the Cologne European Council of 3 and 4 June 1999, Annex IV, *https://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm*, last visited 22 April 2023.

[15] Two from each national parliament.

rable to primary law, it does, as a material legal source, shed light on the fundamental rights which are protected by the Community legal order".[16] So the General Court had referred to the Charter in its jurisprudence[17] and also the Advocates General at the Court of Justice,[18] before the Court finally decides to do an explicit reference to the Charter in June 2006[19] and in March 2007.[20] Even the European Court of Human Rights has made reference to the Charter since July 2002.[21] Only later was the Charter, with the amendments made with a view to its incorporation into the Constitutional Treaty,[22] again solemnly proclaimed at the plenary session of the European Parliament on December 12, 2007 (the day before the signing of the Lisbon Treaty) by the Presidents of the European Parliament, the Council and the European Commission. Finally, in December 2009, with the entry into force of the Lisbon Treaty, the Charter was given the same binding legal effect as the Treaties, through a simple reference.[23]

So since 2009, with the Lisbon Treaty, the EU adopted for the first time its own imperative catalog of rights, the Charter of Fundamental

[16] Opinion of Advocate General Kokott delivered on 8 September 2005, Case C-540/03, European Parliament v Council of the European Union, ECLI:EU:C:2005:517. This opinion also refers to the Opinion of Advocate General Tizzano in Case C-173/99 BECTU [2001] ECR I-4881, point 28; the Opinion of Advocate General Léger in Case C-353/99 P Council v Hautala [2001] ECR I-9565, points 82 and 83; the Opinion of Advocate General Mischo in Joined Cases C-20/00 and C-64/00 BookerAquaculture and Hydro Seafood [2003] ECR I-7411, point 126; the Opinion of Advocate General Poiares Maduro in Case C-181/03 P Nardone v Commission [2005] ECR I-199, point 51; also my own Opinions in Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 Berlusconi and Others [2005] ECR I-3565, fn. 83, and in Case C-186/04 Housieaux [2005] ECR I-3299, fn. 11.

[17] Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, extended composition) of 30 January 2002, Max.mobil Telekommunikation Service GmbH v Commission of the European Communities, Case T-54/99, European Court Reports 2002 II-00313, ECLI:EU:T:2002:20.

[18] Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 14 June 2001, Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union, Case C-377/98, Reports of Cases 2001 I-07079, ECLI:EU:C:2001:329.

[19] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 27 June 2006, European Parliament v Council of the European Union, Case C-540/03, Reports of Cases 2006 I-05769, ECLI:EU:C:2006:429.

[20] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 March 2007, Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v Justitiekanslern, Case C-432/05, European Court Reports 2007 I-02271, ECLI:EU:C:2007:163.

[21] European Court of Human Rights, Judgment 11.7.2002 [GC], Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], 28957/95, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60596*, last visited 22 April 2023.

[22] Which never entered into force due to the lack of ratification caused by the French and Dutch referendums.

[23] Unlike the original Constitutional Treaty, which never entered into force, the Lisbon Treaty does not provide for the inclusion of the text of the Charter in the Treaties.

Rights of the EU. The provisions of the Charter in no way extend the powers of the Union as defined in the Treaties. The rights, freedoms and principles of the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions of Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, which indicate the sources of those provisions. In other words the Charter does not give the EU a general power to intervene in all cases of violations of fundamental rights by national authorities, as the Union system is governed by the principle of attribution of competence. So the Charter applies to Member States only with regard to the implementation of Union law.[24] Member states have very extensive national regulations on fundamental rights, the enforcement of which is guaranteed by national courts.

More specifically, Article 6(3) of the Treaty on European Union says that "Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law". So this article states, in fact, that the Union recognizes the rights, freedoms and principles enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has the same legal value as the Treaties.

The Charter, brings together in a "Bill of Rights of the European Union" the fundamentals freedoms and rights already constituting the foundation of the Communities and the Union. And has also sealed and systematized the achievements resulting from Community case law and of the European Court of human rights case law in terms of fundamental rights.

4. CONCLUSION

So, as we have seen before, the creation of the protection of fundamental rights by the Court of Justice fill a normative void in the treaties, leading in a second time to a consecration of the Court's jurisprudence in the treaties and finally to the proclamation of the Charter. The interpretative work of the Court of Justice has accompanied these developments. This is because initially the Charter of Fundamental Rights of the Union was devoid of binding legal value. This let the Court of Justice establish a link between this Charter, the general principles of law and also the common constitutional traditions in his case law.

The Charter may have been used as an instrument in order in order to interpret and give concrete form to the general principles of law and con-

[24] Judgment of the Court (Grand Chamber), 26 February 2013, Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson, Case C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

stitutional traditions of the Member States in the Union's legal order. This Charter, not having an autonomous constraining force, appears in Community case-law as the expression of the general principles of law and the constitutional traditions common to the Member States and not as an independent source of fundamental rights. More recently, the entry into force of the Lisbon Treaty and the attribution of a value binding on the Charter of Fundamental Rights of the Union, have not led to the disappearance of the reference to the creative action of the Court of Justice in the Court's case-law. Moreover, the Charter and, in a broader sense, the protection of fundamental rights have made a useful contribution to renewing the dialogue between judges in the context of references to the Court of Justice for preliminary rulings, enabling the latter to draw up landmark decisions.[25]

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Blumann, Claude, "Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme", *R.A.E. – L.E.A.* 1/2006;
2. Cartabia, Marta, "The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community", *Michigan Journal of International Law* 12/1990;
3. Dubouis, Louis, "Le juge administratif français et les mesures de police prises à l'encontre des étrangers (à propos de trois décisions récentes)", *Revue critique de droit international privé* 1/1976;
4. Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Ed. Laterza, Roma–Bari 2001;
5. Hartley, Trevor, "Fundamental Rights in Community Law", *European Law Review* 1/1975;
6. *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe* (ed. L. Burgorgue-Larsen), Pédone 2017;
7. Labayle, Henri, "Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice", *Revue trimestrielle de droit europeen* 1/2006;
8. *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?* (ed. S. Benzina), Poitiers 2021;
9. Simon, Denys, "Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. A propos de l'arrêt Rutili", *Revue du Marché Commun* 1/1976.

[25] *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe* (ed. L. Burgorgue-Larsen), Pédone 2017.

Legal documents and internet sources

1. Conclusions of the Cologne European Council of 3 and 4 June 1999, Annex IV, *https://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm*, last visited 22 April 2023;
2. European Court of Human Rights, Judgment 11.7.2002 [GC], Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], 28957/95, *https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60596*;
3. Judgment of Dec. 27, 1973, Corte cost., Italy, Giur. Cost. I 2401, 18;
4. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 March 2007, Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v Justitiekanslern, Case C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163;
5. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 27 June 2006, European Parliament v Council of the European Union, Case C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429;
6. Judgment of the Court (Grand Chamber), 26 February 2013, Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson, Case C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105;
7. Judgment of the Court of 1 April 1965, Marcello Sgarlata and others v Commission of the EEC, Case 40-64, 215, ECLI:EU:C:1965:36;
8. Judgment of the Court of 12 February 1960, "Geitling" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, "Mausegatt" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH "Präsident" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and associated companies v High Authority of the European Coal and Steel Community, Joined cases 16-59, 17-59 and 18-59, ECLI:EU:C:1960:5;
9. Judgment of the Court of 12 November 1969, Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt, Case 29-69, European Court reports 1969, 419, ECLI:EU:C:1969:57;
10. Judgment of the Court of 14 May 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, Case 4-73, European Court Reports 1974, 491, ECLI:EU:C:1974:51;
11. Judgment of the Court of 15 July 1964, Flaminio Costa v E.N.E.L, Case 6-64, English special edition 1964, 585, ECLI:EU:C:1964:66;
12. Judgment of the Court of 17 December 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Case 11-70, ECLI:EU:C:1970:114;
13. Judgment of the Court of 18 June 1991, Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT) AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others, Case C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254;
14. Judgment of the Court of 28 October 1975, Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, Case 36-75, 1219, ECLI:EU:C:1975:137;

15. Judgment of the Court of 4 February 1959, Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community, Case 1/58, 1959, 17, ECLI:EU:C:1959:4;
16. Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber, extended composition) of 30 January 2002, Max.mobil Telekommunikation Service GmbH v Commission of the European Communities, Case T-54/99, ECLI:EU:T:2002:20;
17. Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 14 June 2001, Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union, Case C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329;
18. Opinion of Advocate General Kokott delivered on 8 September 2005, Case C-540/03, European Parliament v Council of the European Union, ECLI:EU:C:2005:517.
19. Opinion of Advocate General Léger in Case C-353/99 P Council v Hautala [2001] ECR I-9565;
20. Opinion of Advocate General Mischo in Joined Cases C-20/00 and C-64/00 BookerAquaculture and Hydro Seafood [2003] ECR I-7411;
21. Opinion of Advocate General Poiares Maduro in Case C-181/03 P Nardone v Commission [2005] ECR I-199;
22. Opinion of Advocate General Tizzano in Case C-173/99 BECTU [2001] ECR I-4881, point 28;
23. Opinions in Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 Berlusconi and Others [2005] ECR I-3565 and in Case C-186/04 Housieaux [2005] ECR I-3299.

Проф. др Федерика Расу

Факултет права и друштвених наука, Универзитет у Поатјеу,
Француска

ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА У ЕУ ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТИМАЧЕЊА: ДОПРИНОС СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак

Основни циљ Европске заједнице основане 1957. године није заштита основних права, тако да Уговор о оснивању Европске економске заједнице није помињао заштиту основних права у правном поретку заједнице. Међутим, одсуство специфичних и свеобухватних одредаба за заштиту основних права не значи и одсуство правне заштите. Ова празнина у писаном праву европске заједнице на првом мјесту била је попуњена судском праксом. Већ 1969. године, креативношћу Суда правде заштита основних права је нашла своје мјесто у пракси. Ова пракса је потом инкорпорисана у примарно право и довела до развоја Повеље о основним правима Европске уније. Интерпретативни рад Суда правде пратио је овај развој догађаја.

Кључне ријечи: *Прво ЕУ; Заштита основних права; Суд правде; Пракса ЕУ; Повеља о основним правима ЕУ.*

УДК/UDC 34(4-672EU)
341.645.2(4-672EU)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Доц. др Борис Тучић

Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци

Мр Радмила Драгишић

Докторанд на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

ПОСТУПАК О ПРЕТХОДНОМ ПИТАЊУ ИЗМЕЂУ ИНТЕРПРЕТАТИВНОГ И ПРАВНОСТВАРАЛАЧКОГ ДЕЛОВАЊА СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Поступак о претходном питању пред Судом правде Европске уније, као њеним искључивим интерпретативним ауторитетом, у протеклих седам деценија манифестовао се као кључни инструмент не само јуриспрудентне конституционализације правног поретка европске организације на начин који државе чланице, као „господари уговорā“ (предмет Solange) нису ни замишљале, већ и његовог материјалног обогаћења у различитим областима те остваривања непосредне, али кључне комуникације са националним судовима и националним правним системима уопште. Широк спектар „достигнућа“ Суда правде у оквиру поступка о претходном питању, од етаблирања концепта аутономности права Европске уније те идентификације и еволуције његових појединачних садржинских елемената, међу којима централно место заузимају принципи надређености и непосредног дејства или начело једнообразног тумачења и ефикасне примене права организације, преко интерпретативног попуњавања правних празнина и недоречености чак и у областима које су се карактерисале јасним уговорним ограничењима у контексту положаја и надлежности европске правосудне институције, као што су, у ранијем периоду, област унутрашњих послова и правосуђа, односно данас још увек област Заједничке спољне безбедносне политике, до специфичног интерпретативног дефинисања односа права европске

Борис Тучић, *boris.tucic@fbn.unibl.org.*
Радмила Драгишић, *r.dragisic@rsz.vladars.net.*

организације и типичног међународног права по различитим основама, намеће потребу давања одговора на питање у којој мери се претходни поступак заиста исцрпљивао у својој оригиналној уговорној намени, а то је тумачење и утврђивање валидности права Европске уније, а у којој мери је он послужио Суду као, условно, правностваралачки механизам како на конституционалној, тако и материјално – правној равни. У покушају давања одговора на ово питање, у раду се, уз релевантна уговорна решења, превасходно анализира јуриспруденција Суда правде посредством које су поменута те нека друга „достигнућа“ по питању обликовања специфичне природе правног поретка европске организације и остварена. При томе, да би креирао одговарајући оквир за овакво деловање, Суд је прво на идентичан начин настојао обликовати и сам поступак о претходном питању, а потом, од средине седамдесетих година прошлог века, и суочити се са „баченом рукавицом“ од стране врховних националних правосудних ауторитета, оличених у уставним судовима држава чланица, који нису са одобравањем гледали на његове, додуше прилично прикривене, „правностваралачке“ претензије.

Кључне речи: Право Европске уније; Поступак о претходном питању; Међународно право; Национално право; Стварање, тумачење и примена права.

1. УВОД

Иако је мотив уговорне инкорпорације претходног поступка садржан у потреби преиспитивања правне ваљаности и тумачења права Европске уније,[1] не може се пренебрегнути чињеница да је Суд правде Европске уније, ослањајући се на свој монополски положај у овом контексту, кроз претходни поступак фундаментално обликовао правни поредак европске организације. Рацио монополског позиционирања Суда правде, како је истакнуто још у случају *Foto Frost*, огледао се у ставу да, уколико би се функције интерпретације и утврђивања валидности права Уније препустиле националним судовима, то би нужно довело до његове неједнаке примене у државама чланицама, а самим тим и до фрагментације правног поретка организације.[2] Оригинално, претходни поступак дефинисан је чланом 177 Уговора о Европској економској заједници (УЕЕЗ),[3] према којем је Суд располагао надлежношћу за доношење претходних одлука у три случаја –

[1] У раду се за означавање организације у свим периодима користи термин Европска унија, осим на мјестима гдје је, због њихове диференциране правне природе, потребно нагласити да је ријеч о европским заједницама.

[2] Judgment of 22 October 1987, Foto-Frost, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452, para. 15-17.

[3] Оригиналан текст УЕЕЗ на француском језику доступан на: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=FR*

тумачења УЕЕЗ, утврђивања ваљаности и тумачења аката које доносе институције Заједнице те тумачења статута тела основаних одлуком Савета, уколико је то датим статутом и предвиђено. Уколико се питање тумачења или ваљаности права организације појави пред националним судом, а он при томе сматра да је изјашњење Суда правде неопходно за доношење одлуке у поступку који се пред њим води, национални суд привремено обуставља поступак и обраћа се Суду правде са одговарајућим захтевом. С друге стране, уколико је реч о националној судској инстанци у односу на чије одлуке у националном праву није предвиђен правни лек, тада је национални суд обавезан обратити се Суду правде по питању тумачења или ваљаности одредбе права европске организације.

Мастрихтшким ревизијама је члан 234 УЕЗ,[4] уз акте које доносе институције Заједнице, под поступак о претходном питању подвео и акте Европске централне банке, да би, након Амстердама и „комунитаризације“ правосудне сарадње у грађанским стварима и питања везаних за слободу кретања, ипак били предвиђени одређени изузеци у контексту примене претходног поступка, што је утицало на његову функционалну фрагментацију. Чланом 68 из Наслова IV УЕЗ било је предвиђено да се поступак из члана 234 УЕЗ примењује искључиво када се питање тумачења и ваљаности одредби из овог наслова појави пред националним судом у односу на чије одлуке није предвиђен домаћи правни лек, а претходна одлука је неопходна за доношење пресуде у конкретном случају. Такође, од примене претходног поступка је изузета област унутрашње безбедности, односно очувања јавног реда и мира, као, уосталом, и предмети који су *res judicata*.[5] Према лисабонским решењима, претходни поступак уређен је члановима 19(3) Уговора о Европској унији (УЕУ) и чланом 267 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ). Чланом 19(3)(б) УЕУ утврђена је начелна надлежност Суда правде да одлучује у претходном поступку на захтев националних судова, а предмет поступка је тумачење одредби уговорā, односно валидност аката које доносе институције Уније. Додатна разрада садржана је у члану 267 УФЕУ, при чему се, уз акте које доносе институције Уније, овде наводе и акти тела, канцеларија или агенција организације, што указује на сада значајно

[4] Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002), OJ C 325, 33–184, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT-&from=EN-*

[5] Treaty establishing the European Community (Nice consolidated version) – Part Three: Community policies – Title IV: Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons – Article 68, Official Journal C 325, 24/12/2002 P. 0061 – 0061; Official Journal C 340, 10/11/1997 P. 0204 – Consolidated version; *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12002E068:EN:HTML*.

шири круг аката који су подложни претходном поступку. Такође, уговорно је предвиђена обавеза Суда правде да делује у најкраћем могућем року уколико се захтев из претходног поступка односи на поступак који се пред националним судом води против лица против којег су донете мере притвора. Новитет је и да је сада стриктно дефинисано да правом на покретање претходног поступка располажу национални судови на свим нивоима, што је представљало својеврсну уговорну верификацију претходних напора Суда правде да прошири круг субјеката који располажу активном легитимацијом у оквиру поступка о претходном питању.

Одлуке које је Суд правде доносио у оквиру поступка изњедриле су, између осталог, три значајна достигнућа помоћу којих је усмераван развој правног поретка Уније и његове аутономне природе: преобликовање самог поступка о претходном питању, етаблирање и развој базичних, конституционалних принципа на којима правни поредак Уније почива те инаугурацију правних доктрина које су своју специфичну примену добиле управо у начину деловања права европске организације.

2. РАЗЛОЗИ ЗА НОРМИРАЊЕ ИЗБОРНОГ ДЕПОЗИТА

„Заслуге“ за обликовање правног поретка организације кроз претходни поступак не припадају искључиво Суду правде, јер је, у суштини, реч о његовом реактивном и респонзивном деловању које се темељи на захтевима националних судова.[6] Кроз судску праксу[7] је утврђено да је поступак из члана 267 УФЕУ усредсређен на осигурање да се право организације тумачи униформно, а што се обезбеђује кроз непосредну комуникацију између Суда правде и националних судова те поступак који је у потпуности независан од иницијатива странака у спору. Захтев за провођење претходног поступка почива на дијалогу између националног и „европског“ суда[8] а иницијација поступка зависи од процене националних судова да ли је захтев основан и потребан.[9] Праксом Суда правде утврђене су смернице у сврху јединствене примене прописа организације, па је тако, на пример, кроз претходни поступак утврђено да пропис Заједнице спречава

[6] H. G. Schermers, “Special Foreword”, *Common Market Law Review* 6/1993, 1087–1088.

[7] У раду се користи официјелни метод цитирања праксе Суда правде ЕУ. Доступно на: *https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/en/*.

[8] Judgment of 16 December 2008, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, 91; Judgment of 21 July 2011, *Kelly*, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, 63.

[9] Judgment of 16 June 1981, Salonia, C-126/80, ECLI:EU:C:1981:136, 7; Judgment of 12 February 2008, Kempter, C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78, 42.

примену домаћег прописа којим се национални суд онемогућава да се Суду правде обрати са захтевом за оцену усклађености домаћег са правом организације[10] те констатује да то што се, у складу са националним правом, питање уставности домаће одредбе мора упутити уставном суду, не спречава националне судове да се истовремено обрате Суду правде како би се утврдила њена усклађеност са правом организације.[11] У предмету *Cartesio*, Суд правде је јасно истакао да се националним правом нижи суд не може лишити права на обраћање Суду у сврху доношења одлуке о претходном питању, а поготово виши суд нема право оставити по страни или модификовати захтев о претходном питању који је сачинио суд ниже инстанце, чиме су нижим, односно редовним националним судовима дате одрешене руке у остваривању комуникације са Судом правде у оквиру претходног поступка.[12] Захваљујући, између осталог, и оваквом тумачењу, претходни поступак временом се развио у главни механизам непосредне комуникације Суда правде и националних судова те остваривања утицаја на правне системе држава чланица. Битна компонента деловања Суда односила се и на проширење скупа аката организације који подлежу овом поступку, као, уосталом, и субјеката који су овлашћени, односно обавезни да се Суду правде обрате кроз претходни поступак. У случају *CILFIT*,[13] на пример, Суд је истакао да тадашњи члан 177(3) УЕЕЗ треба тумачити на начин да национални суд, против чијих одлука не постоје домаћи правни лекови, мора поднети захтев Суду правде за решавање претходног питања, наравно, уколико је реч о питању које улази у досег комунитарног права[14]. И не само то, Суд правде је кроз претходни поступак понудио одговор и на само питање шта се подразумева под појмом суда у смислу члан 267 УФЕУ. Тако, након што је, из разлога сврсисходности права организације ово питање подвео под своју надлежност, у предмету *Göbbels*[15] Суд је утврдио да се у одређеним случајевима под појам суда може подвести и тело које није део редовног националног правосудног система, као

[10] Judgment of 9 March 1978, Simmenthal, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, (sentence of the verdict).

[11] Judgment of 27 June 1991, Mecanarte, C-348/89, ECLI:EU:C:1991:278, 33.

[12] Judgment of 16 December 2008, Cartesio, ECLI:EU:C:2008:723, para. 96–98.

[13] Judgment of 6 October 1982, CILFIT, C-283/81, EU:C:1982:335; Judgment 4 November 1997, Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, 26; Judgment 18 July 2013, Consiglio nazionale, EU:C:2013:489, 25.

[14] У вези са изјављивањем делотворног правног лека видети: Judgment of 16 January 1974, *Rheinmullen*, C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3, 4; Judgment of 22 June 2010, Melki, Joined cases C-188/10 and C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, 42; Judgment of 5 April 2016, Puligienica, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, 39.

[15] Judgment of 30 June 1966, *Göbbels*, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39, (Grounds of judgment I)

што је у конкретном предмету био *Scheidsgerecht*,[16] уколико оно испуњава пет основних критеријума – да је основано законом, да је трајног карактера, да се пред њим воде поступци *inter partes*, да тело води поступак у складу са утврђеном надлежношћу те да доноси одлуке применом правних прописа. У случају *Borker*[17] Суд је заузео ипак нешто другачији став, тврдећи да је само суд или трибунал, који је у складу са националним прописима овлашћен да донесе одлуку у поступку, овлашћен да од Суда правде затражи доношење одлуке о претходном поступку, што, у конкретном предмету, није био случај. Право на обраћање Суду правду није признато ни арбитражним судовима који своју надлежност црпе из арбитражних клаузула из уговора које међусобно закључују приватни субјекти[18], иако је у случају *Danfoss*[19] Суд био склон да чак и индустријски арбитражни трибунал подведе под тадашњи члан 177 УЕЗ.

Иако по слову Уговора није надлежан за тумачење националног права, Суд је кроз претходни поступак развио заобилазан начин да одлучује и о питањима која се односе на тумачење националних прописа заснованих на праву организације или прописа који се на право организације позивају. Реч је о тзв. „*јурисприденцији Dzodzi*“, као групи предмета у којима се Суд сусретао са захтевима националних судова за покретањем претходног поступка, иако предмет спора пред националним судом није имао комунитарни, већ унутрашњи, национални карактер. Од случаја *Thomasdünger*,[20] преко знаменитијег случаја *Dzodzi*,[21] до низа потоњих случајева, као што су *Benson*,[22] *Leur – Bloem*,[23] *Guimont*[24] или *ETI*,[25] Суд је нудио различиту аргументацију за тумачење одређеног акта организације, без обзира што се радило о чисто унутрашњим ситуацијама у оквиру којих за примену права организације није било места. Како је истакао у случају *Dzodzi*, „*како би се у будућности избегла различита тумачења права Заједнице,*

[16] Холандско стално тело задужено за решавање спорова из члана 89 RBFM (*Reglement van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* – Фонд радника рударског предузећа) а везано је правилима поступка сличним онима који се воде пред редовним судовима.

[17] Judgment of 18 June 1980, C-138/80, Borker, ECLI:EU:C:1980:162.

[18] Judgment of 23 March 1982, Nordsee, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, 10-14.

[19] Judgment of 17 October 1989, Danfoss, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, 7-9.

[20] Judgment of 26 September 1985, Thomasdünger, C-166/84, ECLI:EU:C:1985:373, 4.

[21] Judgment of 18 October 1990, Dzodzi, Joined cases C-297/88 and C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360, 29–43.

[22] Judgment of 28 March 1995, Benson, C-346/93, ECLI:EU:C:1995:85, 5-6.

[23] Judgment of 17 July 1997, Leur-Bloem, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, 17 and Sentence of the Verdict.

[24] Judgment of 5 December 2000, Guimont, C-448/98, ECLI:EU:C:2000:663, 16–17

[25] Judgment of 11 December 2007, *ETI*, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775, 22–29, 44.

треба дати његово јединствено, униформно тумачење, без обзира на околности и начин на који се оно примењује“.[26] Да би оправдао покретање претходног поступка у ситуацијама чисто унутрашњег правног карактера, Суд се ослањао на непосредно референсање на право организације, доктрину „једнаког решења“, како је учинио у случају *Leur–Bloem*, а која је подразумевала да је држава националним актом на чисто унутрашњу ситуацију применила решења идентична онима које акт Заједнице прописује на комунитарној равни или, пак, на доктрину „корисног одговора“, односно образложење да је за даљи развој права организације од кључног значаја да за све будуће сличне ситуације постоји на идентичан начин протумачен акт Заједнице на који се својим националним решењима угледају државе чланице. Но, без обзира на аргументе које је нудио, Суд је наилазио на озбиљне критике како од стране општих правобранилаца, тако и од стране стручне јавности, на шта се он, иако је касније донекле модификовао своје ставове,[27] и није превише обазирао.

Иако је претходни поступак везан за конкретан поступак који се води пред националним судом,[28] тумачење одредбе права организације од стране Суда правде релевантно је за све будуће истоврсне случајеве. Односно, иако у праву Уније не постоји доктрина *stare decisis*,[29] дејство интерпретативне одлуке Суда правде је веома слична оном у системима прецендентног права. Тумачења Суда правде делују и изван спора те представљају саставни део интерпретиране одредбе права организације која, као таква, обавезује. Такође, тумачења Суда су ретроактивног карактера, односно објашњавају значење одредбе од момента њеног настанка и имају дејство *erga omnes*.[30] Такође, Суд је екстензивно тумачио израз „донети пресуду“ из члана 267 УФЕУ, подводећи под њега све поступке у којима национални судови доносе одлуке, чак и оне процесног карактера,[31] док је, у циљу олакшавања

[26] Р. 37. Превод ауторā.

[27] Judgment of 16 July 1992, Meilicke, C-83/91, ECLI:EU:C:1992:332, 26–28.

[28] Judgment of 16 December 1981, Pasquale, C – 224/80, ECLI:EU:C:1981:302, I — Facts and written procedure.

[29] *Stare decisis* је правни принцип по којем су судије обавезане да поштују преседенте успостављене претходним одлукама у сличним или идентичним случајевима. Води порекло од латинске изреке *Stare decisis et non quieta moviere*, која би се могла превести: „Нека одлука и даље важи, да се не мијењају ствари које не треба мијењати.“ У правном контексту, то би подразумевало да судије морају поштовати раније одлуке у сличним ситуацијама и не мењати ствари, правила и односе како су датим одлукама већ постављени.

[30] Judgment 27 March 1980, Fratelli, Joined Cases 66, 127 and 128/79, ECLI:EU:C:1980:101, As regards the ex tunc effect (1246).

[31] Judgment of 21 November 2019, Hoge Raad, C-678/18, ECLI:EU:C:2019:998, 25; Judgment of 11 June 2015, Fahnenbrock, Joined cases C-226/13, C-245/13, C-247/13 &

националним судовима те јачања међусобне комуникације, израдио посебне препоруке у вези са иницирањем претходног поступка,[32] које су обавезујуће у мери у којој одражавају судску праксу кроз коју је сам поступак објашњен. Такође, 2008. године успостављен је и „хитан претходни поступак“[33] који се, у складу с чланом 107 Пословника Суда, примењује искључиво на интерпретативне захтеве који се тичу Главе V Дела III УФЕУ, односно појединих питања у области слободе, безбедности и правде.[34]

3. ПРЕТХОДНИ ПОСТУПАК И КОНСТИТУЦИОНАЛНИ ПРИНЦИПИ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Заједничка карактеристика већине базичних, конституционалних принципа права Уније јесте да су они етаблирани и развијани кроз поступак о претходном питању, да би неки од њих, тек неколико деценија касније, добили и своју уговорну верификацију. У том смислу, принципи права организације обично се деле на именоване, односно оне који су као такви експлицитно садржани у оснивачком акту (искрена сарадња или, условно, принцип надређености), те неименоване, односно оне који су настали и егзистирају искључиво у домену јуриспрудентне доктрине, иако несумњиво представљају круцијалан део правне баштине европске организације (аутономност, непосредно дејство, конзистентна интерпретација).

3.1. Непосредно дејство

Номинално штитећи *stand–still clause* из члана 12 УЕЕЗ, а суштински јачајући ефикасну примену права организације кроз омогућавање индивидуалним субјектима да пред националним судовима штите своја права која су им гарантована правом организације, Суд

C-578/13, ECLI:EU:C:2015:383, 30; Judgment of 16 June 2016, Pebros Servizi, C-511/14, ECLI:EU:C:2016:448, 28; Judgment of 17 February 2011, Weryński, C-283/09, ECLI:EU:C:2011:85, 41–42; AG Opinion of 12 January 2023, Rzecznik Praw Dziecka, C-638/22 PPU, ECLI:EU:C:2023:21, 18–19.

[32] Recommendations for national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2018/C 257/01), *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0720(01)&from=EN*.

[33] Procédure préjudicielle d’urgence.

[34] Judgment of 22 December 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828, 38–41; Judgment of 22 December 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829, 37–40; Judgment of 26 April 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255, 48–50; Judgment of 25 July 2018, *LM*, C-216/18 PPU, 26–32, ECLI:EU:C:2018:586; Judgment of 12 December 2019, *JR & YC*, Joined Cases C-566/19 PPU and C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, 38–40;

правде је у случају *Van Gend en Loos*[35] етаблирао принцип непосредног дејства, као једну од најреволуционарнијих, али и материјално и терминолошки најпротивречнијих јуриспрудентних заоставштина, при чему се терминолошка непрецизност, присутна и у самој пракси Суда правде, огледала у неретком поистовећивању овог принципа са принципом непосредне примене који је, додуше у редукованој форми, од самог почетка своје место нашао у одредбама оснивачког акта. Према оригиналном тумачењу Суда, да би одредба била непосредно делујућа, она је морала садржавати јасну и прецизну, негативну и безусловну обавезу за државе чланице (забрана или одвраћање) те није смела зависити од даљих имплементационих активности држава чланица или саме организације. Касније, Суд је значајно ублажио наведене критеријуме, јер је у случају *Lűtticke*[36] одступио од захтева да се мора радити о негативној обавези, да би у случају *Reyners*[37] утврдио три коначна критерија непосредног дејства: одредба мора бити јасна, прецизна и недвосмислена у контексту судске примене, мора садржавати безусловну обавезу те њена примена не сме зависити од проведбених мера организације или држава чланица. Такође, док је у почетку непосредно дејство идентификовао искључиво у сфери вертикалних правних односа,[38] релативно брзо је устврдио постојање и хоризонталног непосредног дејства, изузимајући одредбе директиве због њене природе као правног акта. По питању непосредног дејства одредби Повеље Европске уније о основним људским правима, која у лисабонском пакету има једнаку правну вредност као и уговори, ситуација још увек није најјаснија. *Prechal*[39] на пример, указује на „жустре шпекулације“ о непосредном дејству њених одредби, чему је допринео и сам Суд правде у случајевима *Vera Egenberger,*[40] *IR v JQ,*[41] *Cresco*[42] или *Max-Planck-Gesellschaft*.[43] По мишљењу Суда правде из случајева *Deffrene,*[44] *Mangold*[45] и *Kűcűkdeveci,*[46] на

[35] Judgment of 5 February 1963, Van Gend en Loos, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[36] Judgment of 16 June 1966, Lűtticke, C-57/65, ECLI:EU:C:1966:34.

[37] Judgment of 21 June 1974, Reyners, C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68, 26, 27, 30, 32.

[38] Judgment of 27 March 1974, SABAM, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:6, 17–21, Judgment of 8 April 1976, Deffrene, C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, 24, 40.

[39] S. Prechal, „Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU“, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66/2020, 407–426.

[40] Judgment of 17 April 2018, Vera Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

[41] Judgment of 11 September 2018, IR v JQ, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696.

[42] Judgment of 22 January 2019, Cresco, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43.

[43] Judgment of 6 November 2018, Max-Planck-Gesellschaft, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874.

[44] Para. 54.

[45] Judgment of 5 December 2005, Mangold, C – 144/04, ECLI:EU:C:2005:709, 75-77.

пример, и општа правна начела могу бити хоризонтално и вертикално непосредно делујућа, док, када су у питању регулативе, без обзира на њихову уговорно предвиђену непосредну примењивост, Суд је прво у случају *Franz Grad*[47] истакао да и за њихове одредбе важе ригидни оригинални критерији непосредног дејства, правећи на тај начин дистинкцију између непосредне примењивости и непосредног дејства, да би касније тај став значајно ублажио, прво у случају *Munoz and Superior Fruiticola,*[48] констатујући да, због њихове опште примењивости, регулативе могу представљати изворе права индивидуалних субјеката и у вертикалном и у хоризонталном смислу, да би потом у случају *Politi v Italy* истакао да се у случају регулатива ради о „потпуном непосредном дејству“.[49]

Директиве, као телеолошка врста правног акта, показале су се најзахтевнијим за имплементацију принципа непосредног дејства. У случају *Van Duyn*[50] Суд је констатовао да, зависно од њихове природе, смисла и текста, одредбе директива могу бити вертикално непосредно делујуће, да би у случају *Ratti*[51] посебно нагласио темпорални критеријум активације њиховог евентуалног непосредног дејства, односно да њихово непосредно дејство наступа истеком рока предвиђеног за имплементацију од стране држава чланица. Полазећи од начела *estoppel*, Суд је у случају *Becker*[52] подвукао да се државе не могу позивати на властити пропуст у имплементацији директива како би спречиле њихово непосредно дејство, док је у случају *Marshall,*[53] сударајући се са једним од најтежих питања непосредног дејства, истакао да одредбе директива не могу бити хоризонтално непосредно делујуће јер се њима не утврђују обавезе индивидуалних субјеката. Од тада, Суд ће настојати на различите начине „надоместити“ редукованост непосредног дејства одредби директива, као на пример у случају *Foster,*[54] у којем је на прилично екстензиван начин тумачио појам „државног органа“ и суштински хоризонтални правни однос претварао у вертикални, или, пак, увођењем додатних правних института и механизама у правни систем Уније чијом применом би се обезбедио истоврсан

[46] Judgment of 19 January 2010, Kűcűkdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, paragraph 50 and sentence of the judgment.

[47] Judgment of 6 October 1970, Franz Grad, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78.

[48] Judgment of 17 September 2002, C-253/00, Fruiticola, ECLI:EU:C:2002:497, 27 – 32.

[49] Judgment of 14 December 1971, Politi v Italy, C-43/71, ECLI: ECLI:EU:C:1971:122, Grounds of judgment – 9.

[50] Judgment of 4 December 1974, C-41/74, Van Duyn, ECLI:EU:C:1974:133.

[51] Judgment of 5 April 1979, Ratti, C – 148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

[52] Judgment of 19 January of 1982, Becker, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7.

[53] Judgment of 26 February 1886, Marshall, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84.

[54] Judgment of 12 July 1990, Foster, C – 188/89, ECLI:EU:C:1990:313.

ефекат као и у случају хоризонталног непосредног дејства, попут принципа посредног дејства или конзистентне интерпретације, етаблираног у случају *Paola Faccini*.[55] Или, како је учинио у случају *Van Colson*,[56] односно познатијем случају *Frankovich*[57] маркирањем права индивидуалних субјеката на накнаду штете која је претрпљена због неблаговременог и непотпуног провођења одредби директиве, уколико је њихов предмет додјела права индивидуалним субјектима, уколико је њихов садржај лако утврдљив те уколико постоји јасна узрочно – последична веза између непровођења директиве и претрпљене штете. Након што је у случају *Franz Grad*[58] утврдио да и одредбе одлука, уколико задовољавају предвиђене критеријуме, могу бити непосредно делујуће, Суд се осврнуо и на евентуално непосредно дејство одредби међународних уговора код којих се Унија појављује као једна од уговорних страна. При томе, ово питање Суд је превасходно разматрао у поступку прибављања мишљења из члана 228 УФЕУ који функционално одговара претходном поступку. Док је у почетку био готово безрезервно склон признати непосредно дејство одредбама различитих међународних споразума,[59] касније је све више инсистирао на филтрирању њихових одредби кроз критерије непосредног дејства,[60] док постоје и они међународни споразуми чији је непосредно делујући ефекат у праву Уније Суд упорно одбијао, укључујући и споразуме који се закључују у оквиру Светске трговинске организације или, пак, Општи споразум о тарифама и трговању, како показују случајеви *International Fruit Company*,[61] *Schlüter*,[62] *Portugal v Council*,[63] *Van Parys*[64] или *Dior*.[65] Интересантно је да уговори о

[55] Judgment of 14 July 1994, Paola Faccini, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292.

[56] Judgment of 10 April 1984, Van Colson, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

[57] Judgment of 19 November 1991, Frankovich, Joined cases C-6/90 and C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

[58] Judgment of 6 October 1970, Franz Grad, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78.

[59] Judgment of 30 April 1974, Haegeman, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41; Judgment of 11 May 2000, Savas, C-37/98, ECLI:EU:C:2000:224; Judgment of 27 September 2001, Gloszczuk, C-63/99, ECLI:EU:C:2001:488; Judgment of 27 September 2001, Malik, C – 257/99, ECLI:EU:C:2001:491; Judgment of 27 September 2001, Kondova, C-235/99, ECLI:EU:C:2001:489; Judgment of 20 November 2001, Jany, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616; Judgment of 31 January 1991, Kziber, C-18/90, ECLI:EU:C:1991:36; Judgment of 8 March 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125.

[60] Judgment of 30 September 1987, Demirel, C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400.

[61] Judgment of 12 December 1972, C-21-24/72, International Fruit Company, ECLI:EU:C:1972:115.

[62] Judgment of 24 October 1973, Schlüter, C-9/73, ECLI:EU:C:1973:110.

[63] Judgment of 23 November 1999, Portuguese Republic v Council of the European Union, C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574.

[64] Judgment of 1 March 2005, Van Parys, C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121.

слободној трговини „нове генерације“, које Унија закључује билатерално са трећим земљама, садрже решења којима се експлицитно негира могућност непосредног дејства њихових одредби.

3.2. Посредно дејство

Принцип посредног дејства или конзистентне интерпретације у правни систем организације уведен је у случају *Van Colson* као суплемент, односно „надоместок“ ограниченој употребној вредности непосредног дејства у случају директива. Полазећи од става да су државе чланице самом транспозицијом акта Уније исказале спремност да обавезу садржану у акту спроведу у целости, Суд је истакао да су национални судови дужни, у границама дискреционог одлучивања које им је додељено домаћим правом, националне проведбене мере интерпретирати што је могуће више у светлу захтева које поставља право организације.[66] При томе, принцип посредног дејства није у подређеном положају у односу на друге базичне принципе права организације, нити је његова примена условљена претходним покушајем националних судова да одредбу примене непосредно. Разлика у односу на принцип непосредног дејства огледа се у томе што се код посредног дејства појединац, у сврху заштите својих права, позива не на „европске“ одредбе непосредно, него на одредбе домаћег, проведбеног акта, које национални судови тумаче у светлу захтева права организације.[67] У случајевима *Marleasing*,[68] *Pfeiffer*[69] и *Pupino*[70] Суд је додатно проширио опсег примене принципа посредног дејства, на начин да је истакао да се он не односи само на проведбене националне мере већ целокупно право држава чланица, као и да он подједнако важи и за вертикалне, и за хоризонталне правне односе. При томе, сам принцип није био у потпуности нов за државе чланице, узимајући у обзир генералну обавезу тумачења националног права у складу са релевантним изворима међународног права, која представља устаљени правни институт верификован како на националној,[71] тако и равни међународне судске праксе. Када се одредбе секундарног права Уније могу тумачити на различите начине, развијена је пракса да се оне

[65] Judgment of 14 December 2000, Dior, C-300/98, ECLI:EU:C:2000:688.

[66] Judgment of 10 April 1984, Van Colson, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, para. 28.

[67] P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2020, 259.

[68] Judgment of 13 November 1990, Marleasing, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395.

[69] Judgment of 5 October 2004, Pfeiffer, C-397/01 – 403/01, ECLI:EU:C:2004:584.

[70] Judgment of 16 June 2005, Pupino, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

[71] На пример, у СР Немачкој је Савезни уставни суд развио праксу интерпретације националног права у складу са међународним правом (*Völkerrechtfreundliche Auslegung*).

тумаче што више у светлу одредби међународних споразума које је Унија закључила, посебно, како је истакнуто у случају ***Bettati,***[72] када је реч о мерама организације које се доносе у сврху реализације њених међународноправних обавеза. Наравно, Суд није склон на овакав начин интерпретирати право Уније када процени да би то произвело негативне ефекте по даљи развој или, пак, аутономност правног поретка организације. Такође, уколико међународни уговори које је закључила Унија нуде екстензивнија решења по одређеном питању у односу на она садржана у њеним правним актима, попут заштите људских права, такви споразуми могу значајно утицати на начин на који ће Суд тумачити општа правна начела организације.[73] Уосталом, овакав приступ је предвиђен чланом 53. Повеље Европске уније о основним људским правима, где је наведено да се одредбе Повеље не могу тумачити на начин да ограничавају или негативно утичу на људска права како су призната од стране држава чланица и међународног права. Односно, на овакав начин стандарди заштите људских права из Повеље су постављени као минимални испод којих се у тумачењу и примени права Уније не може ићи. Напослетку, битно је истаћи да се и принцип посредног дејства примењује невезано да ли је акт Уније, конкретно, директива, транспонована у национално право или не.[74]

3.3. Надређеност (супрематија) права Европске уније

Надређеност права Европске уније је још један од базичних принципа који своје утемељење није проналазио у одредбама оснивачких аката, већ га је Суд правде, у оквиру претходног поступка у случају ***ENEL,***[75] извео на основу аргументације о аутономној природи права европске организације, чије одредбе, у контексту њиховог дејства и примене, не почивају на правилима и принципима националног или међународног права, већ његовим властитим,[76] а међу којима је, наравно, и принцип надређености који, најједноставније речено, подразумева да у случају сукоба националне и „европске“ правне норме, предност у примени уживају одредбе права организације. Принцип надређености подразумева обавезу националних судова да конфликтну националну норму „оставе по страни“ те да уместо ње примене релевантну норму „европског“ права. Након вишедеценијског развоја на

[72] P. 20.

[73] Judgment of 8 March 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125 (sentence of the Judgment).

[74] Judgment of 11 July 2002, Marks & Spencer, C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435.

[75] Judgment of 15 July 1964, ENEL, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

[76] S. Gáspár-Szilágyi, “The ‘primacy’ and ‘direct effect’ of EU international agreements”, *European Public Law* 2/2015.

јуриспрудентној равни, принцип је своју уговорну верификацију доживео кроз лисабонски пакет, у смислу да је оснивачким актима, између осталих, придодата и засебна декларација те мишљење Правне службе Савета Европске уније, којима се принцип на политичкој равни прихвата као један од фундаменталних елемената правне баштине Уније, међутим, остаје чињеница да он није непосредно инкорпорисан у одредбе оснивачких аката.

Једно од кључних питања односило се на домет примене принципа, односно да ли се он схвата у апсолутном или релативном смислу. И док је Суд правде, иако се никада није експлицитно изјаснио по том питању, принцип углавном посматрао у апсолутном смислу,[77] односно да његова примена обухвата и националне одредбе уставноправног карактера, државе чланице, посебно након „буђења“ појединих уставних судова, чврсто су стале на позицију његовог прихватања у релативном смислу, идентификујући законе као крајњу границу његове примене. Другим речима, принцип надређености наметнуо се као једно од најдинамичнијих бојишта прерогатива националне и европске правне равни.[78] Мада, постоје и аутори који, полазећи од тезе да и право Уније, транспозицијом у национално право, постаје саставни део домаћег права, сматрају да се, суштински, принципом надређености не решава питање односа националног и „европског“ права, већ однос међусобно супротстављених домаћих правних норми.[79] Од кључног значаја је и то да принцип надређености делује *pro futuro*, односно да не подразумева само обавезу националних судова да примене норму права организације у случају конфликта са домаћом нормом, већ и обавезу законодаваца да се у будућности уздржавају од доношења било каквих мера које су у супротности са правом организације. То значи да овако перципиран принцип надређености поништава правило *lex posteriori* те да конфликтна национална норма, без обзира када је донесена, неће бити примењена.

3.4. Аутономност права Европске уније

Аутономност представља један од базичних, јуриспрудентно етаблираних и развијаних принципа права Европске уније, али, истовре-

[77] J. Lindeboom, “Why EU Law Claims Supremacy”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2/2018, 328–356.

[78] Б. Тучић, *Суверенитет, јуриспруденција и уставни плурализам: оглед о правном поретку Европске уније*, ЈУ Народна и универзитетска библиотека Републике Српске, Бања Лука 2016, 190–200.

[79] K. Lenaerts, “The Primacy of EU Law and Principle of the Eqality of the Member States before the Treaties”, *https://verfassungsblog.de/no-member-state-is-more-equal-than-others/*.

мено, и његово основно својство на основу којег је Суд правде идентификовао низ других принципа и института који праву европске организације дају специфичан, по много чему *sui generis* квалификатив. Аутономност права Уније, која се примарно огледа у његовом почивању на властитим, а не правилима и принципима националног и међународног права, превасходно је развијано у унутрашњем, односно контексту односа „европског“ и националног права, да би временом добила и своју спољну димензију,[80] почевши од чувеног мишљења Суда правде с почетка 90-их година прошлог века о неусклађености система одлучивања који је био предвиђен Уговором о Европском економском простору (ЕЕП) са аутономном природом права Европске уније.[81]

Оригинална идентификација појма аутономности веже се за поменути случај *ENEL*, у којем је Суд правде утврдио супрематију комунитарног над националним правом јер комунитарно право проистиче из независног извора права (*une source autonome*), да би, након додатне афирмације кроз поменуто Мишљење 1/91, у случају *Kadi*[82] био искоришћен у сврху, како је то Суд видео, заштите уставног интегритета правног поретка Уније од негативних утицаја међународног права, па макар се радило, као што је и било у конкретном случају, о одлукама Савета безбедности донетим на основу Главе VII Повеље ОУН. Како наводи *Rauchegger*, у два суштинска постлисабонска одређења Суда правде, Мишљењу 2/13 и пресуди у предмету *Achmea*,[83] вршен је позив на принцип надређености као суштинску карактеристику која доприноси аутономности правног поретка Уније. Према увреженој судској пракси, специфична својства права Уније су то да њено право произилази из специфичног, аутономног извора права којем се приписују конституционална својства без обзира што је, формално, реч о мултилатералном међународном уговорном акту, да је право Уније надређено националном праву те да се његове бројне одредбе карактеришу непосредним дејством. У пресуди *Achmea* истиче се да ова кључна својства осликавају аутономност права Уније у односу на национално и међународно право, као и да су оснивачки акти, управо у циљу очувања аутономности права организације, успо-

[80] J. Odermatt, “When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law”, *EUI Working Papers, MWP* 2016/17, 1; E. Kassoti, J. Odermatt, “The principle of autonomy and international investment arbitration: Reflections on Opinion 1/17”, *Questions of International Law* 73/2020, 5–20.

[81] Opinion 1/91 of 14 December 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

[82] Judgment of 3 September 2008, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, Joint cases 402/05 & 415/05P, ECLI:EU:C:2008:461.

[83] Judgment of 6 March 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

ставили правосудни систем којим се обезбеђује доследност и једнообразност у његовом тумачењу и примени.[84] У суштини, Суд правде ретко је испољавао релаксираност по питању односа са другим међународним правосудним институцијама,[85] а случај *Achmea* је добар пример маневрисања Суда правде при процени да ли је међународни систем решавања спорова у складу са правом Уније и, имплицитно, позицијом и улогом самог Суда у правном поретку организације.

3.5. Искрена (лојална) сарадња

Принцип искрене сарадње, као један од централних садржајних и развојних елемената правног поретка европске организације,[86] подразумева уговорну обавезу, али и вредносну опредељеност држава чланица да што ефикасније делују у правцу реализације својих уговорних обавеза, односно да се уздржавају од било каквих мера или активности које би могле угрозити реализацију циљева организације. Како је Суд правде истакао још почетком 70-их година у случају *Commission v Italian Republic*,[87] непоштовање захтева за искреном сарадњом представља грубо кршење уговорних обавеза, а самим тим и атак на саме темеље правног поретка организације. При томе, принцип искрене сарадње не подразумева само обавезу за државе чланице, већ и институције организације у њиховом односу према државама чланицама, о чему је Суд био више него јасан, на пример, у случају *Amoena*,[88] док сам принцип искрене сарадње може послужити и као основа за наметање одређених процесних обавеза Европској комисији при изради правног акта.[89] За разлику од већине других базичних принципа права европске организације, принцип искрене сарадње пронашао је своје место још у оснивачком акту Монтан уније, а његова дугове-

[84] C. Rauchegger, “Four Functions of the Principle of Primacy in the ECJ’s Post-Lisbon Case Law”, (eds. K. Ziegler, P. Neuvonen & V. Moreno-Lax), *Research Handbook: The General Principles of EU Law*, 16, *https://ssrn.com/abstract=3724541*.

[85] Opinion 1/91 of 14 December 1991, ECLI:EU:C:1991:490; Opinion 1/91 of 10 April 1992, ECLI:EU:C:1992:189; Opinion 1/00 of 18 April 2002, ECLI:EU:C:2002:231; Opinion 1/09 of 8 March 2011, ECLI:EU:C:2011:123; Opinon 2/13 of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

[86] J. Wouters, F. Hoffmeister, G. De Baere, T. Ramopoulos, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, Oxford 2021, 24–26.

[87] Judgment of 7 February 1973, Commission v Italian Republic, C-39/72, ECLI:EU:C:1973:13, 25.

[88] Judgment of 19 December 2019, Amoena, C-677/18, ECLI:EU:C:2019:1142, 55.

[89] Judgment of 20 September 2000, Belgium v Commission, C-263/98, ECLI:EU:C:2001:455, 94–96; Judgment of 8 November 2018, Scuola, Joined Cases C-622/16 P to C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873, 84; Judgment of 19 December 2019, Amoena, C-677/18, ECLI:EU:C:2019:1142, 56.

чност указује на значај и улогу принципа у оснаживању правног система организације,[90] иако је његово одсуство из оригиналног оснивачког акта Европске уније отворило бројна питања,[91] укључујући и својевремено веома актуелно питање могућности проширења надређености права организације и на трећи „стуб“ Уније, односно Наслов VI њеног оснивачког акта.[92] Чланом 4(2)(3) лисабонског Уговора о Европској унији[93] прописано је да се на основу искрене сарадње и уз пуно међусобно поштовање, Унија и државе чланице међусобно помажу у обављању задатака који проистичу из Уговора. Државе чланице предузимају све мере, опште и посебне, како би осигурале испуњавање уговорних обавеза или аката институција Уније, оне олакшавају остваривање задатака Уније и уздржавају се од сваке мере која би могла угрозити постизање циљева организације. Овако формулисане одредбе лисабонског оснивачког акта готово су идентичне одредбама некадашњег члана 10 УЕЗ, односно, још раније, члана 5 УЕЕЗ.

Суд правде је још у случају *Schlűter*,[94] као и неким другим случајевима из 1973. године,[95] одбио признати непосредно дејство одредбама члана 5 УЕЕЗ, иако су по бројним мишљењима, укључујући и ставове општег правобраниоца v*er Loren van Themaat* из случаја *Leclerc*,[96] постојале основе за другачију одлуку, посебно у околностима непосредне повезаности опште обавезе искрене сарадње из члана 5 УЕЕЗ са другим одредбама оснивачког акта у којима је садржана јасна, прецизна и безусловна обавеза држава чланица.[97] У сваком случају, Суд се у континуитету ослањао на принцип искрене сарадње, а у случајевима *Brasserie du Pêcheur*[98] и *Commission of the European*

[90] M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, 9–20.

[91] AG Opinion in C-105/03 of 11 November 2004, *Pupino*, 21 and 22, ECLI:EU:C:2005:386.

[92] S. Lorenzmeier, “The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision1 of the European Court of Justice”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 12/2006, 583–588.

[93] Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13, art. 4(3).

[94] Judgment of 24 October 1973, Schlüter, C – 9/73, ECLI:EU:C:1973:110. Видети и C-44/84 Hurd v Kenneth, ECLI:EU:C:1986:2, 47-48.

[95] Judgment of 24 October 1973, Rewe Zentral, C-10/73, ECLI:EU:C:1973:111; Judgment of 30 April 1974, C-155/73, Sacchi, ECLI:EU:C:1974:40.

[96] Judgment of 29 January 1985, C-231/83, Leclerc, ECLI:EU:C:1985:29.

[97] J. T. Lang, “Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice”, *Fordham International Law Journal* 3/1986, 505.

[98] Judgment of 5 March, Brasserie du Pêcheur, Joined cases C-46/93 and C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 4.

Communities v Portuguese Republic[99] био је склон обавезу искрене сарадње оквалификовати као најважнији принцип права европске организације те саму есенцију тадашњег члана 5 УЕЕЗ. Јуриспруденција Суда правде веома је богата случајевима у којима је кршење непоштовање искрене сарадње окарактерисано као директно кршење права организације, почевши од серије случајева које је, током 80-их година прошлог века, Европска комисија покренула против Грчке,[100] док је у случају *Thieffry*,[101] на пример, Суд државама чланицама у потпуности одузео дискрециono право самосталног избора модалитета остваривања искрене сарадње уколико се на тај начин не рефлектују уговорни циљеви организације, да би у случају *Commission v Germany*[102] било истакнуто да државе чланице и Унија морају интензивно сарађивати како би се отклониле могуће потешкоће у реализацији принципа. И не само то, у једном од случајева против Грчке, Суд је непоштовање принципа искрене сарадње видео и у пропуштању државе чланице да казни одговорне за кршење права организације, захтевајући да се у таквим околностима примене идентичне санкције какве би се примениле у случају кршења националног права. Током 90-их година прошлог века, принцип искрене сарадње неретко је разматран у контексту тзв. процесне аутономије националних судова, те је констатовано, како упућују, између осталој, случајеви *Emmott*[103] и *Océano*,[104] на пример, да се национална процесна аутономија, укључујући и начин деловања националних судова, мора поштовати док она не почне негативно утицати на ефикасну примену права организације, а да би се то избегло, неопходно је ослонити се на принцип искрене сарадње, односно развијати сарадњу између националне и европске равни на обострану корист.

У правној доктрини води се специфична расправа да ли је у случају принципа искрене сарадње реч о јединственом или скупу више правних принципа, општих правних начела и начела карактеристич-

[99] Judgment of 27 June 2000, Commission v Portuguese Republic, C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345, 40.

[100] Judgment of 28 April 1986, Commission v Hellenic Republic, C-272/86 ECLI:EU:C:1988:4335; Judgment of 21 September 1989, Commission v Hellenic Republic, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339.

[101] Judgment of 28 April 1976, Case 71/76, Thieffry, ECLI:EU:C:1977:65, sentence.

[102] Judgment of 2 February 1989, Commission v Federal Republic of Germany, C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46.

[103] Judgment of 25 July 1991, Emmott, C – 208/90, ECLI:EU:C:1991:333.

[104] Judgment of 27 June 2000, Océano Grupo, Joined cases C-240/98 to C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346.

них за поједине области, као и базичних ставова Суда правде.[105] И док се још увек чека коначна реч Суда правде, може се претпоставити да ће фундамент тог одговора бити апстрахован из антологијских случајева *Van Gend en Loos* и *Costa v ENEL*, односно *Frankovich,* јер је делотворност аутономног правног поретка европске организације, укључујући и заштиту права индивидуалних субјеката, апсолутно немогућа без принципа искрене сарадње, у складу са његовим појмовним садржајем и функцијом коју има у праву Уније. Правећи паралелу са сличним институтима какви се могу идентификовати у оквиру државе као облика правно - политичког организовања, поједини аутори[106] сматрају да принцип искрене сарадње, уважавајући његову важност за развој правног система организације, као и то што, по оваквом тумачењу, граничи са сфером државних интереса и политичком сфером живота, припада основним уставним принципима организације. Како упућује случај *Rewe*,[107] на пример, принцип искрене сарадње је у јуриспруденцији Суда правде представљао кључну основу за етаблирање принципа ефикасности права Европске уније,[108] док сам поступак о претходном питању, у контексту комуникације и међусобног ослањања „европског“ и националних судова, представља једну од најчешћих манифестација садржинске и функционалне есенције овог конституционалног принципа права организације.[109]

4. ДОКТРИНЕ УСТАНОВЉЕНЕ КРОЗ ПОСТУПАК О ПРЕТХОДНОМ ПИТАЊУ

Кроз поступак о претходном питању, у оквиру јуриспруденције Суда правде развијено је неколико веома значајних, логички утемељених и детаљно аргументованих система правног учења –доктрина, који имају веома важну улогу у развоју правног поретка организације, а међу њима се посебно издвајају *Solange, ERTA, acte éclairé* и *acte clair* доктрина.

[105] D. van Iersel, C. G. Ramaglia Mota, “Federalising tendencies of the Principle of Sincere Cooperation in the area of Common Foreign and Security Policy”, *https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/aboutus/wulj/article_2.pdf*.

[106] М. Лукић Радовић, „Лојалност унутар Европске уније – правна или само политичка обавеза“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2018, 235– 249.

[107] Judgment of 16 December 1976, Rewe, C – 33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

[108] M. Klamert, 252.

[109] J. H. H. Weiler, D. Sarmiento, „The EU Judiciary After Weiss – Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice“, *https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/-210052/AFCO%20JURI%20Hearing%2014%20July%20-%20JHH%20Weiler-2.pdf.*

4.1. Доктрина *Solange*

Установљена у сложеним односима Суда правде и немачког Савезног уставног суда (*BverfG*) [110] од почетка 70-их година прошлог века, тзв. *Solange* доктрина непосредно је утицала не само на развој система заштите људских права на нивоу организације, већ и на решавање односа европске и националне конституционалне равни по неким веома важним питањима. За разлику од периода с краја 60-их година прошлог века, када је Савезни уставни суд, држећи се дуалистичке перцепције односа националног и „европског“ права, сматрао да немачко и право заједница представљају два одвојена правна поретка те да, самим тим, немачки судови нису надлежни да преиспитују акте које усвајају институције заједница у контексту њихове усаглашености са захтевима немачког права,[111] у случају *Solange I*[112] учињен је потпун заокрет, јер је констатовано да, и поред тога што је право Заједнице независан правни поредак, немачки судови су дужни право организације посматрати у светлу поштовања базичних захтева који проистичу из Основног закона, односно немачког Устава. Како је поштовање људских права и слобода један од основних принципа немачког Устава, он мора имати предност над конфликтним правом организације, све док (*so lange*) се на нивоу организације не развије систем заштите људских права који ће, у најмању руку, одговарати оном који је успостављен немачким уставним актом. Тридесет година касније, Уставни суд је у случају *Solange II*[113] истакао да све док европске заједнице и пракса Суда правде обезбеђују заштиту основних права на начин који би био сличан оном којег гарантује Основни закон те све док обезбеђују заштиту њиховог „есенцијалног садржаја“, Уставни суд неће преиспитивати примењивост аката које усвајају институције организације и њихову усаглашеност са захтевима Основног закона у домену заштите људских права. Другим речима, *Solange* доктрина и комуникација са Судом правде која је остваривана кроз поступак о претходном питању, неумитно су довели до јачања система заштите људских права на нивоу организације, прво искључиво на јуриспрудентној равни, да би временом, закључно са лисабонским уговорним пакетом, овај део правне баштине Уније добио и своју уговорну верификацију. При томе, Суд правде није био толико непо-

[110] Њем. *Bundesverfassungsgericht*.

[111] J. Bade, „Die Autonomie der Unionsrechtsordnung“, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin, *https://www.rewi.huberlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2015/whi-paper-052015.pdf*.

[112] Judgment of 17 December 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

[113] Judgment of 5 May 1982, *Handelsgesellschaft*, C-126/81, ECLI:EU:C:1982:144.

средно заинтересован за заштиту људских права на нивоу организације *per se*, већ за отклањање могућности угрожавања аутономности и примену базичних конституционалних принципа у функционисању правног поретка Уније те, посебно, отклањање било какве опасности по властиту позицију у оквиру њега.

4.2. Доктрина ERTA

Настала пре више од педесет година, доктрина ERTA се обично третира као кључни механизам јачања спољних компетенција тадашње ЕЕЗ. Најједноставније, држећи се принципа паралелизма, Суд правде је констатовао да, у случају одсуства прецизних и јасних уговорних решења, ЕЕЗ располаже спољним, односно надлежностима да улази у уговорне односе са трећим субјектима уколико су такви уговорни акти неопходни за реализацију њених унутрашњих надлежности или у мери у којој би њихово закључивање могло утицати на заједничка правила или изменити њихов обим. Предмет конфликта између Савета и Европске комисије, коју је Суд правде својом одлуком у коначници и подржао, тицао се различитог поимања њихових овлашћења у поступку преговарања и закључивања међународних уговора, а због питања домета демаркационе линије између унутрашњих и спољних надлежности Уније. ERTA доктрина или, како се још назива, доктрина о имплицитним (подразумевајућим) спољним надлежностима европске организације, нашла је своје место у члановима 3(2), односно 216(1) УФЕУ, где је прописано да Унија може закључити уговор са једном или више других држава или међународних организација уколико је то експлицитно предвиђено оснивачким актом или ако је закључивање уговора потребно ради постизања неког од циљева из уговорā, у оквиру политика Уније, или ако је то предвиђено правно обавезујућим актом Уније или би могло утицати на заједничка правила или променити њихово подручје примене. Оваквим решењима у релевантним уговорним одредбама, институције Уније су добиле могућност да својим актима изричито овласте Унију да преговара и закључи међународни уговор са трећим субјектима.

4.3. Доктрине acte éclairé и acte clair

У контексту некадашњег члана 177(3) УЕЕЗ, развијене су две доктрине које је Суд правде користио, између осталог, и за смањење или убрзано решавање предмета у претходном поступку. Прва је доктрина *acte éclairé* (расветљени или разјашњени акт), која подразумева да национални суд не треба упутити захтев за доношење претходне одлуке ако је утврдио да је конкретна одредба права Европске уније

већ била предмет тумачења Суда правде. Реч је о томе да је постављено питање садржински идентично питању које је већ било предмет претходне одлуке у сличном случају или ако се исти закључак може извести из устаљене судске праксе Суда којом се решава предметно правно питање. Међутим, чак и уз постојање праксе Суда која решава предметно правно питање, национални судови задржавају пуну слободу да се обрате Суду ако то сматрају потребним, а околност да се Суд већ изјашњавао по питању интерпретације одредби чије се тумачење поново тражи, не ствара дефинитивну препреку Суду да се поново интерпретативно изјасни. Шездесетих година прошлог века Суд је био много ригиднији у погледу примене доктрине, јер је захтевао да питање које поставља национални суд мора у материјалном смислу бити идентично оном које је већ било разматрано, да би касније ублажио своје ставове, тврдећи да за примену доктрине питања не морају бити у материјалном смислу апсолутна истоветна, односно било је довољно да је Суд о дотичном правном питању одлучивао без обзира о врсти поступка у којем је о њему одлучивано, те је чак толерисао и уколико питања нису стриктно истоветна.

Друга је доктрина *acte clair* (акт који је јасан) и подразумева да интерпретативни захтев не треба упутити када се правилна примена права европске организације недвојбено намеће и не оставља места никаквој разумној сумњи у погледу начина на који би требало одговорити на постављено питање. Пре него што дође до закључка у том смислу, национални суд или трибунал мора бити уверен да је предмет једнако јасан националним судовима и Суду правде како би се спречила различита примена одредаба од стране различитих националних судова. Само је, дакле, под тим условима могуће да се национални суд суспрегне од упућивања питања Суду правде и преузме одговорност за његово решавање. Уопштено, када је реч о примени одредаба од стране различитих националних судова, потребно је имати у виду да су текстови права Уније написани на више језика и да су различите језичке верзије једнако веродостојне, те да су појмови права Уније аутономни појмови и не сме их се тумачити искључиво у контексту националног права.

5. ЗАКЉУЧАК

Иако није спорно да интеракција судија Суда правде и националних судија, која се одвија кроз систем претходног одлучивања, доприноси делотворној судској заштити, додатно ојачаној чланом 47. Повеље о основним правима Европске уније као примарним извором права којем је додељена правна снага једнака оној коју имају УЕУ и УФЕУ, примарно је овај систем у функцији очувања аутономности те

изградње и осигурања јединствене примене свеукупног права Европске уније као субјекта међународног јавног права чији је нормативни и институционални оквир јачи од оног што га имају друге међународне организације.

Изградња правног система европске организације уз употребу претходног поступка за последицу је имало анулирање баријере између широког тумачења и проширења њених права и дужности, како на интра-ЕУ, тако и на међународном плану. Претходни поступак, као плодно тло за анулирање ове баријере, у једном ширем временском распону, почев од Уговора из Рима, па све до Уговора из Лисабона, изнедрио је основне правне принципе и доктрине које право Европске уније чине оним што он јесте и које Унију издвајају од свих других, сличних правних ентитета.

Утицај и моћ које је Суд правде црпео из претходног поступка нису увек доприносили правној кохезији, већ су и узроковали тензије између стварања права и провођења правне заштите, те доводиле до конституционалних сукоба између националне и европске равни. Током деценија његове примене, поступак о претходном питању трансформисао се од поступка за тумачење, односно утврђивање валидности права европске организације, у својеврстан правнотваралачки механизам, о чему сведоче и примери који су у раду разматрани. Примери испољавања правнотваралачког капацитета поступка о претходном питању, у вишедеценијској јуриспруденцији Суда правде, је заиста много, а једно од најактуелнијих односи се на јачање компетенција Уније у домену Заједничке спољне и безбедносне политике, конкретно, примени санкционих мера против правних и физичких лица, и то у околностима када одговарајућих уговорних решења за тако нешто, једноставно, није било.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Klamert, Marcus, *The Principle of Loyalty in EU Law, Oxford University Press, Oxford 2014*;
2. Craig, Paul, De Búrca, Gráinne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2020;
3. Prechal, Sacha, „Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU“, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 66/2020;
4. Gáspár-Szilágyi, Szilárd, “The ‘primacy’ and ‘direct effect’ of EU international agreements”, *European Public Law* 2/2015;

5. Lorenzmeier, Stefan, “The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision1 of the European Court of Justice”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 12/2006;
6. Schermers, Henry G., “Special Foreword”, *Common Market Law Review* 6/1993;
7. Clara Rauchegger, “Four Functions of the Principle of Primacy in the ECJ’s Post-Lisbon Case Law”, (eds. K. Ziegler, P. Neuvonen & V. Moreno-Lax), *Research Handbook: The General Principles of EU Law*, *https://ssrn.com/abstract=3724541*.
8. Van Iersel, Dennis, Ramaglia Mota, Carlos Gabriel, “Federalising tendencies of the Principle of Sincere Cooperation in the area of Common Foreign and Security Policy”, *https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/aboutus/wulj/article_2.pdf*.
9. Kassoti, Eva, Odermatt, Jed, “The principle of autonomy and international investment arbitration: Reflections on Opinion 1/17”, *Questions of International Law* 73/2020;
10. Wouters, Jan, Hoffmeister, Frank, De Baere, Geert, Ramopoulos, Thomas, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, Oxford 2021;
11. Jana Bade, „Die Autonomie der Unionsrechtsordnung“, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin, *https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2015/whi-paper-052015.pdf*;
12. Odermatt, Jed, “When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law”, *EUI Working Papers*, *MWP* 2016/17;
13. Lenaerts, Koen, “The Primacy of EU Law and Principle of the Eqality of the Member States before the Treaties”, *https://verfassungsblog.de/no-member-state-is-more-equal-than-others/*;
14. Lang, John Temple, “Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice”, *Fordham International Law Journal* 3/1986;
15. Лукић Радовић, Маја, „Лојалност унутар Европске уније – правна или само политичка обавеза“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2018;
16. Тучић, Борис, „Суверенитет, јуриспруденција и уставни плурализам: оглед о правном поретку Европске уније“, ЈУ Народна и универзитетска библиотека Републике Српске, Бања Лука 2016;

Правни прописи

1. Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13;
2. Recommendations national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2018/C 257/01).

3. Rules of Procedure of the Court of Justice, *OJ L 265, 29.9.2012*
4. Traité instituant la Communauté Économique Européenne et documents annexes *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=FR*
5. Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002), *OJ C 325;*
6. Treaty establishing the European Community (Nice consolidated version) *Official Journal C 325 , 24/12/2002 P. 0061 - 0061, Official Journal C 340 , 10/11/1997 P. 0204 - Consolidated version;*

Судске одлуке

1. Judgment of 5 October 2004, Pfeiffer, C-397/01-403/01, ECLI:EU:C:2004:584;
2. Judgment of 5 February 1963, Van Gend en Loos, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1;
3. Judgment of 15 July 1964, ENEL, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66;
4. Judgment of 16 June 1966, Lűtticke, C-57/65, ECLI:EU:C:1966:34;
5. Judgment of 30 June 1966, Göbbels, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39, (Grounds of judgment I);
6. Judgment of 6 October 1970, Franz Grad, C-9/70, ECLI:EU:C:1970:78;
7. Judgment of 17 December 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114;
8. Judgment of 31 March 1971, ERTA, C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32;
9. Judgment of 14 December 1971, Politi v Italy, C-43/71, ECLI: ECLI:EU:C:1971:122;
10. Judgment of 12 December 1972, C-21-24/72, International Fruit Company, ECLI:EU:C:1972:115;
11. Judgment of 7 February 1973, Commission v Italian Republic, C-39/72, ECLI:EU:C:1973:13;
12. Judgment of 24 October 1973, Schlüter, C-9/73, ECLI:EU:C:1973:110;
13. Judgment of 24 October 1973, Rewe Zentral, C-10/73, ECLI:EU:C:1973:111;
14. Judgment of 16 January 1974, Rheinmullen, C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3;
15. Judgment of 27 March 1974, SABAM, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:6;
16. Judgment of 30 April 1974, C-155/73, Sacchi, ECLI:EU:C:1974:40;
17. Judgment of 30 April 1974, Haegeman, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41;
18. Judgment of 21 June 1974, Reyners, C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68;
19. Judgment of 4 December 1974, C-41/74, Van Duyn, ECLI:EU:C:1974:133;
20. Judgment of 8 April 1976, Deffrene, C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56;
21. Judgment of 28 April 1976, C-71/76, Thieffry, ECLI:EU:C:1977:65;

22. Judgment of 16 December 1976, Rewe, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188;
23. Judgment of 9 March 1978, Simmenthal, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49;
24. Judgment of 5 April 1979, Ratti, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110;
25. Judgment 27 March 1980, Fratelli, Joined Cases 66, 127 & 128/79, ECLI:EU:C:1980:101;
26. Judgment of 18 June 1980, C-138/80, Borker, ECLI:EU:C:1980:162;
27. Judgment of 16 June 1981, Salonia, C-126/80, ECLI:EU:C:1981:136;
28. Judgment of 19 January of 1982, Becker, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7;
29. Judgment of 16 December 1981, Pasquale, C-224/80, ECLI:EU:C:1981:302;
30. Judgment of 23 March 1982, Nordsee, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107;
31. Judgment of 5 May 1982, Handelsgesellschaft, C-126/81, ECLI:EU:C:1982:144;
32. Judgment of 6 October 1982, CILFIT, C-283/81, EU:C:1982:335;
33. Judgment of 10 April 1984, Van Colson, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153;
34. Judgment of 29 January 1985, C-231/83, Leclerc, ECLI:EU:C:1985:29;
35. Judgment of 26 September 1985, Thomasdünger, C-166/84, ECLI:EU:C:1985:373;
36. Judgment of 15 January 1986, C-44/84 Hurd v Kenneth, ECLI:EU:C:1986:2;
37. Judgment of 26 February 1986, Marshall, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84;
38. Judgment of 28 April 1986, Commission v Hellenic Republic, C-272/86 ECLI:EU:C:1988:4335;
39. Judgment of 30 September 1987, Demirel, C-12/86, ECLI:EU:C:1987:400;
40. Judgment of 22 October 1987, Foto-Frost, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452;
41. Judgment of 2 February 1989, Commission v Germany, C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46;
42. Judgment of 21 September 1989, Commission v Hellenic Republic, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339;
43. Judgment of 17 October 1989, Danfoss, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383;
44. Judgment of 12 July 1990, Foster, C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313;
45. Judgment of 18 October 1990, Dzodzi, Joined cases C-297/88 and C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360;
46. Judgment of 13 November 1990, Marleasing, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395;
47. Judgment of 31 January 1991, Kziber, C-18/90, ECLI:EU:C:1991:36;
48. Judgment of 27 June 1991, Mecanarte, C-348/89, ECLI:EU:C:1991:278;
49. Judgment of 25 July 1991, Emmott, C-208/90, ECLI:EU:C:1991:333;

50. Judgment of 19 November 1991, Frankovich, Joined cases C-6/90 and C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428;
51. Court opinion 1/91 of 14 December 1991, ECLI:EU:C:1991:490;
52. Court opinion 1/91 of 10 April 1992, ECLI:EU:C:1992:189;
53. Judgment of 16 July 1992, Meilicke, C – 83/91, ECLI:EU:C:1992:332;
54. Judgment of 14 July 1994, Paola Faccini, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292;
55. Judgment of 28 March 1995, Benson, C-346/93, ECLI:EU:C:1995:85;
56. Judgment of 5 March 1996, Brasserie du Pêcheur, Joined cases C-46/93 and C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79;
57. Judgment of 17 July 1997, Leur-Bloem, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369;
58. Judgment 4 November 1997, Dior, C-337/95, EU:C:1997:517;
59. Judgment of 23 November 1999, Portuguese Republic v Council, C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574;
60. Judgment of 11 May 2000, Savas, C-37/98, ECLI:EU:C:2000:224;
61. Judgment of 27 June 2000, Océano Grupo, Joined cases C-240/98 to C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346;
62. Judgment of 27 June 2000, Commission v Portuguese Republic, C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345;
63. Judgment of 20 September 2000, Belgium v Commission, C-263/98, ECLI:EU:C:2001:455;
64. Judgment of 5 December 2000, Guimont, C-448/98, ECLI:EU:C:2000:663;
65. Judgment of 14 December 2000, Dior, C-300/98, ECLI:EU:C:2000:688;
66. Judgment of 27 September 2001, Gloszczuk, C-63/99, ECLI:EU:C:2001:488;
67. Judgment of 27 September 2001, Kondova, C-235/99, ECLI:EU:C:2001:489;
68. Judgment of 27 September 2001, Malik, C-257/99, ECLI:EU:C:2001:491;
69. Judgment of 20 November 2001, Jany, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616;
70. Court opinion 1/00 of 18 April 2002, ECLI:EU:C:2002:231;
71. Judgment of 11 July 2002, Marks & Spencer, C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435;
72. Judgment of 17 September 2002, C-253/00, Fruiticola, ECLI:EU:C:2002:497;
73. AG Opinion in C-105/03 of 11 November 2004, Pupino, ECLI:EU:C:2005:386;
74. Judgment of 1 March 2005, Van Parys, C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121;
75. Judgment of 16 June 2005, Pupino, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386;
76. Judgment of 5 December 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709;

77. Judgment of 11 December 2007, ETI, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775, pp. 22-29 and 44;
78. Judgment of 12 February 2008, Kempter, C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78;
79. Judgment of 3 September 2008, Kadi, Joint cases 402/05 & 415/05P, ECLI:EU:C:2008:461;
80. Judgment of 16 December 2008, Cartesio, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723;
81. Judgment of 19 January 2010, Kűcűkdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21;
82. Judgment of 22 June 2010, Melki, Joined cases C-188/10 and C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363;
83. Judgment of 22 December 2010, Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828;
84. Judgment of 22 December 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829;
85. Judgment of 17 February 2011, Weryński, C-283/09, ECLI:EU:C:2011:85;
86. Court opinion 1/09 of 8 March 2011, ECLI:EU:C:2011:123;
87. Judgment of 8 March 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125;
88. Judgment of 21 July 2011, Kelly, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506;
89. Judgment of 26 April 2012, Health Service Executive, C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255;
90. Opinon 2/13 of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454;
91. Judgment of 11 June 2015, Fahnenbrock, Joined cases C-226/13, C-245/13, C-247/13 & C-578/13, ECLI:EU:C:2015:383;
92. Judgment of 5 April 2016, Puligienica, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199;
93. Judgment of 16 June 2016, Pebros Servizi, C-511/14, ECLI:EU:C:2016:448;
94. Judgment of 5 December 2017, Germany v Council, C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935;
95. Judgment of 6 March 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158;
96. Judgment of 17 April 2018, Vera Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257;
97. Judgment of 25 July 2018, LM, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586;
98. Judgment of 11 September 2018, IR v JQ, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696;
99. Judgment of 6 November 2018, Max-Planck-Gesellschaft, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874;
100. Judgment of 8 November 2018, Scuola, Joined Cases C-622/16 P to C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873;
101. Judgment of 22 January 2019, Cresco, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43;

102. Judgment of 21 November 2019, Hoge Raad, C-678/18, ECLI:EU:C:2019:998;
103. Judgment of 12 December 2019, JR & YC, Joined Cases C-566/19 PPU and C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077;
104. Judgment of 19 December 2019, Amoena, C-677/18, ECLI:EU:C:2019:1142;
105. AG Opinion of 12 January 2023, Rzecznik Praw Dzieckas, C-638/22 PPU, ECLI:EU:C:2023:21.

Assistant Professor Boris Tučić, LL.D.

Faculty of Security Science, University of Banja Luka

Radmila Dragišić, LL.M.

PhD student at the Faculty of Law, University of Banja Luka

THE PRELIMINARY RULING PROCEDURE BETWEEN INTERPRETATIVE AND LAWMAKING ACTIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The preliminary ruling procedure before the Court of Justice of the European Union, as its exclusive interpretative authority in the past seven decades, has proven to be the critical instrument not only of the jurisprudential constitutionalisation of the legal order of the European organisation in a way in which the Member States, as “the masters of the Treaties” (Solange case) could not even imagine, but also of its substantive enrichment in different areas, thus achieving direct but crucial communication with national courts and national legal systems in general. A broad spectrum of “achievements” of the Court of Justice within the preliminary ruling procedure, from establishing the concept of the autonomy of EU law, and identification and evolution of its specific content elements, where the central place belongs to the ones with the constitutional character, such as the principles of the primacy and direct effect or the principle of uniform interpretation and efficient application of the Organisation’s law, through interpretative filling of legal gaps and loopholes even in areas characterised by clear contractural restrictions in the context of position and competence of the European judicial institution, such as, in the earlier period, internal affairs and judiciary, i.e., today still Common foreign and security policy of the European Union, to specific interpretative defining of relations between the European organisation law and typical internatio-

nal law on different grounds, imposes the necessity to answer the question regarding the extent to which the preliminary ruling procedure has been trully exhausted in its original contractual purpose, which is interpreting and deteriminng the validity of EU law, and to which it has served to the Court of Justice as, conditionally, a lawmaking mechanism at both the constitutional and substantive legal level. In the attempt to provide an answer to this question, this paper, along with contractual solutions, primarily analyzes the case law of the Court of Justice through which the mentioned and some other “achievements” in the domain of shaping the legal nature, but also specific substantive law solutions in the legal order of the European organisation, have been accomplished. In doing so, in order to create the appropriate framework for such actions, the Court of Justice first attempted to shape the very preliminary ruling procedure in an identical way, and then, from the mid-70s, to face “the gauntlet thrown down” by supreme national judiciary authorities, embodied in the constitutional courts of the Member States, which did not look with approval on its, admittedly rather hidden “lawmaking” pretensions.

Key words: *EU law; Preliminary ruling proceedings; International law; National law; Creation, Interpretation, and Application of the Law*.

УСТАВНО ПРАВО /
CONSTITUTIONAL LAW

UDC/УДК 342.8(497.6)
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Goran Marković, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

ON IMPORTANCE OF THE LEGAL STANDARD "LEGAL OR ELECTION EXPERT" FOR SELECTION OF MEMBERS OF THE CENTRAL ELECTION COMMISSION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

The subject of the work is requirements which the candidates for membership in the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina (CEC) have to fulfil. The author criticizes the solution of the Election Law of Bosnia and Herzegovina, according to which only one quite general requirement has to be fulfilled. This requirement has been defined as a legal standard which can be understood in many different ways which paves the way for almost absolute discretionary power of political elites in the process of selection.

This subject has to be analyzed in connection with other issues – composition of the CEC and the method of selection of its members. The author does exactly this, using both positive legal and comparative methods. His conclusion is that the selection of members of the CEC by a political institution in combination with very wide and general legal requirement which candidates have to fulfil give almost total freedom to political elites to select their protégées.

Therefore, the author proposes quite different composition, method of selection and legal requirements which candidates have to fulfil.

Key words: Election management body; Election commission; Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina; Election law; Legal standard; Legal and election expert.

1. INTRODUCTION

An election commission is a very important body for each electoral system since its main task is to organize elections and to guarantee their

Goran Marković, *goran.marković@pravni.ues.rs.ba.*

legality.[1] Therefore, political parties are interested in the composition of an election commission in one way or another. Parliamentary majority wants to achieve or to retain control over a commission while the opposition wants to transform the latter in as independent as possible institution. That is the reason why the composition of an election commission becomes primary political issue. It is a legal issue as well since an adequate regulation of its composition influences to considerable degree the work and independence of an election commission which on the other hand can be of serious influence on legality and legitimacy of an election process.

In many Western European states the elections are organized and overviewed by election commissions as governmental bodies which are formed and operate in the framework of the executive branch of state power. Usually it is not the case in the "new democracies", i.e. those states which have quite recently rejected authoritarian political regimes.[2]

It seems that there is no much discussion on the necessity of the election commissions whose political neutrality would be explicitly guaranteed in the Western European countries. No one can deny that different social and political conditions, including differences in political culture, history, nature of political systems etc., influence different solutions. However, we think that the Western European countries are threatened by interests of political parties as well, and that the latter could try to fulfil these interests influencing the legality of the election process. Therefore, it seems that the control of an election process by a government is not an appropriate solution.

Even in some "old democracies", if this phrase has any meaning and value, opinions have emerged that it is necessary to create politically insulated bodies to administer elections.[3] Sometimes it is argued that the Western states can organize the elections through the governmental agencies since there is a tradition of bureaucratic neutrality.[4] It seems to us that such

[1] M. Bader, "OSCE election assistance and the role of election commissions", *Security and Human Rights* 1/2012, 19.

[2] See: H. Catt *et al.*, *Electoral Management Design*, International IDEA, Stockholm 2014, 374–395.

Some authors rightly point to some notorious cases of electoral mismanagement which damaged the legitimacy of the very elections; such was the case with the 2000 US elections. – M. Trebilcock, P. Chitalkar, "From Nominal to Substantive Democracy: The Role and Design of Election Management Bodies", *The Law and Development Review* 1/2009, 199.

According to some estimates, 53 percent of all countries conduct elections through independent election commissions. – *Ibid*., 200.

[3] C. S. Elmendorf, "Election Commissions and Electoral Reform: An Overview", *Election Law Journal* 4/2006, 425.

[4] S. Mozaffar, A. Schedler, "The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction", *International Political Science Review* 1/2002, 15.

conclusions are based on overrating of bureaucracy in these countries. It may be the case that the bureaucratic neutrality has some effectiveness in normal circumstances, when political parties of the establishment compete and change in the government. However, we don't think that the bureaucratic neutrality would be possible if a radical opposition would win an election or would be very close to winning an election.[5] Bureaucratic apparatus is a part of a state organization and it is not possible to think about its neutrality if radical social changes are on the horizon.

The composition of an election commission can not be separated from political considerations and interests of political parties. Therefore, it is important to protect independence of an election commission as much as possible. Many conditions have to be fulfilled in order to achieve this aim. Legal system, however, has to lay the ground for the independence to some degree. The conditions which members of an election commission have to fulfil in order to be selected as well as the very method of their selection are interconnected and important factors.

The aim of this work is to analyze the provisions of the Election Law of Bosnia and Herzegovina (ELBH) which sets the conditions for the election of members of the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina (CEC). The main method of the analysis is the positive legal method although we shall examine the topic of this work also using the comparative method. It seems that the literature on the election management bodies is not rich since the problems considering the composition of these bodies arise mainly in the so-called "new democracies", i.e. the states with relatively underdeveloped democratic political culture.[6]

The main hypothesis is that the legal provisions regarding conditions for and the procedure of selection of members of the CEC do not guarantee independence of its members from political elites. Therefore, the legal system has not responded correctly to the problem of independence of the CEC which is one of preconditions for fair and free elections.

[5] Take, for example, the experiences of the British Labour Party (although it has never been a radical left party) with the UK civil service, or the experience of Syriza when it took the power in 2015. In both cases, although these have not been the lone cases, the bureaucratic apparatus of the state played very negative role in the sense that it has done all it could in order to prevent fulfilment of even modest reform promises of respective winning parties.

[6] It is specific situation in the USA, where the Federal Election Commission has been legalized only in 1970s in order to control financing election campaigns. – P. T. David, "The Federal Election Commission: Origins and Early Activities", *National Civic Review* June 1976, 278–283.

Its' six full-time members originally were nominated on a bipartisan basis, two of each by the President pro tem of the Senate, the Speaker of the House of Representatives, and the US President.

2. COMPOSITION OF THE CEC AND SELECTION OF ITS MEMBERS

2.1. Composition and selection of the CEC

The Central Election Commission is composed of seven members – two belonging to three constituent peoples (the Bosniaks, the Serbs, and the Croats), and one belonging to the group of the Others (Art. 2.5 (1) of ELBH). This is quite obvious solution – there are three constituent peoples in Bosnia and Herzegovina, the Others have to be represented as well in order to avoid their discrimination, while these members have to be residents of both entities (federal units), and it is an unwritten rule that the members Serbs are residents of the Republika Srpska while the Croats and the Bosniaks come from the Federation of Bosnia and Herzegovina.

The very nature of the state (federation), the society (segmented society), and the political regime (consociational democracy) dictates such a composition of the CEC although it could have negative impact on the references of the members since it is possible that a less referent candidate who belongs to one constituent people could get a priority over a more referent candidate who belongs to other constituent people in order for formula "2+2+2+1" to be implemented.

The Election Law of Bosnia and Herzegovina does not prescribe anything else regarding the composition of the CEC. Since the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina includes opposition as well, it could be useful, for example, to prescribe that parliamentary minority would have guaranteed seats in the CEC according to its political strength.[7] This solution is known in some election systems.[8] In Serbia, for example, the

[7] This doesn't mean at all that political parties should have the right to nominate their own members in the CEC. Political parties would have the right to nominate a portion of members of the CEC among the renowned experts in the field of elections or legal experts with some experience in the field of elections, according to more detailed legal provision concerning professional references of candidates. These experts could not be members of any political party. Moreover, they could not be party members for some time in the past, for example three or five years before they were nominated for membership in the CEC.

[8] It has to be stressed that an election commission composed of political parties' representatives both from majority and opposition has one important advantage. If the members are selected through a fair mechanism, some authors argue that a commission would remain impartial because there would be a political balance. – O. Joseph, *Independence in Electoral Management*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance IDEA, Stockholm 2021, 21.

However, even if seats in an election management body would be distributed in a fair manner, it would still not exclude the dominance of political parties over its work. Moreover, it would be quite possible that political parties would try to gain as dominant as possible role in the operation of a body.

parliamentary groups propose candidates for the Republican Election Commission in proportion to their parliamentary strength.[9] This provision prevents even parliamentary majority from monopolizing the work of the body which is responsible for legality of the elections. The legality of elections is not only a legal issue but a fundamental political issue too. Therefore, the opposition must get the chance to effectively influence the work of an election body. In Albania, the 1996 law prescribed that both the parliamentary majority and opposition nominated a half of members of the Central Election Commission each.[10]

In Bosnia and Herzegovina, according to ELBH, there is no even slightest guarantee that something like this would be possible. The Law gives the right to parliamentary majority to nominate its candidates which means that the CEC would not be under any meaningful political control since a control by a parliamentary majority is not a control at all. Of course, the ELBH doesn't explicitly give the right to parliamentary majority to nominate its candidates to the CEC. Formally, it seems that the House of Representatives of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina selects experts to the CEC regardless of their party preferences or former party affiliation. This outcome is possible although it is not guaranteed.

In our opinion, the Law should explicitly prescribe that both parliamentary majority and minority would have the right to nominate the same number of seats in the CEC.[11] This solution is necessary since it prevents or at least limits the possibility of parliamentary majority's monopoly over the CEC's functioning.[12]

---

[9] Law on the Elections of Deputies to the National Assembly (*Zakon o izboru narodnih poslanika*), *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 14/22, Art. 18 (1).

[10] A. Kume, "Reflection on Legal Issues and Approach of Political Bodies toward Central Election Commission in Albania", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* 1/2015, 347.

[11] This doesn't mean that political parties would have the right to nominate all the candidates for membership in the CEC. It could be prescribed that one half of seats in the CEC are reserved for political parties while the other half would belong to renowned experts in the judicial branch of state power.

We have to stress again that this solution would not mean that political parties would nominate their own members or sympathizers. In fact, political parties would have to nominate candidates who are not party members and who have not been party members for some time in the past. It could not be effectively controlled whether these candidates are sympathizers of political parties.

[12] In Moldova, the rules from 2005 prescribed that five out of nine members of the election commission were nominated by the parliamentary opposition. – M. Bader, 21.

Although this solution is difficult to be achieved, it is nevertheless quite interesting, and potentially acceptable, since it gives the chance to the opposition to prevent electoral fraud.

This solution has a serious disadvantage too. It still presupposes dominant political influence on the process of selection of members of the CEC. Even if it would be prescribed that candidates have to be politically neutral (at least regarding their previous party membership) it still would not be a guarantee that they would not be selected according to preferences of political elites. On one hand, it is hard to believe that political elites would be ready to entirely abandon the exercise of their influence over the composition and the process of selection of the CEC. On the other hand, the absence of influence of political elites on composition of the CEC would not be natural since political elites are subjects of the election process. Therefore, it is their interest to be represented in the CEC at least through the candidates who they nominated and who have been selected thanks to political elites.

In such circumstances, it seems that the best solution is the one which would bring together the candidates who are independent by their very function (such as judges of the highest courts[13]) and the candidates who are selected by political parties.[14] In Croatia, for instance, out of nine members of the State Election Commission, three are the judges of the Supreme Court of Croatia (president and two vice presidents of the Commission) while two vice presidents and members are selected by the Parliament. Parliamentary majority nominates three members of the Commission as it is the case with parliamentary minority. Therefore, both political "camps" in the Parliament are equally "represented" in the Commission.

Principally, this solution is acceptable except in one important "detail". It seems that the portion of members of the Commission nominated by political parties is too big since they comprise two-thirds majority of the Commission. Maybe this portion could be smaller, somewhere around a half. Another half of the Commission should be composed of judges who, at least formally, have to be politically independent.

[13] In some states, independence of members of an election management body is guaranteed with the provision that its members could be removed in like manner and on the like grounds as a judge of a supreme court. This is the case in India. – S. A. Palekar, "The Role of Election Commission: An Analysis", *Indian Journal of Public Administration* 1/2012, 84.

Principally, this provision could be defended although we don't think that it is an appropriate solution. Namely, members of an election commission could be politically dependent even if they don't have to fear for their seat in a commission. Their political dependence can have difference roots and reasons. The worst solution for a country is to have an election commission composed of politically dependent members whose mandate is not limited to a term.

[14] Some states go even further. They organize electoral tribunals as a sort of judicial election management bodies. – See: H. Catt *et al.*, 112.

In Montenegro, out of 11 members of the State Election Commission, parliamentary majority and opposition nominate four members each. The President of the Commission is nominated by the working body of the Assembly. One member is nominated by a political party with the highest number of votes but which represents a national minority. Therefore, political parties select vast majority of members of the Commission. Such a composition of the Commission does not exclude the possibility of domination of one political party over the Commission although it is explicitly prescribed that parliamentary majority nominates only four members.

The process of selection of members of the CEC depends to some extent on its composition. The provision according to which the CEC is composed of legal and/or election experts implicitly leads to the selection of members of the CEC by the House of Representatives of the Parliamentary Assembly since there is no one else who could select them. The CEC is a political institution *sui generis*, its members don't necessarily have to be politically independent experts, and there is no place for any other institution to participate in the selection process. Therefore, although the ELBH doesn't prescribe it explicitly, the space for political parties' manoeuvres is open.

The House of Representatives has almost unlimited freedom of choice.[15] The lawmaker intended to limit the House's freedom of choice introducing the legal standard which we discuss about in this work. In our opinion, he did not succeed in it if it was his real intention at all. Namely, there is no any check on the political will and decision of the House. Therefore, the deputies can justify their choice using very general arguments which can't be appropriately checked. On the other hand, since the House is not responsible to anyone for its decision on the selection of the CEC, it can decide whatever it finds politically opportune.

There is an opinion that an election management body (election commission, for example) is independent[16] in the case when its members are not selected by the executive. According to quite similar opinion, inde-

[15] The legislature selects members of an election management body in some other countries, such as Canada, Latvia, or Mexico. – H. Catt *et al.*, 117.

In Mexico, two-thirds majority is necessary for the selection of members which gives veto power to parliamentary opposition, preventing the majority from appointing members who are politically close to it or dependent on it.

This solution has its great advantage in that it prevents or at least lingers the majority from controlling an election management body. In Bosnia and Herzegovina, this solution could hardly be imposed. Firstly, there is no constitutional basis for it. Secondly, the very nature of parliamentary majority (grand coalition) makes it highly improbable to ever achieve two-thirds majority for a selection of members of the CEC.

[16] Independence is usually defined in two directions: independence from government and independence from political parties. – M. Trebilcock, P. Chitalkar, 201.

pendent are those election management bodies which are not accountable to executive.[17] According to these opinions, an election management body would be independent even if its members would be selected by the legislative. We disagree. The legislative body is a political institution composed entirely of members of political elites. Even if an election commission would not be dependent from the legislative body in the sense that the latter could not dismiss the members of the former or to give them instructions, it is nevertheless quite clear that the legislative body could never decide on the composition of a commission without political considerations and interests. Therefore, the solution according to which all or even majority of members of a commission would be selected by the parliament could not contribute to independence of its members.

On the other hand, the fact that the executive doesn't select or formally control an election management body doesn't mean that the latter is truly independent since it can easily be put under control of political parties through formal or informal channels.

The Election Law of Bosnia and Herzegovina should include the provision that members of the CEC could not have been political party members in recent past.[18] This would be an additional guarantee of their political independence. Of course, one should not be naive and think that this provision would be an absolute prevention against political partiality of members of the CEC. It is possible that political parties "share" seats in the CEC nominating candidates who are formally independent and competent but close to them.

The House of Representatives should have the competence to elect no more than half a members of the CEC while the rest of them would be judges of the highest courts (The Court of Bosnia and Herzegovina, the Supreme Court of the Republika Srpska, and the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina). The parliamentary majority and the opposition should nominate equal number of members of the CEC elected by the House of Representatives.

This solution has some important advantages. Firstly, it prevents political elites from controlling the entire composition of the CEC. The influence of political elites is much diminished if they can't influence the selec-

[17] C. van Ham, H. Ann Garnett, "Building impartial electoral management? Institutional design, independence and electoral integrity", *International Political Science Review* 3/2019, *https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0192512119834573*

[18] This is not an unknown requirement. Take, for example, Australia, where in four jurisdictions candidates who have been members of political parties in previous five years can't be appointed to a commissioner's position. – N. Kelly, *Directions in Australian Electoral Reform: Professionalism and Partisanship in Electoral management*, ANU Press, Canberra 2012, 39.

tion of one half of the CEC. Secondly, if political elites would have the right to nominate another half of the CEC, while the majority and the opposition would have equal number of members to nominate, they would check each other and prevent any of them to monopolize the process of selection.

On the other side, this solution is not perfect. Firstly, one half of members would still be nominated by political parties. Secondly, there is no guarantee at all that even judges who would be selected to the CEC would really be independent from political parties.

This mixed-system of composition of the election commission and selection of its members, which we propose for Bosnia and Herzegovina, would improve the quality of work of the CEC since it would have to take into account professional, theoretical, and academic considerations rather than purely political interests and considerations.[19] One could at least hope for a balance between political and professional approaches in the exercise of competences of the CEC. On the other hand, there is no guarantee that professionals would be able to cooperate with members nominated by political parties and *vice versa*. The former could be under pressure to act according to interests of political elites while the latter could be uninterested for consideration of arguments and knowledge of experts particularly if they would find out that they could achieve majority for making decisions.

It seems that other sectors of society should have guaranteed seats in an election management body. These sectors are, for example, nongovernmental sector, universities, etc.[20] Many national laws don't explicitly exclude these sectors from membership in election management bodies. However, there is no any guarantee for their inclusion either. It is more probable that political parties would not be in the mood to select candidates who are not under their control. The ELBH does not explicitly either include or exclude the abovementioned candidates from membership in the CEC. One could argue that this solution is good enough since it opens space for all kind of decisions on the composition of the CEC. We disagree since the strength of political parties and the method of selection of the members of the CEC leads to an obvious outcome that political parties would have a decisive word.

There is another reason why an election management body, including the CEC, should not be composed entirely of members nominated and/or selected by political parties (directly or indirectly) even if parliamentary

[19] We agree with those authors who claim that support of all electoral stakeholders, including political parties, contributes to broader acceptance of an election management body. – O. Joseph, 20.

[20] See: M. Trebilcock, P. Chitalkar, 203.

majority and opposition share the seats. There is no guarantee that these members could act independently even if they fulfil strict professional requirements. The very fact that they are selected by political parties considerably influences their behaviour. Therefore, it is highly recommendable that some members of the CEC are totally independent from political parties even in the sense of their selection.

2.2. Eligibility for membership

One of the most important questions is what conditions the candidates have to fulfil in order to be eligible for membership in the CEC. This question is important for achieving the aims of the CEC's independence and competence. Personnel independence is one of forms of independence. It includes following issues: method of selection of members of an election management body; selection based on partisanship or expertise or both; term length; reappointment; possibility of removal; compatibility with other public offices.[21]

Selection based on partisanship or expertise or both is one of segments of the personnel independence which is important for our discussion. The legal standard which has been prescribed in the ELBH contributes to solving the dilemma whether the selection of members of the CEC is based on partisanship, expertise, or both. Namely, according to Article 2.5 (2) of the ELBH, members of the CEC have to be legal experts with experience[22] in the field of conduct of elections and/or election experts. This is the legal standard which has to fulfil two conditions: 1) to set the limits to the parliamentarians when they decide on the composition of the CEC; 2) to give them necessary discretion in order to elect the candidates who they find the most appropriate.

In our opinion, the lawmaker has not defined the conditions for membership in the CEC well. Firstly, the very legal standard has not been defined satisfactorily. Secondly, it has not been wise to define only one condition, i.e. the very legal standard, as a condition for eligibility.

Although legal standards are by their very nature defined in general terms and have to be understood and interpreted according to concrete sit-

[21] C. van Ham, H. Ann Garnett, *op. cit.*

[22] Comparatively speaking, experience is important not only for quality of operation of an election management body but also for independence of its members. – N. Kelly, 32.

Although it is true that a member of an election management body can act independently if he/she has a considerable experience in the field of elections, it would be an overestimation to claim that an experience could decisively contribute to independence of a member of an election management body. Many factors influence his/her independence which don't necessarily have anything in common with his/her experience.

uations and cases, the provision of the ELBH is unacceptable for several reasons. Firstly, the question arises what the meaning of the first part of the legal standard is ("legal expert with experience in the field of conduct of elections"). Who is a legal expert? Is a legal expert everyone who has graduated from a law school or a person has to have some other experiences? It seems that the intention of the lawmaker has been to enable each graduated lawyer to be eligible for membership in the CEC if he/she has an experience in the field of conduct of elections. If the lawmaker had the intention to accept a narrower concept of the notion "legal expert", he would have to define it more precisely. In our opinion, it is not acceptable to understand the first part of the legal standard in a way that every person who graduated from a law school is eligible for membership in the CEC. This legal provision could be understood in this way although we think that one would miss the point if one understands it in that sense. Namely, in order to exercise a function in the CEC, one has to have knowledge and experience which all the lawyers don't posses. Since the CEC is the highest election management body in the country, one should have more knowledge and experience than an ordinary lawyer. The complexity of functions of the CEC leads us to such a conclusion.

Secondly, what is the meaning of the second part of the legal standard ("experience in the field of conduct of elections")? Since the CEC is the highest election body which is responsible for the conduct of all elections in the country, it seems reasonable to prescribe detailed and strict conditions for eligibility. For example, if a candidate has been a member of a municipal election commission, is it a necessary experience in the field of conduct of elections? Moreover, would it be the case if a candidate has been a member of a polling station committee?

In both cases, one would have to admit that a candidate would have an experience in the field of conduct of elections. However, is it acceptable to prescribe that any experience in the field of conduct of elections is appropriate as it is the case in the ELBH? In our opinion, the answer has to be negative. The importance of the CEC, its competences, and possible political consequences of its decisions, are quite convincing reasons for the stricter conditions to be prescribed. For example, a candidate would have to be a member of a city or a municipal election commission or the Election Commission of Brčko District for at least two terms, or a member of the Republican Election Commission of the Republika Srpska for at least one term.

It is quite obvious that the lawmaker could not prescribe the conditions for eligibility in details since it could not be appropriate to define a closed list of conditions. On the other side, the legal standard which has been prescribed in the ELBH has given almost unlimited freedom to the parliamen-

tarians to choose the candidates who they prefer. That is the reason why we find this legal standard as totally inappropriate. Even the least qualified lawyers can become members of the CEC if they are preferred by political elites and if they have any experience in the field of conduct of elections even if they have been, for example, members of polling station committees at least once which is really meaningless.

The second part of the legal standard ("election expert") is even more questionable. It is quite complicated to estimate who an election expert is. Firstly, according to this provision, one could be an election expert without any formal educational qualification since there is no such thing as a school for "election sciences" or "elections". Literally, everyone could be estimated as an election expert. Secondly, even if one ignores formal educational qualifications, the question arises what the criterions are for the conclusion that a candidate is an election expert. Do these criterions have to be found in the scientific work of a candidate for membership in the CEC, in his/her practical work in connection with elections in any imaginable way, or in something else? The answer is that the political elites have an absolute discretion to decide whether a candidate is an election expert if he/she has any connection with the election process or election system, either as a theoretician or a practitioner, whatever these notions mean.

It is true that a member of the CEC does not necessarily have to be a legal expert since the elections and electoral systems are both the issues of legal and political sciences. So, an election expert should be a legal expert or an expert in the field of political sciences. However, it has not been prescribed in this way in the ELBH. On the contrary, the law gives the chance to every person regardless of his/her formal education to become a member of the CEC only if the political elites find him/her an election expert. It is true that formal education is not a guarantee in itself that a person with a degree in law or political sciences would be an election expert. In practice, it is possible that a person with a degree in sociology, for example, becomes more valuable election expert than a lawyer or a political scientist. However, a formal criterion has to be defined in order to prevent too wide discretionary power of the political elites when it comes to eligibility of candidates for the position in the CEC.

It has to be stressed that the political elites are not competent to evaluate if a candidate is an expert in the field of elections. One has to be an expert in the field of elections in order to evaluate knowledge and skills of another election expert. Members of the House of Representatives certainly are not such experts. Their choice can only be a result of political voluntarism which is not acceptable basis for making a decision on the composition of the CEC.

It seems that the lawmaker has intended to give to political parties as wide as possible chance to influence the process of selection of members of the CEC while at the same time he has understood the necessity to impose at least some restrictions on their discretionary power. The legal standard which we discuss about in this work is therefore quite natural choice of the lawmaker – it imposes restrictions in the selection process although very mild ones.[23]

Comparative analysis shows better provisions in the election legislation of some other countries although it seems that legal standards are unavoidable. The Croatian State Election Commission Act has prescribed in Art. 8 that a member of the Commission has to be a lawyer with ten years of work experience as a lawyer, and with knowledge of political and electoral system.[24] These conditions are also relatively wide and general. Work experience is the only concrete requirement which a candidate has to fulfil. The knowledge of political and electoral system is a logical requirement but it is so widely defined that almost everyone can be credited with it.

In Serbia, there is only one requirement for membership in the Republican Election Commission – a candidate has to be a graduated from a law school. Even work experience has not been prescribed which means that even someone with no work experience could become a member of the highest election management body. It is obvious that this provision has to fulfil the expectations and interests of political parties.

In Montenegro, the law prescribes relatively detailed requirements for election of only one member of the State Election Commission – a representative of the civil society, nongovernmental sector, and universities. He/she has to have published scientific articles or professional papers, to be publicly renowned in the field of elections, and to participate in international or national monitoring of elections. First of all, these requirements are relatively wide and general. It has been prescribed that a candidate has to have scientific or professional papers published but the number has not be prescribed. There is a legal standard – "to be renowned in the field of elections", which is, as it is the case with each legal standard, quite general and therefore convenient for as much as necessary discretion in its interpretation.

Secondly, it is very important to stress that these requirements have not been prescribed for the members of the State Election Commission who have to be nominated by political parties. This is an inappropriate so-

[23] Comparative overview of the qualifications for appointment could be found in: H. Catt *et al.*, 118–120.

[24] Law on the State Election Commission (Zakon o Državnom izbornom povjerenstvu), *Official Gazette*, No. 44/06 and 19/07.

lution for several reasons. Firstly, it seems that the lawmaker has thought that members of the Commission who have to be nominated by political parties don't have to qualify in the same manner as a member who is nominated by civil sector or universities. Secondly, this legal provision gives almost total discretionary power to the Parliament and political parties regarding members of the Commission who have to be nominated by them which, in our opinion, is not appropriate solution. Why the nominees of political parties should be favoured over other members of the Commission just because they are nominated by political parties? The answer is, it seems, quite simple. The political parties should get the chance to nominate whoever they prefer which means that they use political rather than professional criterion.

Some countries have defined the requirements in detail. That is the case with the Election Code of Albania from 2008, which defined in its Article 12 whole set of requirements.[25] These requirements include the age of a candidate (over 30 years),[26] education qualification (higher education), professional experience of no fewer than five years, etc. The weakest part of this provision is the fact that the lawmaker has prescribed that work experience in the fields of law, public administration, administration of elections, etc. although he did not prescribe them precisely. For example, a candidate who worked for five years as a legal expert in a bank could be nominated to the Central Election Commission. In other words, for a candidate with a law degree diploma, it is not necessary to have any experience in the field of elections.

The analysis of composition of the CEC in past twenty years shows that the practice has been unbalanced. Although in most cases the members of the CEC have had serious professional qualifications it has not always been the case. It seems that particularly challenging are the cases in which members of the CEC previously were members of the poling station committees or local election commissions. This is an experience which has to be taken into account. However, it seems to us that it is not sufficient for a candidate to be a member of a polling station committee or a local election commission. These experiences are valuable but insufficient since a candidate can't get necessary knowledge on the electoral system and appropriate experience as a member of the lowest election management bodies.

Of course, there is no guarantee that members of the CEC would be independent from political parties even if they are not formally aligned with political parties and if they are experts in the field of elections. The

[25] Election Code of Albania, *https://www.globalwps.org/data/ALB/files/Election-%20Code.pdf*, Article 12.

[26] In other countries, age limit varies between 25 and 45 years. – H. Catt *et al.*, 119.

point is that the possibility for selection of politically dependent candidates is lesser if the conditions are relatively numerous and detailed as much as possible. In our opinion, a candidate should not be a member of a political party for a precisely defined period of time (five years, for example) before the selection to the CEC.

Formally, the CEC is an expert-based election management body.[27] This is so because it has to be composed of legal and/or election experts. There is no any provision which prescribes that political parties share seats in the CEC. At first sight, it seems that the lawmaker's intention has been to promote an election management body which would at the same time be composed of competent and independent persons.[28]

However, there is no even slightest formal (legal) guarantee that this would indeed be the case in practice. The legal standard which we have discussed about in this work has been so widely defined that it opens space for parliamentary majority to select candidates with formal qualifications but with no substantial political independence. Therefore, the model which has been prescribed in Bosnia and Herzegovina can be defined as a quasi-expert-based one.[29] Some authors define this kind of an election commission as a delegative scheme,[30] since political parties don't nominate their own members to a commission but nominate candidates who are formally independent and competent.[31]

One has to admit that there is no guarantee that the idea of independence of the CEC could be fulfilled despite the fact that its members have to be experts. On the one side, requirements for membership have been prescribed through very general legal standard. On the other side, since the members have to be selected by a political institution, one could expect from the latter to exercise its influence over the former whenever it is necessary. Therefore, both things have to be regulated differently.

It seems to us that a combined model of an election management body is best suitable. It means that both experts and political parties' representatives would be members of the CEC, in the case of Bosnia and Herzegovina. Political parties would not have their own formal representatives in the CEC. In other words, political parties would have a role in a selection process but all members of the CEC could not have formal ties with politi-

[27] On this and other models see: H. Catt *et al.*, 109–112.

[28] Some authors define the CEC as an expert-based election management body as well: *Ibid.*, 377.

[29] Some authors would say that it belongs to the type of commissions without political party participation since its members don't have a political party affiliation. – On the issue, see: O. Joseph, 22.

[30] S. Mozaffar, A. Schedler, 16.

[31] N. Kelly, 28.

cal parties. If political parties would be ready to nominate candidates who are high-profile experts and are believed to be totally independent from political parties, the former could nominate the latter. Of course, it seems that political parties would not be ready to do this since they want to have reliable members of the CEC. However, this is also acceptable and to some extent understandable if these members are not majority in the CEC. Since the political parties are fundamentally interested in the outcome of elections, they are interested in control of the electoral process. The "only" thing which has to be achieved is to prevent domination of political parties over the CEC and therefore over the electoral process. The abovementioned qualifications of members of the CEC, including the legal standard which we discuss about here, as well as the method of selection of members of the CEC, have to decisively influence the impartiality of the CEC as well as the legality of the elections.

We can take for example one of the convocations of the CEC (it is not important which one since this is a principal issue). One of members of the CEC in the convocation of the CEC which we analyze here has had very thin experience in the field of elections, except the one as an observer (?) in a local election commission. The same member of the CEC has been a member of a political party which at the time of selection of this member of the CEC has been one of ruling parties. Therefore, this member of the CEC obviously has had some experience in the field of elections since he/she has participated in an election process in one way or another. However, since he/she has been a member of a ruling political party, while his/her experience in the field of elections has been very dubious, this is very example of a situation in which party membership of a candidate decisively influenced the selection process.

It is very similar case with another member of the CEC in the same convocation. This member of the CEC has not had any significant experience or expertise in the field of elections. The only experience in the field of elections of this member of the CEC could be found in his/her activity regarding giving legal advices in cases connected with election disputes. However, parliamentary majority concluded that this kind of activities could be estimated as election expertise and/or (?) expertise in the field of conduct of elections.

3. CONCLUSION

The legal standard "legal and/or election expert" as a requirement for eligibility of members of the CEC can be accepted only as one of requirements, precisely as a general requirement which would be followed by other requirements. The CEC has to have more members than it has now.

It has to have between ten and twelve members. Half of them would be selected by the House of Representatives, while the second half would be composed of judges of the highest courts in the country. Members of the CEC selected by the House of Representatives have to be nominated by both parliamentary majority and opposition in same numbers, and they have to fulfil following requirements: 1) to be legal experts or experts in the field of political sciences; 2) to have relatively precisely defined experience in the field of conduct of elections or to have published scientific books or scientific articles in the field of electoral systems; 3) to have precisely defined work experience; 4) to have minimum age of 35 or 40.

Members who would be selected from the judiciary would have to fulfil following requirements: 1) to be judges of some of the highest courts (as mentioned in this work); 2) to have work experience at least ten years as a judge; 3) to show sufficient knowledge of electoral law and electoral system through the system of testing.

All members of the CEC could not be party members at least five years before their nomination.

As one can conclude, these proposals have to fulfil following aims: 1) the CEC has to become a mixed-member election management body since it would include both the judges and the nominees of political parties; 2) requirements for membership would be defined in more details in order to limit the role of political elites in the process of selection of members; 3) both professional and political criterion would be included in the process of selection giving the chance to different social and political subjects to control the election process; 4) the idea of efficient representation of professionals in the CEC would get more weight and would become more realistic; 5) political parties would not be prevented from selection of their sympathizers to the CEC although the latter would have to fulfil very serious professional requirements and could not be selected if they were party members in the relatively near past.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Bader, Max, "OSCE election assistance and the role of election commissions", *Security and Human Rights* 1/2012;
2. Catt, Helena *et al.*, *Electoral Management Design*, International IDEA, Stockholm 2014;
3. David, Paul T., "The Federal Election Commission: Origins and Early Activities", *National Civic Review* June 1976;
4. Elmendorf, Christopher S., "Election Commissions and Electoral Reform: An Overview", *Election Law Journal* 4/2006;

5. Ham, Carolien van, Garnett, Holly Ann, "Building impartial electoral management? Institutional design, independence and electoral integrity", *International Political Science Review* 3/2019, *https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0192512119834573*;
6. Joseph, Oliver, *Independence in Electoral Management*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance IDEA, Stockholm 2021;
7. Kelly, Norm, *Directions in Australian Electoral Reform: Professionalism and Partisanship in Electoral management*, ANU Press, Canberra 2012;
8. Kume, Andon, "Reflection on Legal Issues and Approach of Political Bodies toward Central Election Commission in Albania", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* 1/2015;
9. Mozaffar, Shaheen, Schedler, Andreas, "The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction", *International Political Science Review* 1/2002;
10. Palekar, S.A., "The Role of Election Commission: An Analysis", *Indian Journal of Public Administration* 1/2012;
11. Trebilcock, Michael, Chitalkar, Poorvi, "From Nominal to Substantive Democracy: The Role and Design of Election Management Bodies", *The Law and Development Review* 1/2009.

Legal documents

1. Election Code of Albania, *https://www.globalwps.org/data/ALB/files/-Election%20Code.pdf*;
2. Election Law of Bosnia and Herzegovina, *https://www.izbori.ba/Documents/documents/ZAKONI/BiH_Election_Law_last_consolidated_version.pdf*
3. Law on the Elections of Deputies to the National Assembly (*Zakon o izboru narodnih poslanika*), *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 14/22;
4. Law on the State Election Commission (Zakon o Državnom izbornom povjerenstvu), *Official Gazette*, No. 44/06, 19/07.

Проф. др Горан Марковић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

О ЗНАЧАЈУ ПРАВНОГ СТАНДАРДА „ПРАВНИ ИЛИ ИЗБОРНИ СТРУЧЊАК" ЗА ИЗБОР ЧЛАНОВА ЦЕНТРАЛНЕ ИЗБОРНЕ КОМИСИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Сажетак

Правни стандард из наслова представља услов за избор чланова Централне изборне комисије Босне и Херцеговине (ЦИК), прописан Изборним законом Босне и Херцеговине. То је једини услов који закон прописује. Пошто избор чланова ЦИК врши Представнички дом Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, политичке елите имају скоро неограничену слободу при избору чланова ЦИК. То ствара могућност да политичке странке остваре монопол при избору чланова ЦИК и да разлоге политичке цјелисходности ставе у први план приликом избора.

Правни стандард је тако дефинисан да омогућава врло различита тумачења. Прецизно одређење овог услова гласи да члан ЦИК може да буде правни стручњак са искуством у провођењу избора и/или изборни стручњак. Прије свега, није јасно шта значи да је кандидат правни стручњак. Да ли је довољно да кандидат има завршен правни факултет или треба да испуни и неки квалификован услов, на примјер да има одређено искуство у струци? Изборни закон не даје одговор на ово питање. Пошто се законодавац ограничио само на овако одређен правни стандард, очигледно је да није желио да прописује квалификоване услове и да је хтио омогућити да се појам „правни стручњак" тумачи и примјењује у сваком конкретном случају. То значи да је довољно да је кандидат дипломирани правник.

Овакав приступ законодавца сматрамо погрешним. Појам „правни стручњак" требало би да буде схваћен и дефинисан строже. Не може се сматрати правним стручњаком, у смислу испуњености услова за чланство у ЦИК, сваки дипломирани правник, имајући у виду надлежности и значај овог органа. Стога, сматрамо да би услове за чланство у ЦИК требало строже и ближе дефинисати, тако да се под правним стручњаком мисли на дипломираног правника који испуњава и неке квалификоване услове, као што је, на примјер, одређено искуство у обављању послова правне струке. Не би се могло радити о било ком искуству и било којим пословима правне струке, већ првенствено, а можда и искључиво, у области правосуђа,

схваћеног у ширем смислу. То укључује и да кандидат има положен правосудни испит. Искуство, које би износило десет или око десет година, рачунало би се након положеног правосудног испита.

Проблем је и у сљедећем дијелу правног стандарда, који каже да члан ЦИК може да буде правни стручњак са искуством у провођењу избора. Овај дио услова је нешто јаснији, али и даље није прецизан и омогућава различита тумачења и примјену, јер није јасно какво и колико искуство у спровођењу избора треба да буде. Опет полазимо од тога да је ЦИК надлежан за обављање најважнијих и најсложенијих радњи у вези са провођењем избора на свим нивоима власти, због чега његови чланови треба да имају посебна стручна знања и искуства. Искуство у провођењу избора има и појединац који је био члан општинске изборне комисије, па чак и онај који је био члан бирачког одбора. Очигледно је, ипак, да се то искуство не може поредити са искуством кандидата који су у више мандата били чланови општинских или градских изборних комисија, или су били чланови Републичке изборне комисије Републике Српске.

Овоме се може приговорити да ће Представнички дом дати предност кандидатима који имају богатије искуство у провођењу избора, због чега нема потребе да то искуство буде детаљније одређено. То је могућ, али није сигуран, исход. Треба предвидјети такве услове за избор чланова ЦИК који би у највећој мјери умањили дискреционо овлашћење политичких елита да бирају подобне чланове ове комисије. Стога, искуство треба да буде релативно прецизно одређено. Сигурно је да члан бирачког одбора нема потребно искуство за чланство у ЦИК, као што га нема неко ко је само у једном мандату био члан општинске или градске изборне комисије или Изборне комисије Дистрикта. Сложеност послова које ове комисије обављају наводи нас на тај закључак. По нашем мишљењу, кандидат за члана ЦИК може бити неко ко је најмање у два мандата био члан општинске, градске изборне комисије или Изборне комисије Дистрикта, или ко је у једном мандату био члан Републичке изборне комисије Републике Српске.

Проблематичан је и други дио правног стандарда („изборни стручњак"). Нико не може прецизно одредити значење овог дијела правног стандарда. Да ли, на примјер, изборни стручњак може бити неко ко нема формалне образовне квалификације у вези са изборима? Које би то квалификације уопште биле? Факултет за изборе не постоји. Изборни стручњак био би неко ко се бавио изборима, изборним правом и изборним системима у теорији или пракси. „Бављење" изборима односно изборним системима не мора да има икакве везе са учешћем у провођењу избора. Законодавац је

очигледно желио да омогући чланство у ЦИК и појединцима који немају ту врсту искуства, али су зналци у области избора. Ако је појединац, на примјер, професор изборног права или изборних система, и/или ако има објављене науче радове у овој области, може се сматрати изборним стручњаком. Није му неопходно искуство у провођењу избора, јер његово научно знање може да буде далеко дубље и квалитетније од знања које појединац може да стекне учешћем у провођењу избора.

Требало би да се подразумијева да буду изабрани кандидати који имају боље референце. Пошто та логична претпоставка не мора да буде остварена, због политичких интереса оних који врше избор, треба детаљније прописати услове за избор, предвиђајући својеврсни поступак бодовања, како би били изабрани заиста најбољи кандидати. Осим тога, сматрамо да под изборним стручњаком треба сматрати само кандидата са завршеним правним факултетом или факултетом политичких наука. Истина је да социолог, на примјер, може бити бољи стручњак за изборе од правника, ако се први бави изборима а други то не чини. Међутим, ако би такав случај постојао, био би изузетак. Бављење изборима најчешће претпоставља одређена знања која се углавном стичу кроз систем формалног образовања, а касније се развијају. Стога, чини се оправданим да овај услов такође буде прописан.

Формално, по начину избора својих чланова и по њиховом односу са политичким институцијама, ЦИК припада категорији независних органа за спровођење избора. Његови чланови, барем формално, нису страначки представници и они никоме не одговарају за свој рад. Ниједна политичка институција не може их контролисати. Они нису формални представници политичких странака. Ипак, како због начина избора, састава и услова за избор чланова, склони смо мишљењу да ЦИК није или да не мора бити независни орган. Нема никаквих гаранција, осим добре воље политичке елите, у коју се баш и не може вјеровати, да ће у ЦИК бити биране независне личности. Нема гаранција ни да ће њихова стручност бити неупитна. Кад би услови за избор били детаљније одређени, Представнички дом би имао мање могућности за слободно одлучивање о кандидатима. Стога, нисмо склони да без икаквих ограничења заузмемо став како ЦИК припада категорији независних органа за спровођење избора. Полазећи од једног формалног критеријума, а то је чињеница да чланови ЦИК нису формални представници политичких странака, изводи се закључак да је у питању независни орган. Сматрамо да овај критеријум, иако нужан, није довољан да би био изведен овакав закључак о природи ЦИК. Да би извјесност независности ЦИК била

већа, треба мијењати састав ЦИК, начин његовог избора, али и услове за избор чланова ЦИК. У том смислу, напуштање правног стандарда о коме је ријеч у овом раду, или темељно редефинисање његовог мјеста у систему услова за избор, нужно је.

Осим тога, чињеница да Представнички дом бира чланове ЦИК утиче на то да стручна мјерила буду занемарена или да буду условљена испуњавањем и политичких мјерила. Стога, сматрамо да би било боље да ЦИК има мјешовит састав, тј. да се у њему нађу стручњаци који су, према функцији коју обављају, барем формално политички независни, као што су то судије, док би другу половину чланства ЦИК чинили чланови који не би вршили правосудне функције. Иако нема гаранција да ће носиоци правосудних функција бити политички независни, ипак су већи изгледи да дјелују независно него што је то случај са члановима ЦИК који, по функцијама које врше, не морају да буду независни. Осим тога, формална стручност судија доказана је јер лице може бити именовано на ту функцију само ако испуни законом прописане услове за њено обављање. Истина је да испуњеност тих услова није доказ да ће лице бити добар судија, а још мање да ће успјешно обављати функцију члана ЦИК.

Кључне ријечи: *Органи за спровођење избора; Централна изборна комисија Босне и Херцеговине; Изборни закон; Правни стандард; Правни и изборни стручњак.*

УДК/UDC 342.8(497.11)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Марко Станковић

Правни факултет Универзитета у Београду

НОВИ ЗАКОН О ЛОКАЛНИМ ИЗБОРИМА И ЊЕГОВ УТИЦАЈ НА ЛОКАЛНУ ДЕМОКРАТИЈУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Рад анализира последице доношења новог Закона о локалним изборима у Републици Србији. Након кратке анализе значаја локалних избора за демократски политички систем, следи приказ ранијих законских решења почев од 1990. године до данас. Централни део рада представља анализа новина предвиђених новим Законом о локалним изборима, након чега следи аргументација о нужности суштинске промене изборног система за локалне изборе. У закључним разматрањима, између осталог, предложена су и одређена побољшања важећег законског оквира за локалне изборе.

Кључне речи: Локална демократија; Локални избори; Гласање; Општина; Закон о локалним изборима.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Устав Србије из 2006. наставио је да развија традицију либералнодемократске уставности на темељима који су постављени Уставом из 1990.[1] Један од кључних принципа важећег Устава Србије представља начело народне суверености, према којем сувереност потиче од грађана који је врше референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника. Народна сувереност, дакле, подразумева полунепосредну демократију, како је Устав исправно прописао.[2] Ово начело је парафразирано и у одговарајућим уставним одредбама о територијалној организацији Републике, када је прописано да „грађани имају право на покрајинску аутономију и локалну самоуправу, које остварују непосредно или преко својих слободно

Марко Станковић, *prof.marko.stankovic@gmail.com.*

[1] Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2014, 148.

[2] Упор. С. Орловић, *Уставно право*, Нови Сад 2018, 56–57.

изабраних представника“ (члан 176. став 1. Устава). Закон регулише материју локалне самоуправе разрађује уставне одредбе, па дефинише да је локална самоуправа „право грађана да непосредно и преко слободно изабраних представника управљају јавним пословима од непосредног, заједничког и општег интереса за локално становништво, као и право и обавеза органа локалне самоуправе да, у складу са законом, планирају, уређују и управљају јавним пословима који су у њиховој надлежности и од интереса за локално становништво“.[3]

Доношење новог Закона о локалним изборима[4] учињен је покушај да се побољша правни оквир за избор локалних представника, будући да су ранија решења у пракси показала низ мањкавости. У наставку ће бити анализирана новоусвојена решења, која су већ примењена у пракси на локалним изборима одржаним 3. априла 2022. године у граду Београду, граду Бору и још неколико општина. Но, пре приступања наведеној анализи, неопходно је укратко изложити улогу и значај избора представника у локалним заједницама.

2. ЛОКАЛНИ ИЗБОРИ КАО СУШТИНСКИ ЕЛЕМЕНТ ЛОКАЛНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ

У најкраћем, локална самоуправа може се описати као самостално обављање локалних послова у оквиру локалне заједнице. Локална заједница, организована као јединица локалне самоуправе, може одлучивати о обављању својих самоуправних надлежности на два начина. Први начин је непосредно одлучивање грађана јединице локалне самоуправе о питањима од локалног значаја. То је вероватно и једини вид потпуно непосредне демократије који је могућ у савременом свету, а применљив је превасходно у земљама које су се определиле за концепт тзв. малих општина. У данашњим масовним друштвима, локална самоуправа се најмање удаљила од непосредне демократије, која је изворни облик демократије. Други начин за обављање изворних послова локалне самоуправе је доношење одлука у оквиру локалног представништва, које је локално становништво изабрало на слободним и непосредним изборима, тајним гласањем. Семјуел Хјумс (*Samuel Humes*) писао је да је „основни предуслов за репрезентативну власт да јавност има прилику да бира представнике (једина алтернатива је да они сами себе представљају као у народној скупштини) који

[3] Закон о локалној самоуправи – ЗЛС, *Службени гласник РС*, бр. 129/2007, 83/2014 - др. закон, 101/2016 - др. закон, 47/2018 и 111/2021 - др. закон, чл. 2.

[4] Закон о локалним изборима – ЗЛИ, *Службени гласник РС*, бр. 14/2022.

играју одговорну улогу у процесу вршења власти“.[5] А према речима Елкока (*Howard Elcock*), „врховни доносиоци одлука у било којој локалној власти су њени изабрани чланови“.[6] Други модел је примењен у великој већини данашњих држава, при чему су неке од њих институционализовале полунепосредну демократију на локалном нивоу, па уз локално представништво познају и непосредно изјашњавање грађана о питањима од важности за локалну заједницу путем референдума, народне иницијативе и осталих института полунепосредне демократије.

Основу представничке демократије чине непосредни избори за локално представништво. Правила избора се обично утврђују посебним законом, а избори би требало да се обављају по уобичајеним демократским стандардима, који укључују опште и једнако бирачко право и тајно гласање. Увек је актуелна дилема да ли на локалним изборима треба применити правила већинског система или система сразмерног представништва (пропорционалног система). Већински систем омогућава да до изражаја у већој мери дође личност кандидата за локалне представнике и да поверење грађана локалне заједнице добију тзв. независни кандидати, који су често нестраначке личности. С друге стране, пропорционални систем је правичнији, јер се сваки глас подједнако вреднује, па локално представништво представља прави одраз политичке воље грађана локалне заједнице. Дебата о томе који је систем бољи у науци уставног права траје деценијама и не назире се њено скоро окончање, јер су слабости једног система уједно и предности другог, и обратно. Ипак, како наводе Димитријевић и Вучетић, „постоје схватања да пропорционални систем није својствен изборима за локалне органе власти“.[7]

Практични проблем избора за локално представништво представља то што су грађани по правилу много мање заинтересовани за њих него за изборе за државни парламент или за избор шефа државе у републици. Ову чињеницу најчешће истичу они који теже маргинализовању локалне самоуправе. Решење проблема апстиненције бирача на изборима за локално представништво неки аутори (нпр. Радивоје Маринковић) виде у тзв. нестраначким изборима, мада се тај проблем може решити и на много једноставнији начин – истовременим организовањем локалних и парламентарних избора. На тај начин се бира-

[5] S. Humes, *The Structure of Local Governments throughout the World*, The Hague 1959, 51.

[6] H. Elcock, *Local government – Policy and management in local authorities*, Third edition, London–New York 1994, 36.

[7] П. Димитријевић, Д. Вучетић, *Систем локалне самоуправе*, Београд 2011, 245.

чи боље мотивишу да учествују у гласању и за једно и за друго представништво.

Дакле, иако је локална самоуправа данас готово једина територијална јединица у којој је могућа примена непосредне, елементарне[8] демократије, у савременим државама је уобичајено да се и у тој, основној територијалној јединици успостави неки од модела представничке демократије. У прилог примени представничке демократије на локалном нивоу говоре, пре свега, аргументи који се тичу ефикасности обављања послова локалне самоуправе и њихове комплексности.

Прву и најзначајнију одредницу локалне демократије, као што је речено, представљају избори за локално представништво, тј. локални избори. Они се по правилу уређују посебним законима, а увек су непосредни. *Расподела мандата на локалним изборима* може се вршити по правилима већинског, пропорционалног или мешовитог, већинско-пропорционалног система. Примена сваког од тих система има своје предности и недостатке, при чему су предности већинског система уједно и слабости пропорционалног, а врлине пропорционалног су уједно и мане већинског.[9] Питање је да ли начело народне суверености боље и доследније изражава већински или пропорционални систем. С једне стране, већински систем омогућава да до изражаја дођу личност и способност кандидата за одборника и чињеница да потиче из локалне средине, а не програм политичке странке, који увек има у виду превасходно опште, а не локалне потребе и интересе. С друге стране, пропорционални систем (систем сразмерног представништва) правичнији је од већинског и боље изражава политички рељеф и политичке алтернативе које постоје у јединици локалне самоуправе, што се касније верно одражава у саставу локалног представништва.[10]

Оно што би требало да разликује изборе за локално представништво од избора за централни парламент јесте чињеница да се локални избори обављају у оквиру најуже, локалне заједнице (у којој се, како се обично каже, „сви међусобно познају“), па би кључни циљ тих избора требало да буде регрутовање најугледнијих и најспособнијих припадника заједнице за локалне представнике, а не избор кандидата које су предложиле политичке странке.

Изборни систем би требало да буде такав да омогући избор и тзв. независних кандидата, који нису припадници политичких странака, а

[8] Ј. Ђорђевић, *Основни типови локалне самоуправе*, Београд 1957, 15.

[9] О предностима и недостацима два система расподеле мандата погледати: Р. Марковић, 239–244.

[10] Упоредити: М. Влатковић, *Право локалне самоуправе*, Бања Лука 2008, 273.

уживају поверење становника локалне заједнице, јер се такви кандидати по правилу најенергичније и најдоследније боре за решавање проблема локалне заједнице. Због тога су неки аутори предлагали и врло радикална решења, попут избора „на непартијској основи“, које је заговарао Радивоје Маринковић, инспирисан делима Роберта Дала (*Robert Dahl*).[11] Такво решење се можда теоријски може бранити, али је данас у пракси готово незамисливо. Реалност показује да је локална самоуправа у великој мери „политизована“, па је још пре три деценије Јовичић запазио да „политичке партије имају у локалним јединицама, посебно градовима, своје *caucus*-е, основне огранке у основи бирократизованог партијског апарата, чији је задатак окупљање и мобилисање чланства не само за изборе за Парламент, него у последње време све више и у локалним активностима, на нивоу локалне самоуправе […]“.[12] Учешће политичких странака на локалним изборима је свакако корисно и нужно, али би изборни систем требало да буде такав да не искључује и учешће независних кандидата, јер „на локалном нивоу бирачи не разматрају само страначку припадност већ и личност кандидата“.[13]

3. МАЊКАВОСТИ РАНИЈИХ ЗАКОНА О ИЗБОРУ ЛОКАЛНИХ ПРЕДСТАВНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ОД 1990. ГОДИНЕ ДО ДАНАС

Законодавство које уређује изборе за одборнике у Републици Србији, од 1990. до данас, предвиђало је различита решења у погледу избора и расподеле мандата. Притом, „сви закони о локалној самоуправи садржавали су одредбе које су уређивале материјално изборно право, као скуп права и дужности учесника у изборном процесу и одређивали њихову улогу у избору; процесно изборно право, као скуп процесних правила која уређују поступак избора и његов ток, потребне радње итд., а, у основи, уређивали су и начелна правила изборне геометрије као скупа начела и критеријума по којима се образују изборне јединице и одређивали начин утврђивања резултата гласања (изборна математика) и предвиђали правну заштиту бирачког права“.[14] Кад је реч о начину спровођења избора и расподели мандата, законодавство од 1991. је предвиђало већински двокружни систем (систем апсолутне већине), законодавство од 1999. већински једно-

[11] Р. Маринковић, *Локална самоуправа – старе и нове недоумице*, Београд 1998, 67.

[12] М. Јовичић, *Велики уставни системи – елементи за једно упоредно уставно право*, Београд 1984, 56.

[13] П. Димитријевић, Д. Вучетић, 245.

[14] М. Влатковић, 275.

кружни систем (систем релативне већине), а законодавство од 2002. и 2007. године систем сразмерног представништва (пропорционални систем, систем изборних листа). Генерално посматрано, може се рећи да су основне предности система већине биле у томе што је стављао у први план личност кандидата и водио ка стабилнијој локалној егзекутиви, док је систем сразмерног представништва евидентно правичнији у расподели мандата и пружа праву слику односа политичких снага у друштву.

Пре него што је донет важећи Закон о локалним изборима из 2022. године, избори за одборнике у скупштинама јединица локалне самоуправе спровођени су у складу са Законом о локалним изборима из 2007. године, при чему су сходно примењивана и правила Закона о избору народних посланика. Локални избори су спровођени у складу с правилима пропорционалног система, а законодавац се определио за Д'Онтову технику расподеле мандата. Притом, важно је истаћи да је Уставни суд Републике Србије одиграо значајну улогу у побољшању ранијих законских решења, јер је 2010. године прогласио неуставним одредбе које су давале политичким странкама превелик утицај на одборнике у скупштинама јединица локалне самоуправе.[15] Тај утицај био је последица постојања тзв. невезаних листа на изборима за одборнике и постојања могућности за давање тзв. бланко оставки. Оба института су била у супротности са једним од основних начела Устава Србије о политичким странкама (члан 5. став 4), према којем „политичке странке не могу непосредно вршити власт, нити је потчинити себи“.

С једне стране, према ранијем законском решењу (некадашњи члан 43. Закона о локалним изборима из 2007. године) подносилац изборне листе је додељивао мандате одборницима са своје листе независно од њиховог редоследа на листи, односно по сопственом нахођењу. То је ограничавало транспарентност изборног система и давало политичким странкама непропорционално јаку позицију у односу на кандидата. Другим речима, политичке странке и коалиције су у пракси имале потпуну контролу над одборницима у локалним скупштинама. Ова законска одредба је проглашена неуставном јер је била противна уставној норми која предвиђа непосредан избор одборника (члан 180. став 3. Устава), пошто су њоме, уместо непосредних, уведени посредни избори за одборнике, где су политичке странке имале улогу посредника између бирача и њихових представника. Према речима Ратка Марковића, „уместо да одборнички мандат добију по утврђивању резултата избора у складу са редоследом на

[15] Одлука је објављена у *Службеном гласнику РС*, бр. 34/10.

изборној листи, кандидати то својство добијају тек пошто подносилац листе обави свој ’избор’“.[16] Тако су политичке странке имале могућност да манипулишу бирачким телом, јер су биле у прилици да на „ударна“ места на листи истакну угледне кандидате, а да их приликом додељивања мандата заобиђу и да за одборнике поставе страначке послушнике – кандидате који ће бити пуки извршиоци директива које им издаје страначко руководство. Овакви поступци представљали су грубу обману бирачког тела и били су противни начелу народне суверености.

С друге стране, истом одлуком Уставног суда укинута је и могућност подношења тзв. бланко оставке. Бланко оставке су кандидати за одборнике депоновали у уговорима закљученим са подносиоцима изборних листа, чиме је начелно слободни мандат одборника постајао императивни страначки мандат. Оставка је могла да буде активирана у сваком моменту, тј. чим страначко руководство буде незадовољно говором, израженим мишљењем и начином гласања одборника у скупштини јединице локалне самоуправе. Такво решење, које је омогућавало да одборник стави на располагање мандат својој политичкој странци, било је инспирисано уставном одредбом (члан 102. став 2. Устава) која предвиђа такву могућност за посланике у Народној скупштини и пружа законодавцу правни основ да уведе тзв. политички императивни мандат (важећи Закон о избору народних посланика, пре свега због притисака међународне заједнице и ставова Венецијанске комисије, није искористио ту уставну могућност).[17] Уставни суд је у својој одлуци закључио да бланко оставка није израз стварне воље одборника, као и да та воља није слободно изражена.

Без обзира на то што су захваљујући активности Уставног суда законска решења о локалним изборима према Закону о локалним изборима из 2007. године донекле поправљена, она су и тада била далеко од ваљаних. Због тога је законодавац почетком 2022. године усвојио потпуно нов Закон о локалним изборима.

[16] Р. Марковић, 422.

[17] Уставом је на неуобичајен, „заобилазан“ начин промењена природа посланичког мандата, јер је он, иако правно слободан, учињен политички императивним. Такво уставно решење су од почетка жестоко критиковали и стручна јавност и респектабилне међународне организације, али то није спречило законодавца да покуша да даље разради спорну уставну норму. Након великих притисака представника међународне заједнице, 2011. године су ипак усвојене измене и допуне спорних законских одредаба које регулишу изборну материју.

4. НОВИНЕ ПРЕДВИЂЕНЕ НОВИМ ЗАКОНОМ О ЛОКАЛНИМ ИЗБОРИМА

Закон о локалним изборима из 2022. године састоји се, симболично, од сто чланова. Нови Закон, нажалост, није извршио суштинске промене у односу на претходни, већ је задржао све његова темељна начела – пропорционални систем, изборни цензус од 3% и слично, а посебна пажња је посвећена спровођењу избора. То значи да доношење таквог новог закона и није било неопходно, већ су нова правила о изборној процедури могла бити уграђена и у стари законски текст.

И сам подносилац предлога Закона о локалним изборима је у образложењу свог предлога изнео наведену суштину новоусвојених решења: „Иако се задржавају досадашња законска решења која се могу сматрати основним постулатима изборног процеса (јединица локалне самоуправе као једна изборна јединица, гласање за изборну листу, са које кандидати добијају мандате према редоследу на листи, примена система највећег количника приликом расподеле мандата, изборни цензус од 3% и др.), може се оправдано рећи да закон доноси значајне новине у погледу организације и рада органа за спровођење избора, посебно у погледу транспарентности њиховог рада и ширег круга субјеката из политичког живота који учествују у њиховом раду, па и имају додатна овлашћења у погледу контроле правилности спровођења изборног поступка. Такође, ту су и посебна правила која унапређују положај припадника националних мањина као учесника у изборном поступку. Посебно је важно напоменути решења која доносе прецизна правила о саставу органа за спровођење избора у случају истовремених републичких избора, за народне посланике односно председника Републике, са једне стране и локалних избора са друге стране, чији је циљ виши степен транспарентности рада тих органа и учешће у раду представника ширег круга субјеката који су учесници избора.” Из наведеног је јасно да су промене у односу на раније законодавство само „козметичке”, док је суштина локалних избора остала иста. Упркос томе што се законске новине углавном односе на изборну процедуру, неколико одредаба заврећује да буду споменуте.

Пре свега, за одлучивање по жалбама које, у складу са одредбама Закона, подносе овлашћени подносиоци, са Управног суда пренесу на више судове опште надлежности. На тај начин, кроз диверзификацију одлучивања преношењем надлежности са једног, Управног суда са три подручна одељења, на 25 виших судова, заштита изборног права је учињена битно ефикаснијом, нарочито када се локални избори истовремено спроводе у великом броју јединица локалне самоуправе (члан 86. ЗЛИ).

Спомена је вредно и решење из члана 3. Закона о локалним изборима, којим је додатно прецизирана *дефиниција активног и пасивног изборног права*. Према новом решењу, изборно право има и пунолетна особа која је делимично пословно способна ако суд у решењу о делимичном лишењу пословне способности није изричито утврдио да је неспособна да врши изборно право. На тај начин, делимично лишење пословне способности, само по себи, не доводи до губитка изборног права. Таквим решењем уклањају се сва ограничења изборног права по основу интелектуалних тешкоћа и психосоцијалног инвалидитета и српско законодавство се усклађује са циљевима Конвенције УН о правима особама са инвалидитетом. Према ранијем законском решењу, за изборно право се захтевала потпуна пословна способност.

Основним одредбама Закона о локалним изборима утврђује се и да је бирач слободан да одлучи хоће ли гласати и како ће гласати (члан 4, став 1), да бирач има само један глас (члан 5, став 1), као и да гласа за изборну листу кандидата за одборнике (члан 5, став 2). Такође, утврђено је и да се одборници бирају у јединици локалне самоуправе као једној изборној јединици (члан 5, став 3). Одборнички мандати расподељују се изборним листама сразмерно броју добијених гласова, применом система највећег количника (члан 5, став 4). Основне одредбе садрже и начелна одређења у односу на обавештавање о изборима (члан 6), средствима за спровођење избора (члан 7) и о сходној примени других закона (члан 8), што се односи на сходну примену закона којим се уређују избор народних посланика, општи управни поступак и управни спор.

Велику пажњу законодавац је посветио *органима за спровођење избора* (чланови 9–33. ЗЛИ). Закон је предвидео да локалне изборе спроводе изборна комисија и бирачки одбори (члан 9). Органи за спровођење избора раде у сталном и проширеном саставу (члан 12. став 1), а подносилац проглашене изборне листе има право да предложи члана и заменика члана органа за спровођење избора у проширеном саставу (члан 12. став 2). Законом су детаљно утврђене надлежности изборне комисије (члан 25). Новине у организационом смислу које уважавају обим послова као критеријум јесу начин одређивања сталног састава изборних комисија, а број чланова комисија зависи од броја становника јединице локалне самоуправе у којој се избори спроводе (члан 18). Чланови и заменици чланова изборне комисије у сталном саставу именују се на предлог одборничких група сразмерно њиховој заступљености у укупном броју одборника који припадају одборничким групама (члан 20). Новину представља и одредба о томе у којим случајевима се право предлагања чланова и заменика чланова

локалне изборне комисије (као и бирачких одбора) у сталном саставу може признати и самосталном одборнику или групи одборника који нису чланови ниједне одборничке групе, а све у циљу постизања што боље представљености свих политичких опција заступљених у локалној скупштини. Нова законска решења подразумевају да у расподелу места која припадају овлашћеним предлагачима у изборној комисији улазе не само места чланова, већ и заменика чланова изборне комисије, услед чега би сразмерна расподела места могла да доведе до ситуације да најмањем овлашћеном предлагачу припадне само место заменика члана у изборној комисији. Овакво решење, даље, подразумева да комплетирање састава изборне комисије подразумева и политичке консултације и договоре, уз поштовање законом утврђених правила за састављање изборне комисије у сталном саставу. Новину представљају и прецизна правила о мерилима за именовање лица у стални састав бирачких одбора. Број председника, заменика председника, чланова и заменика чланова свих бирачких одбора у сталном саставу који припада одборничкој групи мора да буде сразмеран њеној заступљености у скупштини на дан када је одлука о расписивању локалних избора ступила на снагу. Одборничка група која на дан када је одлука о расписивању локалних избора ступила на снагу има више од половине од укупног броја одборника предлаже у једној половини бирачких одбора председника и два заменика члана, а у другој половини бирачких одбора предлаже заменика председника, једног члана и заменика другог члана, док се преостала места у бирачким одборима расподељују осталим одборничким групама сразмерно њиховој заступљености у скупштини на дан када је одлука о расписивању локалних избора ступила на снагу. Ниједна одборничка група не може на једном бирачком месту да предложи и председника и заменика председника бирачког одбора. На основу законом прописаних мерила, изборна комисија благовремено прописује и објављује на веб-презентацији распоред места по којем одборничке групе предлажу чланове и заменике чланова бирачких одбора у сталном саставу (члан 29).

Када је реч о *току изборног поступка* (чланови 34–44. ЗЛИ), новина је да се одлука о расписивању локалних избора доноси најраније 120 дана, а најкасније 45 дана пре истека мандата одборника којима истиче мандат. Од дана расписивања локалних избора до дана гласања не може проћи мање од 45 ни више од 60 дана (члан 35). Новим Законом значајно је прецизиран и начин вршења већег броја изборних радњи и поступања, укључујући и прецизирање документације која је потребна ради утврђивања одређеног статуса. Задржано је постојеће решење да на изборној листи мора да буде најмање 40%

кандидата мање заступљеног пола на изборној листи, при чему се прецизније дефинише начин распоређивања кандидата на изборној листи према половима, тако што се јасно прописује да се међу сваких пет кандидата морају наћи три кандидата једног и два кандидата другог пола, чиме се спречава могуће изигравање смисла постојеће законске одредбе (члан 41). Имајући у виду да јединице локалне самоуправе образоване Законом о територијалној организацији Републике Србије имају значајно различити број становника, па самим тим и бирача (од 10.000 до 100.000 становника, а неки градови и више стотина хиљада, при чему посебно треба узети у обзир и град Београд), предвиђено је да се број потребних потписа за подршку изборној листи везује за број бирача у јединици локалне самоуправе (члан 43).

У делу Закона о локалним изборима који уређује *гласање и утврђивање резултата избора* (чланови 45–60) утврђују се садржина гласачког листића (члан 45) и број примерака записника о раду бирачког одбора (члан 46), а уређују се питања у вези са примопредајом изборног материјала након затварања бирачког места (члан 47), немогућношћу да се утврде резултати гласања на бирачком месту (члан 55), поништавањем гласања на бирачком месту по службеној дужности (члан 56), приговором на гласање на бирачком месту (члан 57) и понављањем гласања (члан 58). Неки контролни механизми, укључујући и поступак контроле записника о раду бирачког одбора, преузети су из новог Закона о избору народних посланика, а посебан вид контроле, исто као и у Закону о избору народних посланика, „резервисан” је за опозиционе изборне листе.

Када је реч о *расподели, додељивању и престанку мандата одборника* (чл. 61–74. Закона о локалним изборима), задржавају се постојећа решења о изборном цензусу од 3% (члан 61), примени система највећег количника (члан 62) и начину доделе одборничких мандата према редоследу кандидата на изборној листи (члан 63). Те одредбе, нажалост, показују да нови Закон о локалним изборима није унео суштинске промене у локални изборни систем, о чему ће више речи бити у следећем одељку. Новину у овом делу представља правило о сазивању конститутивне седнице скупштине, коју сазива председник скупштине из претходног сазива, у року од десет дана од дана објављивања решења о додели одборничких мандата на веб-презентацији, тако да се та седница одржи најкасније 30 дана од дана објављивања решења о додели мандата (члан 65). На тај начин се напушта постојеће решење према којем се рок за сазивање конститутивне седнице рачуна од објављивања резултата избора. Кад је реч о подношењу оставке, задржавају се постојећа законска решења, с тим што се про-

писује да ће оставка бити пуноважна само ако је потпис одборника оверен након што му је потврђен мандат, при чему се оставка више неће моћи опозвати (члан 68. ЗЛИ).

Нови Закон о локалним изборима садржи и *посебна правила за изборне листе националних мањина* (чл. 75–78), која су такође преузета из Закона о избору народних посланика, а пре свега да би се спречиле злоупотребе приликом предлагања изборних листа националних мањина. Изборна комисија решењем одбија предлог да се одређеној изборној листи утврди да има положај изборне листе националне мањине ако је носилац листе или кандидат за одборника на изборној листи лице за које је општепознато да је члан друге политичке странке која није политичка странка националне мањине или ако се утврде друге околности које несумњиво указују на намеру да се изигра закон (члан 76). Смањен је број потписа потребних за проглашење изборне листе националне мањине, па изборна комисија може прогласити изборну листу националне мањине ако подносилац изборне листе достави број потписаних и оверених изјава бирача да подржавају изборну листу који је двоструко мањи од броја који се тражи по општим правилима Закона (члан 77). Изборна листа националне мањине учествује у расподели мандата и онда када добије мање од 3% гласова од укупног броја бирача који су гласали. Када се расподељују мандати применом система највећег количника, количници изборних листа националних мањина које су освојиле мање од 3% гласова увећавају се за 35% (члан 78).

Посебни одељак Закона посвећен је *заштити изборног права* (чланови 79–88), где су највеће новине продужетак рока за подношење приговора (члан. 82. ЗЛИ) и надлежност виших судова за одлучивање о жалбама (члан 85. ЗЛИ). Коначно, Закон је уредио и ситуацију када се *локални избори одржавају истовремено са републичким изборима* (чланови 89–95. ЗЛИ).

5. НУЖНОСТ ТЕМЕЉНЕ РЕФОРМЕ ЛОКАЛНОГ ИЗБОРНОГ СИСТЕМА

Као што је већ показано, упркос томе што је донет потпуно нов Закон о локалним изборима, он није унео суштинске новине у локални изборни систем, нити је отклонио системске недостатке који су постојали и у ранијем законодавству о локалним изборима.

Зато би требало размислити о далеко озбиљнијој реформи изборног система на изборима за одборнике у скупштинама јединица локалне самоуправе. Та реформа би подразумевала напуштање посто-

јећег система сразмерног представништва[18] и повратак на већински систем (једнокружни или двокружни), који је у Србији већ функционисао за време важења закона из 1991. и 1999. године,[19] или увођење неког облика мешовитог система, у којем би се један део одборника бирао према систему већине, а други део према систему сразмерног представништва.

Додатни разлог за промену изборног система на изборима за одборнике представља то што пракса у Србији након увођења пропорционалног система на локалним изборима није задовољавајућа, јер је дошло до потпуне зависности локалних представника од њихових политичких странака, а као што је већ речено, у локалним заједницама је, много више него на нивоу Републике, важно да бирачи – припадници локалне заједнице – узму у обзир личност и способности кандидата за којег гласају, без обзира на то из ког политичког табора кандидат долази. У Србији странке намећу бирачима кандидате за одборнике, што потпуно искључује могућност да тзв. независни кандидати добију одборнички мандат. Везани чврстом страначком дисциплином, одборници су приморани да, следећи упутства својих страначких руководстава, у потпуности опонашају политику која се води на нивоу Републике. Пропорционални систем, који је на локалном нивоу пресликан са републичког, доводи и до тога да су владајуће коалиције на нивоу локалне самоуправе углавном „огледало“ коалиције која је формирала републичку Владу, са образложењем да долази до „природног усаглашавања власти на свим нивоима“. Тај феномен „пресликавања републичке коалиције“ на нивоу локалне самоуправе даље имплицира велики утицај централне извршне власти на локалне извршне органе, што је такође последица превасходно чврсте страначке дисциплине.

Овакву праксу функционисања локалне демократије у Србији добро описују речи Евгенија Спекторског, написане пре више од пола века: „И модерна самоуправа се налази у кризи, исто онако као и модерно централно представништво. Главни узрок је то што је и самоуправа увучена у борбу политичких странака. Отимање за бирач-

[18] Систем сразмерног представништва, иако правичнији у расподели мандата, има за последицу да бирачи на изборима за одборнике гласају за странке или коалиције странака, а не за кандидате, због чега се, уосталом, тај изборни систем и назива системом изборних листа.

[19] „Сматра се да између одборника и бирача постоји чвршћа веза него између народних посланика и бирача, а да се то може обезбедити само већинским системом.“ (П. Димитријевић, Д. Вучетић, 245)

ке гласове и разрачунавање са страначким противницима као да је бацило у позадину бригу о месним потребама.“[20]

Препреку увођењу чистог већинског система на изборима за одборнике у Републици Србији (било у варијанти апсолутне или варијанти релативне већине) могла би да представља уставна одредба о сразмерној заступљености националних мањина у скупштинама јединица локалне самоуправе са становништвом мешовитог националног састава (члан 180. став 4. Устава).[21] Због тога би оптимално решење вероватно представљао мешовити, већинско-пропорционални систем, јер он пружа довољан оквир и за избор представника националних мањина и за избор угледних и способних кандидата. На тај начин би, с једне стране, у оном делу посланика који би се бирали по правилима већинског система постојала могућност да одборнички мандат добију и независни и угледни кандидати, док би, с друге стране, у делу одборника који би се бирао по систему сразмерног представништва припадници националних мањина имали „своје“ представнике у скупштинама јединица локалне самоуправе.

Одсуство независних одборника и непостојање могућности да угледни чланови локалне заједнице утичу на локалне послове уколико нису чланови политичке странке, као и слепа послушност чланова локалних представништава у односу на њихова страначка руководства, доводе до тога да се локална самоуправа у Републици Србији суштински своди на модел локалне управе. Ни постојање прецизно дефинисаног самосталног делокруга ни финансијска независност не могу обезбедити самоуправу у општинама и градовима уколико локални представници нису у довољној мери самостални у односу на државне органе и страначке прваке. Иако утицај страначке припадности није могуће избећи ни у једном изборном систему, нема сумње да би он био знатно мањи у већинском или мешовитом него у постојећем пропорционалном изборном систему.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након свеобухватне анализе значаја, историјата и новина у изборном систему за локалне изборе у Републици Србији, намеће се неколико закључака. Прво, локални изборни систем према новом Закону о локалним изборима из 2022. није ништа друго до унапређена верзија изборног система какав је постојао према Закону о локалним изборима из 2007, који је заснован пропорционалном систему распо-

[20] Е. В. Спекторски, *Држава и њен живот*, Београд 2000, 157.

[21] Погледати: М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 230–231.

деле мандата, изборном цензусу од 3%, примени система највећег количника и начину доделе одборничких мандата према редоследу кандидата на изборној листи. Друго, поједине новине које су унете у такав систем заслужују да буду поздрављене, попут нових одредаба активном и пасивном бирачком праву, органима за спровођење избора, току изборног поступка и посебна правила за изборне листе националних мањина. Треће, таква „поправљања“ неодговарајућег изборног система су недовољна и она нису ни изблиза довољна да се поправи систем који онемогућава избор угледних нестраначких кандидата.

Локални органи власти у Републици Србији су у недопустиво великој мери зависни од политичких странака, што подрива темеље локалне демократије. Систем сразмерног представништва на изборима за одборнике, а он је скоро у потпуности „пресликан“ систем који се примењује на изборима за посланике у Народној скупштини Републике Србије, није примерен најужим локалним заједницама. Локална демократија је особена по томе што бирачко тело много више води рачуна о личности кандидата које бира него када је реч о изборима за централни парламент. Стога би било целисходно или вратити се систему већине, који се, у обе своје варијанте, већ примењивао у Републици Србији од 1991. до 2002. године, или прибећи неком облику мешовитог система, у којем би се део локалних представника бирао у складу са правилима већинског, а део у складу са правилима пропорционалног система. Увођење мешовитог система делује као оптимално решење, с обзиром на уставну одредбу која прописује обавезу сразмерне заступљености представника националних мањина у скупштинама јединица локалне самоуправе са мешовитим националним саставом становништва. Таква промена би омогућила и избор угледних нестраначких личности за одборнике, што би омогућило много боље заступање локалних интереса у локалним скупштинама, и мањи утицај страначких руководстава на локалне органе власти.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Влатковић, Милан, *Право локалне самоуправе*, Бања Лука 2008.
2. Димитријевић, Предраг, Вучетић, Дејан, *Систем локалне самоуправе*, Београд 2011.
3. Ђорђевић, Јован, *Основни типови локалне самоуправе*, Београд 1957.
4. Elcock, Howard. *Local government – Policy and management in local authorities*, Third edition, London – New York 1994.
5. Јовичић, Миодраг, *Велики уставни системи – елементи за једно упоредно уставно право*, Београд 1984.

6. Маринковић, Радивоје, *Локална самоуправа – старе и нове недоумице*, Београд 1998.
7. Марковић, Ратко, *Уставно право*, Београд 2014.
8. Орловић, Слободан, *Уставно право*, Нови Сад 2018.
9. Пајванчић, Маријана, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009.
10. Спекторски, Евгеније Васиљевич, *Држава и њен живот*, Београд 2000.
11. Humes, Samuel, *The Structure of Local Governments throughout the World*, The Hague 1959.

Правни прописи

1. Закон о локалним изборима, *Службени гласник РС*, бр. 14/2022.
2. Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник РС*, бр. 129/2007, 83/2014 - др. закон, 101/2016 - др. закон, 47/2018 и 111/2021 - др. Закон.
3. Одлука Уставног суда Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 34/10.
4. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06 и 115/21.

Associate Professor Marko Stanković, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

NEW LAW ON LOCAL ELECTIONS AND ITS INFLUENCE ON LOCAL DEMOCRACY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The paper analyzes the consequences of adopting the new Law on Local Elections in the Republic of Serbia. After a brief analysis of the significance of local elections for a democratic political system, the paper reviews earlier legal solutions from 1990 to the present. The central part of the paper focuses on analyzing the novelties set forth by the new Law on Local Elections. Next, the author puts forward arguments for introducing fundamental changes to the electoral system of local elections in Serbia. In the concluding remarks, among other things, certain improvements to the current legal framework are proposed.

Key words: *Local democracy; Local elections; Voting; Municipality; Law on Local Elections.*

УДК/UDC 341.234
341.176(4)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Владимир Ђурић, виши научни сарадник

Институт за упоредно право, Београд

УСТАВНОПРАВНИ И УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ПРЕПОРУКА УГОВОРНИХ ТЕЛА САВЕТА ЕВРОПЕ – између стварања и тумачења права –

Уговорна тела Савета Европе прате спровођење одређених конвенција у државама уговорницама (Оквирна конвенција за заштиту националних мањина, Европска повеља о регионалним или мањинским језицима). Имплементација тих конвенција у унутрашњем правном поретку уговорних страна у првом реду изискује поступање по препорукама релевантних тела која прате њихову примену. Реч је о препорукама Саветодавног комитета Оквирне конвенције, Комитета експерата Европске повеље и Комитета министара чијим се актима завршавају одговарајући циклуси мониторинга. У раду се се на основу анализе правне природе препорука сагледавају отворена питања уставноправног и управноправног карактера која се односе на процес њихове имплементације и указује да се такав процес може кретати између стварања и тумачења права.

Кључне речи: Оквирна конвенција; Европска повеља о регионалним и мањинским језицима; Уговорна тела; Препоруке.

1. УВОД

Под окриљем Савета Европе (у даљем тексту: СЕ) усвојен је већи број међународних уговора у области људских и мањинских права које су уговорне стране дужне да имплементирају. Имплементација се спроводи у унутрашњем правном поретку сваке од уговорних страна на различите начине – усвајањем и изменама одговарајућег законодавства, предузимањем конкретних управних радњи и мера, усвајањем одговарајућих планско-стратешких докумената, итд. Међу уго-

Владимир Ђурић, *v.djuric@iup.rs.*

ворима који су усвојени под окриљем Савета Европе посебну пажњу заслужују Оквирна конвенција за заштиту националних мањина (у даљем тексту: ОК) и Европска повеља о регионалним или мањинским језицима (у даљем тексту: ЕПРМЈ), јер је реч о два мултилатерална међународна уговора од изузетног значаја за заштиту националних мањина. ОК је заправо једини мултилатерални инструмент међународног права који је у целини посвећен заштити националних мањина, док је ЕПРМЈ међународни уговор чији је фокус на заштити језика као европског културног наслеђа, при чему је намера Повеље да се заштите и унапреде регионални и језици мањина, а не језичке мањине као такве.[1] Но, и поред тога, јасно је да ЕПРМЈ има значај и за заштиту језичких мањина.[2] Иако делимично регулишу сродну материју, између тих уговора постоје и разлике. Једна од разлика између ових аката састоји се у томе што ЕПРМЈ, за разлику од ОК, садржи два концентрична круга обавеза за уговорне стране – 1) да примене одредбе другог дела на све регионалне или мањинске језике који се говоре на њиховој територији и који су у складу са дефиницијом тих појмова која је у њој садржана, као и да 2) по питању сваког од језика који је прецизиран у време ратификације, прихватања или одобравања примене најмање 35 ставова и потставова одабраних међу одредбама трећег дела. Дакле, ЕПРМЈ једним делом предвиђа алтернативно постављене обавезе од којих стране уговорнице у броју од 35. самостално преузимају обавезе за језике које саме одреде, док ОК садржи обавезе које се једнако односе на све уговорне стране, као и, начелно посматрано, на све националне мањине на њиховој територији.

Обе конвенције предвиђају систем мониторинга над њиховим спровођењем у оквиру кога се, од стране релевантних тела СЕ усвајају одређене препоруке. Будући да државе приступајући тим конвенцијама прихватају да буду адресати препорука, у анализи имплементације препорука релевантних тела СЕ најпре би требало размотрити питање садржине и карактера обавеза које проистичу из тих конвенција.

2. САДРЖИНА И КАРАКТЕР ПРЕУЗЕТИХ ОБАВЕЗА

Све обавезе које имају уговорне стране ОК и ЕПРМЈ, начелно посматрано, према својој садржини, могу се поделити у две групе – у

[1] P. Thornberry, M. A. M. Estebanez, *Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2004, 137.

[2] Ш. Етер, „Европска повеља о регионалним или мањинским језицима”, *Механизми за имплементацију мањинских права* (ур. В. Брашанац), Регионални центар за мањине, Београд 2007, 128.

обавезе које су материјалноправног карактера и обавезе које су процедуралног карактера, тачније које се односе на извештавање о примени конвенција. Но, реч је о две стране истог процеса, јер се имплементација конвенција, тачније обавеза које из њих проистичу, а следствено томе и подношење извештаја о њиховој примени, заиста могу сматрати јединственим процесом.

Садржински посматрано, конвенције, у извесном смислу, али у различитом циљу (ОК у циљу заштите мањина, а ЕПРМЈ у циљу заштите језика) третирају сличну материју и проблематику и садрже одредбе којима се уређују донекле истоветне области друштвеног живота – забрана дискриминације, култура, медији, образовање, употреба језика у односима с органима управе, економски и друштвени живот, прекогранична размена, итд. Штавише, у појединим случајевима обе конвенције садрже потпуно истоветне обавезе.[3] На основу тога намеће се закључак да су за државе које су чланице обе конвенције правци њиховог имплементирања донекле конвергентни, ако не и делимично потпуно истоветни.

Важно је истаћи да обе конвенције садрже одредбе према којима се Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода даје известан примат у односу на њих, а што може бити од за значаја положај конвенција у унутрашњем правном поретку уговорних страна. Тако, ОК прописује да се за права и слободе који произлазе из начела садржаних у њој, у оној мери у којој су она предмет одговарајуће одредбе Конвенције за заштиту људских права и основних слобода или Протокола уз њу, сматра да су у складу с њиховим

[3] Примера ради, чл. 7. ст. 1, т. д ЕПРМЈ садржи обавезу која се односи на све регионалне или мањинске језике и њом је предвиђено да се државе чланице обавезују на стварање услова за олакшање и/или охрабривање употребе регионалних или мањинских језика у говору и писању, у јавном и приватном животу, док је чл. 10, ст, 1. ОК предвиђено да се стране уговорнице обавезују признати право сваког припадника националне мањине на коришћење, слободно и без ометања, свог језика, приватно и јавно, усмено и писмено. Такође, према чл. 10. ст. 2, т. ф ЕПРМЈ (која је опционог карактера) државе чланице, колико је то год разумно могуће, преузимају обавезу да одобре или охрабре употребу, ако је неопходно заједно са именом на званичном језику државе, традиционалних облика имена места на регионалним или мањинским језицима, док је чл. 11. ст. 3. ОК прописано да ће оне настојати истакнути традиционалне локалне називе, називе улица и друге топографске ознаке намењене јавности такође на мањинском језику. Истоветно се може истаћи и за обавезу (додуше опциону) уговорних страна садржану у чл. 10. ст. 5. ЕПРМЈ да допусте употребу и усвајање породичних имена на регионалним или мањинским језицима, на захтев оних који су заинтересовани, а што је, сличном формулацијом чл. 11. ст. 1. ОК прописано као обавеза уговорних страна да признају да свака особа која припада националној мањини има право користити своје презиме и име на мањинском језику те да јој оно буде службено признато, у складу с модалитетима које предвиђа њихов правни систем.

одредбама (чл. 23. ОК).[4] ЕПРМЈ предвиђа да се ниједан део Повеље не сме схватити у смислу ограничавања или укидања било којег од права које јамчи Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (чл. 4. ст. 1).[5]

У погледу карактера материјалноправних обавеза које проистичу из ОК и ЕПРМЈ важно је указати на теоријску поделу на тзв. самоизвршне и преносноизвршне међународне уговоре. У прву категорију би спадали међународни уговори чије су одредбе примењиве пред судовима и од стране органа извршно-управне власти без даљег и ближег уређивања актима унутрашњег права, док би у категорију преносноизвршних уговора спадали они међународни уговори који садрже одредбе чија примена изискује даљу нормативну разраду актима унутрашњег права, тачније који садрже одредбе које су вишег нивоа апстрактности и неодређености, те их је, у циљу примене, неопходно даље разрадити актима унутрашњег права.[6] У контексту те поделе, требало би истаћи да ОК И ЕПРМЈ садрже одредбе које имају како самоизвршни, тако и преносноизвршни карактер.[7] Одредби преносноизвршног карактера је у оба инструмента много више, па отуда и не чуди да се у Коментару (Мишљењу) уз ОК изричито наводи да она садржи углавном одредбе програмског типа у којима се утврђују циљеви за које се уговорне стране обавезују да ће их следити, те да оне (одредбе), које *неће бити директно примењиве* (подвукао В. Ђ.), остављају дотичним државама меру дискреције у спровођењу циљева, омогућавајући им на тај начин да узму у обзир посебне околности,[8] а

[4] Тумачење ОК у складу с Европском конвенцијом не значи с друге стране да би Европска конвенција успоставила максималне стандарде. Вид. P. Hilpold, „Artice 23“, *The Rights of Minorities in Europe, A Commentary on The European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. M. Weller), Oxford University Press, Oxford 2006, 569.

[5] Следствено тој одредби, ако постоји било каква сумња о опсегу било које одредбе ЕПРМЈ, то мора бити тумачено на начин који је у складу с правилима Европске конвенције. Вид. J. M. Woehrling, *The European Charter for Regional or Minority Languages, A Critical Commentary*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2005, 82.

[6] О подели међународних уговора на самоизвршне и преносноизвршне вид. В. Ђурић, *Устав и међународни уговори*, Институт за упоредно право, Београд 2007.

[7] Примера ради, већ изложена одредба чл. 11. ст. 1. у делу којом предвиђа право сваке особе која припада националној мањини да користи своје презиме и име на мањинском језику је самоизвршна, односно не изискује никакву даљу нормативну разраду, док је низ одредби којима се упућује на модалитете утврђене националним законодавством, или којима се уз гипкије формулације као што су “тамо где постоји потребан број”, “оправдана потреба”, итд., остављају извесне маргине слободе државама чланицама, заправо преносноизвршног карактера и за своју имплементацију изискују законске и друге мере.

[8] Framework Convention for the protection of national Minorities, Explanatory report, H (95) 10. *https://rm.coe.int/16800c10cf*, 27. септембар 2022.

да се у појединим теоријским радовима и коментарима посвећеним ЕПРМЈ наводи да су, нормативно гледано, стандарди садржани у њој прилично уопштено срочени, више као циљеви политике него као конкретни правни стандарди које административне власти и судови могу одмах да примењују,[9] тачније да је веома мало одредби у ЕПРМЈ за које би се могло рећи да се примењују директно.[10]

Према чл. 25. ОК, свака страна уговорница обавезала се да ће у року од годину дана од ступања на снагу ОК у односу на њу поднети Генералном секретару СЕ пуну информацију о законодавним и другим мерама предузетим у циљу спровођења начела утврђених у ОК, као и да ће, након тога, достављати Генералном секретару периодично и кад год Комитет министара СЕ (у даљем тексту: КМ) то затражи, даље информације од значаја за спровођење ОК. Будући да према чл. 26. ОК у оцењивању мера које су чланице предузеле за остварење начела утврђених у ОК КМ помаже Саветодавни комитет који чине независни експерти (у даљем тексту: СК), јасно је да на страни сваке уговорнице стоји и обавеза да се сарађује и с тим телом.[11] Сличне обавезе процедуралног карактера проистичу и из ЕПРМЈ. Наиме, према чл. 15. те Конвенције, уговорне стране ће подносити периодично генералном секретару СЕ у форми коју ће прописати КМ извештаје о њиховој политици коју спроводе у складу са Делом II. Повеље, као и о мерама које су предузеле примењујући оне одредбе Дела III. које су прихватиле. Први извештај би требало поднети у року од годину дана након ступања на снагу ЕПРМЈ у односу на уговорну страну, а друге извештаје у раздобљу од три године након првог извештаја. Будући да према чл. 16. ЕПРМЈ извештаје који се подносе генералном секретару СЕ разматра Комитет експерата који чине независни експерти (у даљем тексту: КЕ), јасно је да свака уговорна страна има обавезу да сарађује с тим телом. [12]

У том смислу, припрема и подношење државних извештаја је једна од међународних обавеза која проистиче из чланства у конвенцијама. Извештавање се међутим не састоји само од припреме и подношења државних извештаја. Напротив, смисао подношења државних

[9] Ш. Етер, 129.

[10] J. M. Woehrling, 30. У том смислу чини се чудним став појединих држава да ЕПРМЈ садржи обавезе које су самоизвршне – Ш. Етер, 146.

[11] Више о целокупном процесу у K. Topidi, „Articles 24-26“, *The Rights of Minorities in Europe, A Commentary on The European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. M. Weller), Oxford University Press, Oxford 2006, 573–587.

[12] Више о том процесу вид. I. Lasagabaster, „Articles 15 to 17. Application of The Charter“, *Shaping language rights, Commentary on the European Charter for Regional or Minority Languagesin in light of the Committee of Experts' evaluation* (eds. A. Nogueira, E. J. Ruiz Vieytez, I. Urrutia), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2011, 394– 406.

извештаја је и да се кроз процес њихове припреме који заправо започиње одмах након окончања једног циклуса мониторинга објективно и разумно у оквиру државе размотри остваривање конвенција, као и да се оствари сарадња с релевантним телима СЕ. При томе, релевантна тела СЕ су припремила и смернице за припрему државних извештаја којима државни извештаји морају бити саобразни. [13] Након подношења државног извештаја започиње мониторинг од стране КЕ и СК. Током сваког циклуса праћења, релевантна тела СК и КЕ испитују периодични извештај државе; тамо где је потребно, упућују уговорној страни низ питања о било којим нејасним областима извештаја; организују посету држави на лицу места, ради сусрета са властима, невладиним организацијама или било којим другим надлежним телом у циљу процене примене конвенција; испитују све даље информације које су доставила удружења и друга тела легално основана у дотичној држави и која су заинтересована за примену конвенција; усвајају свој извештај, односно коментаре, укључујући препоруке државама, на основу добијених информација, и обраћају се КМ, заједно са предлозима за додатне препоруке које треба упутити дотичној држави. Након тога држава може упутити своје коментаре на налазе и мишљења СК и КЕ. У том смислу, читав процес изискује одређени степен координације у оквиру државе, односно најчешће подразумева постојање органа који је надлежан за координирање тих послова. Од кључне је важности да државни извештаји, према смерницама за њихову припрему, садрже ажуриране, поуздане и релевантне податке, одређене где год је то могуће и примерено по старости, полу и географској дистрибуцији. У државним извештајима потребно је навести и податке о подизању свести о одређеној конвенцији, као и, што је посебно важно, податке о имплементацији препорука. Заправо, читав процес извештавања почиње подношењем извештаја који најпре разматра релевантно стручно тело СЕ (СК или КЕ), бива праћен додатним питањима (по потреби) тих тела која могу учинити и посету држави уговорници и која разматрају и алтернативне извештаје и која доносе своја мишљења, односно виђења имплементације конвенција у државама чланицама која садрже и препоруке тих тела. Након тога, државе имају могућност да доставе своје коментаре, а читав процес се завршава усвајањем акта под називом Препоруке КМ у случају ЕПРМЈ,

[13] Committee of Ministers, Outlines for State reports, *https://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring*, 29. септембар 2022; Committee of Ministers, Outlines for the periodical reports on the implementation of the European Charter for Regional or Minority Languages to be presented by the States Parties *https://rm.coe.int/cm-2019-69-outlines-2019-en/168094521a,* 29. септембар 2022.

односно Резолуције КМ у случају ОК чиме се и завршава одређени циклус мониторинга.

3. ПРЕПОРУКЕ РЕЛЕВАНТНИХ ТЕЛА

Имајући у виду описани процес мониторинга и улогу релевантних тела, јасно је да се може говорити о већем броју извора препорука, тачније већем броју аката у којима су садржане (препоруке садржане у мишљењима и виђењима СК и КЕ и препоруке садржане у актима КМ). Такође, препоруке сличне или истоветне садржине могу се наћи и у оквиру различитих аката и фаза процеса мониторинга. Имајући у виду поступак формулисању и усвајању препорука, јасно је да препоруке релевантних тела СЕ по својој садржини, карактеру и степену општости могу бити веома различите. Оне могу донекле имати и временски континуитет, уколико се понављају у узастопним циклусима мониторинга над спровођењем конвенција. Такође, оне се донекле могу и садржински преклапати, како због тога што ОК и ЕПРМЈ једним делом регулишу сродна питања у погледу употребе мањинских језика, тако и због чињенице да КМ понекад дословно преузима формулацију закључних препорука СК или КЕ (али се у већини случајева стил и формат закључних препорука СК и препорука у резолуцијама КМ разликују)[14], при чему, неретко, закључне препоруке СК и КЕ представљају сублимацију и генерализацију препорука садржаних у тексту њихових мишљења и извештаја. Основно питање у вези с препорукама релевантних тела је питање њиховог карактера.

Говорити о карактеру препорука релевантних тела значи размотрити њихов *правни карактер* и то како у смислу њихове обавезности, тако и у смислу непосредне спроводљивости, као и утврдити да ли сама релевантна тела утврђују оквире и начин за њихову имплементацију, тачније поступање по препоруци. За потпуно разумевање правног карактера препорука мониторинг тела СЕ важно је учинити једну претходну напомену. Наиме, основна карактеристика улоге СК и

[14] У теоријским коментарима таквог приступа се јасно истиче да се тиме отежава непосредно поређење препорука, те је неопходно темељно испитивање да ли су нека питања замагљена или искључена. Вид. о томе: A. Filips, „Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina“, *Mehanizmi za implementaciju manjinskih prava* (ur. V. Bražanac), Regionalni centar za manjine, Beograd 2007, 114. С друге пак стране, чињеница да КМ у својим резолуцијама позива стране уговорнице да узму у обзир мишљења СК чак и у случајевима када не усваја у потпуности формулације које су у њима садржане, сведочи да КМ у процесу мониторинга није виша, жалбена инстанца у односу на СК која би могла да поништи мишљење СК Вид. D. Rein, „Commentary of Articles 24–26 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities“, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities, A Commentary* (ed. R. Hofmann, T. H. Malloy, D. Rein), Brill Nijhoff, Leiden–Boston 2018, 338.

КЕ је да ОК и ЕПРМЈ прате кроз формулисање својих мишљења, односно извештаја и виђења (у којима су садржане њихове препоруке) на основу *правних критеријума* и да утврђују степен имлементације конвенција од страна уговорница и испуњавање њихових правних обавеза.[15] Ипак, процес мониторинга над имплементацијом конвенција није судског карактера и СК и КЕ не могу да примају, разматрају и одлучују о индивидуалним представкама, нити да примају, разматрају и одлучују о међудржавним представкама. У том смислу, поступак разматрања државних извештаја и усвајања мишљења, односно извештаја тих комитета, због чињенице да читав механизам мониторинга није судски, а ни квазисудски, структурално посматрано, има карактер истражног, а не контрадикторног поступка.[16] С друге стране, улога КМ који чине министри спољних послова примарно је на контроли процеса мониторинга до обима у којем он може да буде политизован.[17] Дакле, КМ носи превасходно политичку одговорност за мониторинг над применом конвенција. Међутим, у пракси процес мониторинга над применом конвенција није попримио искључиво политички карактер и не зависи (само) од воље уговорних страна, иако уговорне стране могу истаћи да сматрају да су неке од препорука релевантних тела испуњене. Напротив, имајући у виду велики степен подударности између препорука и налаза КМ и налаза и препорука садржаних у мишљењима и извештајима СК и КЕ, могло би се истаћи да, иако немају непосредни међународноправни ефекат, препоруке СК и КЕ нису потпуно правно ирелевантне.[18] Разуме се, препоруке КМ, иако је он политичко тело и упркос чињеници да су његове препоруке изузетно високог степена општости, као и да према члану 15.б. Статута СЕ[19] следи да нису обавезујуће за државе чланице,[20] за сваку страну уговорницу која у доброј вери извршава ОК и ЕПРМЈ, требало би да имају и специфичан значај, а што се посебно односи на државе које настоје да остваре пријем у ЕУ, имајући у виду

[15] У том смислу за СК вид. K. Topidi, 580.

[16] *Ibid*., 581.

[17] *Ibid*., 585.

[18] *Ibid*., 586.

[19] Statute of the Council of Europe, *https://rm.coe.int/1680935bd0*, 29. септембар 2022.

[20] У том ставу се истиче да у одговарајућим случајевима, закључци КМ могу имати облик препорука владама чланица, а КМ може захтевати од влада чланица да га обавесте о радњама које су предузеле у вези са таквим препорукама. На основу таквог одређења, у релевантним коментарима, а у контексту правног домашаја мониторинг механизма, *stricto sensu,* наводи се да препоруке немају обавезујућу снагу и да њихово непоштовање нема никакве правне или политичке последице (I. Lasagabaster, 402), односно, да нити једна обавезујућа одлука не може бити донета од стране мониторинг тела (G. Pentassuglia, *Minorities in International Law*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2002, 201).

чињеницу да се напредак на пољу поштовања мањинских права у процесу европских интеграција сагледава кроз призму поштовања конвенција. У сваком случају, поштовање и примена конвенција сагледава се у процесу мониторинга примарно кроз призму испуњавања препорука релевантни тела.

Известан правни значај препорука релевантних тела не значи, сам по себи, да су такве препоруке и непосредно примењиве. Наиме, начин изражавања и степен одређености препорука релевантних тела СЕ могу бити веома различити. У том смислу, за извршавање препорука често је неопходно ближе одредити начин њиховог спровођења и органе који би у оквиру унутрашњег правног поретка требало да их спроведу, а то обично релевантна тела не чине, препуштајући самој уговорној страни да то одреди. У том смислу, а на трагу онога што је у контексту међународних уговора и њихових одредби речено о подели на самоизвршне и преносноизвршне, и све препоруке би се могле поделити на оне које су непосредно примењиве и на оне које нису подобне да буду непосредно примењене.

Напослетку, али не и најмање важно, у контексту односа самих релевантних тела према имплементацији властитих препорука требало би истаћи да она (релевантна тела) најчешће класификује препоруке на *хитне*, тачније оне које изискују моментално деловање, и на *даље* препоруке које не изискују хитну акцију у циљу њиховог спровођења. Разуме се, релевантна тела понекад наводе у препорукама и који би нивои и/или органи власти у оквиру уговорних страна требало да по њима поступе.

У вези с имплементацијом препорука релевантних тела СЕ у унутрашњем правном поретку уговорних страна намећу се значајна питања уставноправног и управноправног карактера. Реч је о питањима на који начин приступити имплементацији препорука, да ли њихова имплементација може да подразумева проширивање надлежности појединих нивоа организовања јавне власти, како определити начин на који би поједине препоруке требало извршавати, ко сноси одговорност за њихово имплементирање, итд. Будући да је Босна и Херцеговина (у даљем тексту: БиХ) уговорна страна обе конвенције даљу пажњу би требало посветити изложеним питањима у БиХ контексту.

4. УСТАВНОПРАВНИ И УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ПРЕПОРУКА УГОВОРНИХ ТЕЛА САВЕТА ЕВРОПЕ У БИХ

Приступање БиХ ОК И ЕПРМЈ била је њена уставна обавеза. Наиме, према чл. II 7. Устава, БиХ ће остати или постати страна уговорница међународних споразума побројаних у Анексу I а у њему се изричито наводе ЕПРМЈ И ОК. У складу с тим, БиХ је приступила ОК 24. фебруара 2000. и она је за њу ступила на снагу на међународном плану 1.јуна 2000.[21] За ЕПРМЈ БиХ је депоновала своју ратификацију 21. 09.2010. и она је за њу на међународном плану ступила на снагу 1. јануара 2011.[22] Сви чланови ОК обавезују БиХ, док је у свом ратификационом инструменту за ЕПРМЈ БиХ назначила да за албански, црногорски, чешки, италијански, мађарски, македонски, немачки, пољски, ромски, румунски, русински, словачки, словеначки, турски, украјински, јидиш и ладино језик прихвата одређене обавезе из Дела III ЕПРМЈ, а додатно је преузела и одређене обавезе за ромски језик.[23] Имајући у виду сложено државно уређење, прва питања која у контексту имплементације препорука уговорних тела у БиХ заврђују пажњу су питања статуса конвенција у унутрашњем праву и надлежности за њихову имплементацију.

Уставом БиХ, чланом II 1. предвиђено је да ће *БиХ и оба ентитета* осигурати највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода. Међутим, већ у ст.2. тог члана који је посвећен међународним стандардима јасно се наводи само Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Том одредбом прописује се да се права и слободе предвиђени у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и у њеним протоколима директно примењују у БиХ и да имају приоритет над свим осталим законима. Међутим, директна примена чак и ОК и ЕПРМЈ је у уставном систему БиХ, према појединим теоретичарима,[24] а и пракси Уста-

[21] *https://www.coe.int/en/web/minorities/bosnia-and-herzegovina*, 22. септембар 2022.

[22] *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=148*, 22. септембар 2022.

[23] Подаци о Декларацији БиХ уз ратификациони инструмент на *https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=148&enVigueur=true&ddateDebut=05-05-1949*, 22. септембар 2022.

[24] C. Steiner, N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar,* Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2010, 144. N. Ademović, J. Marko, G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine,* Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2012, 17. Наведени аутори, с позивом на схватање Дома за људска права, стоје на становишту да права садржана у тим инструментима важе генерално, а не само онда када би та права требало да уживају сва лица, без разлике (тј. само у вези с дискриминацијом). Вид. C. Steiner, N. Ademo-

вног суда БиХ,[25] изведена из члана II 4. Устава који предвиђа да је уживање права и слобода предвиђених међународним споразумима из Анекса I Устава обезбеђено свим лицима у БиХ без дискриминације, а што, према члану II 7. не зависи од тога да ли је БиХ већ чланица, или би требало да постане чланица тих споразума. У контексту изложених одредби могло би се поставити питање које место у хијерархији правног поретка БиХ и њених ентитета имају ОК И ЕПРМЈ. Начелно посматрано, језичким тумачењем, не би се могло стати на искључиво становиште да те две конвенције и у унутрашњем поретку БиХ имају исту правну снагу као и Европска конвенција, тим пре што и саме, као што је истакнуто, на известан начин предвиђају међународноправни примат те Конвенције у односу на њих. С друге пак стране, јасно је да је за имплементацију конвенција нужно да закони у БиХ буду с њима у складу, иако, Устав БиХ не предвиђа изричито да конвенције имају јачу правну снагу од закона.[26] Штавише, према чл. 2. ст.2. Закона о заштити права припадника националних мањина,[27] ОК директно се примењује и саставни је део правног система БиХ и ентитета у БиХ, али такво одређење би требало разумети не формално, у смислу хијерархијски јаче правне снаге, нити заиста непосредне примене свих одредби ОК, већ управо у смислу онога што та одредба Закона и каже – да се ОК *као међународни уговор* може директно примењивати, разуме се, у случају да су њене одредбе подесне за директно примењивање и да је *саставни део правног поретка* БиХ и ентитета.

Када се у контексту имплементације фокус пажње пренесе с питања строгог хијерархијског односа између конвенција и закона у БиХ на питање садржинске усклађености, онда би требало обрадити питање којим се све законима у правном поретку БиХ и њених ентитета имплементирају и могу имплементирати конвенције, тачније обавезе које су њима преузете. Имајући у виду широку лепезу питања и области на које се конвенције односе, јасно је да обавезе које су

вић, 148. Ипак, на овом месту би требало указати на чињеницу да многе одредбе ОК и ЕПРМЈ не садрже права, већ представљају механизме за државе уговорнице!

[25] U 5/06 од 29. маја 2009. у вези с ЕПРМЈ.

[26] У појединим радовима истакнут је став да у босанскохерцеговачком правнином систему, с тачке гледишта нормативне хијерархије, *формално уставно право* има највиши положај у правном систему, а у њега спадају и додатни споразуми о људским правима из Анекса I у које спадају и ОК и ЕПРМЈ (N. Ademović, J. Marko, G. Marković, 21) тачније да би Уставни суд БиХ као мерило нормативне контроле могао узети и међународноправне механизме за заштиту људских права и слобода побројане у Анексу I у које спадају и ОК и ЕПРМЈ (C. Steiner, N. Ademović, 142).

[27] Закон о заштити права припадника националних мањина – ЗЗППНМ, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/03, 76/05 и 93/08.

садржане у њиховим одредбама могу да буду имплементиране мноштвом закона. То су најпре закони којима се уређује положај припадника националних мањина. Осим споменутог Закона о заштити права припадника националних мањина, у њих спадају и Закон о заштити права припадника националних мањина Републике Српске,[28] Закон о заштити права припадника националних мањина у Федерацији БиХ (у даљем тексту: ФБиХ),[29] Закон о заштити права припадника националних мањина у Тузланском кантону,[30] Закон о заштити права припадника националних мањина у Кантону Сарајево,[31] али и други закони који се односе на слободу националног изјашњавања какав је, примера ради, Закон о попису становништва, домаћинстава и станова у Босни и Херцеговини из 2013. године.[32] Но, законодавство којим се имплементирају обавезе из конвенција нипошто не би требало сводити само на законе којима се искључиво регулише положај припадника националних мањина. Напротив, читава палета друштвених односа у БиХ и њеним ентитетима регулисана је посебним законима који, неретко, садрже одредбе које су посвећене националним мањинама, или напросто садрже одредбе које се могу односити и применити и на припаднике националних мањина. Примера ради, коришћење језика и писама, нарочито у односима с јавним властима, осим закона о заштити мањина који су донесени на различитим нивоима организовања власти, може бити и јесте уређено читавим низом других закона – законима о судским и управним поступцима на свим нивоима; Законом о личном имену ФБиХ,[33] Законом о личном имену РС,[34] Законом о матичним књигама ФБиХ,[35] Законом о матичним књигама РС,[36] итд., док су положај припадника националних мањина и употреба

[28] Закон о заштити права припадника националних мањина – ЗЗППНМ, *Службени гласник РС*, бр. 2/05.

[29] Закон о заштити права припадника националних мањина у ФБиХ – ЗЗППНМФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 56/08.

[30] Закон о заштити права припадника националних мањина у Тузланском кантону – ЗЗППНМТК, *Службене новине Тузланског кантона*, бр. 14/2009.

[31] Закон о заштити права припадника националних мањина у Кантону Сарајево – ЗЗППНМКС, *Службене новине Кантона Сарајево*, бр. 27/11.

[32] Закон о попису становништва, домаћинстава и станова у Босни и Херцеговини – ЗПСДСБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 10/12 и 18/13.

[33] Закон о личном имену Федерације БиХ – ЗЛИФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 7/12.

[34] Законом о личном имену РС – ЗЛИРС, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 82/19.

[35] Закон о матичним књигама ФБиХ – ЗМКФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 37/12 и 80/14.

[36] Закон о матичним књигама РС – ЗМКРС, *Службени гласник Републике Српске,* бр.111/2009, 43/2013 и 66/2018.

мањинских језика у образовању такође регулисани низом закона донесеним на различитим нивоима организовања власти – Оквирним законом о основном и средњем образовању у БиХ,[37] Оквирним законом о средњем стручном образовању и обуци у БиХ,[38] Законом о високом образовању БиХ,[39] Законом о основном образовању РС,[40] Законом о средњем образовању РС,[41] Законом о високом образовању РС,[42] кантоналним законима о образовању, итд.

Указивање на широку палету закона који су од значаја за имплементацију конвенција отвара питање надлежности у смислу расподеле надлежности у оквиру уставноправног система БиХ. У БиХ, као сложеној држави, Уставом је утврђена подела надлежности између државног и ентитетских нивоа власти. Према члану III 1. Устава БиХ, у надлежности институција Босне и Херцеговине су следећа питања: а) спољна политика, б) спољнотрговинска политика, ц) царинска политика, д) монетарна политика како је предвиђено чланом VII, е) финансирање институција и међународних обавеза БиХ, ф) политика и регулисање питања имиграције, избеглица и азила, г) спровођење међународних и међуентитетских кривичноправних прописа, укључујући и односе с Интерполом, х) успостављање и функционисање заједничких и међународних комуникацијских средстава, и) регулисање међуентитетског транспорта, ј) контрола ваздушног саобраћаја.

У овој одредби посебну пажњу би требало обратити на формулацију према којој су наведена подручја друштвеног живота у надлежности *институција* БиХ које обухватају паритетно учешће државног и/или ентитетског нивоа, тачније које су много ближе заједничким органима карактеристичним за државни савез него централним органима савезне државе.[43] Међу поменутим областима друштвеног живота у искључивој надлежности БиХ нема људских и мањинских права. Генерално, члан II 1. Устава важан је за утврђивање надлежности у области људских и мањинских права, према којем БиХ и оба ентитета осигуравају највиши ниво међународно признатих људских

[37] Оквирни закон о основном и средњем образовању у БиХ – ОЗОСОБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/03 и 88/2007.

[38] Оквирни закон о средњем стручном образовању и обуци у БиХ – ОЗССООБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/2008.

[39] Закон о високом образовању БиХ – ЗВОБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 59/07 и 59/09.

[40] Закон о основном образовању РС – ЗООРС, *Службени гласник РС*, бр. 44/17.

[41] Закон о средњем образовању РС – ЗСОРС, *Службени гласник РС*, бр. 41/18.

[42] Закон о високом образовању РС – ЗВОРС, *Службени гласник РС*, бр. 67/2020.

[43] С. Савић, „О облику државног уређења Босне и Херцеговине”, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета* (ур. Р. Кузмановић), Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука 1999, 70.

права и основних слобода, као и наведена одредба члана II 2. Националне мањине су у Уставу БиХ споменуте само у члану II 4., који предвиђа принцип недискриминације и према којем је уживање права и слобода предвиђених тим чланом (међу којима нема права мањина) или у међународним споразумима наведеним у Анексу I Устава (међу којима су изричито споменути ОК и ЕПРМЈ) осигурано свим особама у БиХ без дискриминације по било којем основу као што је пол, раса, боја коже, језик, вера, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с националном мањином, имовина, рођење или други статус. Што се тиче надлежности ентитета, чланом III 3. Устава БиХ прописано је да све владине функције и овлашћења која нису Уставом изричито поверена институцијама Босне и Херцеговине припадају ентитетима. У погледу међународних обавеза, Устав БиХ у члану III 2.б. предвиђа да ће сваки ентитет пружити сву потребну помоћ влади Босне и Херцеговине како би јој се омогућило да испоштује међународне обавезе БиХ. Имајући у виду представљене одредбе, јасно је да подела надлежности између БиХ и њених ентитета у области заштите мањина није нормативно прецизирана. Стога не чуди да су закони о заштити припадника националних мањина донесени и на државном и на ентитетском нивоу и да законодавна тела на тим нивоима имају већа за националне мањине. Међутим, питање поделе надлежности између БиХ и ентитета не темељи се само на предоченим уставним одредбама. Наиме, према члану III 5.а. Устава, БиХ ће преузети надлежност у оним стварима у којима се о томе постигне сагласност ентитета, које су предвиђене у Анексима од 5 до 8 Општег оквирног споразума или које су неопходне за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног идентитета Босне и Херцеговине, у складу с поделом надлежности између институција Босне и Херцеговине, а за шта се, према потреби, могу успостављати и додатне институције за вршење таквих надлежности.

Осим тога, питање поделе надлежности у Федерацији БиХ је много сложеније. Наиме, према одељку III, члан 2. Устава ФБиХ, и Влада Федерације и кантони надлежни су за читав низ области друштвеног живота у којима би требало имплементирати ОК и ЕПРМЈ, међу којима је и јамчење и спровођење људских права.[44] Заједничке над-

[44] Осим јамчења и спровођења људских права, у те области спадају још и: здравство, политика заштите човекове околине, комуникацијска и транспортна инфраструктура, у складу с Уставом БиХ; социјална политика; спровођење закона и других прописа о држављанству; спровођење закона и прописа који се односе на држављанство и пасоше држављана БиХ са територија Федерације, као и на боравак и кретање странаца; туризам; и коришћење природних богатстава.

лежности, према Одељку III, члан 3. Устава ФБиХ, могу бити остварене заједнички или одвојено, или од стране кантона координирано од федералне власти. У погледу ових надлежности кантони и федерална власт договарају се на трајној основи. Кантони имају право утврђивати политику и спроводити законе који се тичу сваке од ових надлежности. Имајући у виду да је јамчење и спровођење људских права у заједничкој надлежности ФБиХ и кантона, као што је истакнуто, поред федералног закона о заштити припадника националних мањина и поједини кантони усвојили су своје законе о мањинама. Поред тога, у оквиру законодавних власти одређених кантона, формирана су већа националних мањина као саветодавна тела. Поред питања која су у заједничкој надлежности Федерације и кантона, Устав ФБиХ у члану 4. Одјељка III наводи искључиву надлежност кантона у коју спада низ области друштвеног живота од значаја за имплементацију ОК и ЕПРМЈ.[45]

На основу представљене поделе надлежности, јасно је да не само у области законског уређивања положаја мањина, већ и у другим областима друштвеног живота релевантним за заштиту националних мањина долази до преклапања надлежности или искључиве надлежности ентитета или ентитета/кантона у случају ФБиХ. Таква је ситуација релевантна не само за поделу законодавне надлежности, већ и за сагледавање поделе надлежности између различитих административних капацитета, нарочито у контексту имплементације ОК и ЕПРМЈ у оквиру унутрашњег правног поретка под којом би требало подразумевати процес који се састоји у сарадњи, како између институција власти, тако и између институција и представника мањина и цивилног сектора, доследну примену законодавства којим се у оквиру унутрашњег поретка имплементирају конвенције, али и суделовање у при-

[45] Према том члану, кантони имају све надлежности која нису изричито додељене федералној власти, а посебно су надлежни за: успостављање и надзирање полицијских снага које ће имати јединствене федералне униформе са кантоналним ознакама; утврђивање образовне политике, укључујући доношење прописа о образовању и осигурање образовања; утврђивање и провођење културне политике; утврђивање стамбене политике, укључујући доношење прописа који се тичу уређивања и изградње стамбених објеката; утврђивање политике која се тиче регулисања и осигурања јавних служби; доношење прописа о коришћењу локалног земљишта, укључујући зонирање; доношење прописа о унапређењу локалног пословања и добротворних активности; доношење прописа о локалним постројењима за производњу енергије и осигурање њихове доступности; утврђивање политике у вези са осигурањем радија и телевизије, укључујући доношење прописа о осигурању њиховог рада и изградњи; спровођење социјалне политике и успостава служби социјалне заштите стварање и примену политике кантоналног туризма, развој туристичких ресурса; финансирање делатности кантоналне власти или њених агенција опорезивањем, задуживањем или другим средствима.

мени препорука које у процесу мониторинга издају надлежна тела СЕ и суделовање у припреми државних извештаја о примени конвенција које се не своди само на пуко достављање података, већ и на перманентно праћење спровођења конвенција и остваривања права мањина од стране различитих административних капацитета и њихову сарадњу с уговорним телима. Изложени закључак тим пре вреди имајући у виду да је чланом II 8.Устава БиХ, између осталог, предвиђена обавеза свих надлежних власти у БиХ да сарађују с надзорним телима установљеним било којим од међународних споразума наведених у Анексу I Устава.[46]

Полазећи од сложене уставне структуре БиХ и донекле компликоване поделе надлежности између државног, ентитетског и кантоналног нивоа власти у питањима од значаја за имплементацију ОК и ЕПРМЈ заиста се може поставити питања на који начин би у БиХ требало имплементирати препоруке релевантних тела. Чини се да би први рационалан и правно прихватљив корак требало да буде њихово мапирање које би се састојало у класификовању препорука и њиховом концептуалном мапирању. Класификовање препорука би обухватило њихово систематизовање у оквиру одговарајућих области, тачније тематских целина које би могле бити опредељене на основу систематизације ОК као тематски ширег и, са становишта мањинских права, свеобухватнијег акта.[47] Концептуално мапирање препорука релевантних тела СЕ имало би за циљ утврђивање односа између њих, како у оквиру истог извора препорука, тачније акта у којем су садржане, тако и у оквиру различитих аката и фаза процеса мониторинга. Имајући у виду све што је изложено у погледу поступка формулисања и усвајања препорука, њиховој садржини, карактеру и степену општости, временском континуитету, односно понављају у узастопним циклусима мониторинга, као и о могућности садржинског преклапања, за сваку препоруку би требало анализирати њен значај и везу са одговарајућим члановима конвенције и тематским коментарима релевантних тела, ако они постоје, као и могућа питања на која би се требало осврнути у припреми одговора релевантним телима. Посе-

[46] У том смислу, свођење изложене уставне обавезе углавном на извештавање како се то чини у појединим коментарима (C. Steiner, N. Ademović, 526.) делује као прилично уско тумачење. С друге стране, извођење уставне обавезе примене препорука уговорних тела на основу изложене уставне обавезе би било веома широко тумачење.

[47] У том смислу, препоруке свих релевантних тела могле би бити распоређене у следеће области: I Обим примене – Национална припадност, II Равноправност и забрана дискриминације, III Култура, IV Толеранција и међукултурни дијалог, V Слобода удруживања и слобода и вероисповести, VI Медији, VII Употреба језика и писма, VIII Образовање, IX Делотворно учешће у јавним пословима, друштвеном и економском животу и X Прекогранични контакти и билатерални споразуми.

бно би требало размотрити степен одређености препорука и њихову подобност да буду непосредно примењиве. Имајући у виду да, садржински посматрано, препоруке могу да буду опредељене у погледу начина спровођења и циља препоруке, тачније да релевантна тела СЕ могу да у различитом обиму формулишу циљ и начин извршења препоруке, степен одређености сваке препоруке може бити квалификован у категоријама јасно (прецизно) одређен (циљ и/или начин), начелно одређен (циљ и/или начин), одредив (циљ и/или начин) и/или неодређен (и циљ и начин). Дакле, реч је о степену одређености препорука са становишта њихове формулације од стране релевантних тела. Степен одређености препоруке је важан за разматрање и одређивање њиховог спровођења (извршења, имплементирања) од стране органа БиХ, ентитета и кантона. Наиме, препоруке код којих начин спровођења није одређен од стране релевантних тела СЕ, или у којима је начин спровођења начелно одређен, као и препоруке код којих је циљ начелно одређен, најчешће нису подобне за непосредну, директну примену и изискују одлуке надлежних органа како у погледу начина на који ће се препорука извршити у оквиру БиХ и њених ентитета, тако и ближе одређивање циља који се њеним извршењем жели постићи. Разуме се, уз поштовање уставне структуре и расподеле надлежности између БХ и њених ентитета. У том смислу, имплементација препорука релевантних тела се заиста креће у луку од могућег стварања до тумачења права.

Наиме, имајући у виду све што је изложено у погледу препорука, а полазећи од комплексности уставне структуре БиХ и честог преклапања надлежности, јасно се намеће закључак да имплементација препорука изискује већи степен сарадње међу институцијама и органима у БиХ. Штавише, могло би се размишљати и о стварању посебног механизма за имплементацију препорука првенствено у смислу начина њиховог имплементирања у БиХ, а без улажења у различите аспекте могућности институционализовања таквог механизма и свакако без преузимања надлежности од стране БиХ нивоа власти за имплементацију свих препорука са позивањем на међународноправни субјективитет БиХ и њену одговорност за примену конвенција. Наиме, иако у појединим коментарима[48] има схватања да међународноправне обавезе имплицирају овлашћења за БиХ ниво власти тако да се од искључивих надлежности ентитета стварају конкурентне надлежности државе и ентитета у случају да ентитети не изврше уставну обавезу заштите људских права и слобода на највишем нивоу, ипак је *ex constitutione* јасно да обезбеђивање највишег нивоа међународнопризна-

[48] C. Steiner, N. Ademović, 533–537.

тих људских права и слобода спада у надлежност како БиХ, тако и ентитета. У том оквиру, креирање таквог механизма би могло да почива на различитим приступима. Први могући приступ у креирању механизма би се могао означити као тематски и могао би се заснивати на формирању радних група састављених од представника надлежних институција на различитим нивоима власти за сваку дефинисану тематску целину у оквиру које би препоруке надлежних тела биле категорисане. Други приступ би се могао окарактерисати као организационо-институционални и он би се могао састојати у креирању механизма заснованог на надлежностима и административним капацитетима на различитим нивоима власти и чињеници да су одређена, углавном саветодавна тела (већа националних мањина у законодавним телима) већ формирана у области поштовања мањинских права и заштите мањина. Трећи приступ у имплементацији препорука би могао бити функционални и он би полазио од чињенице да препоруке, садржински посматрано, предвиђају: а) уставне промене, б) законске промене и ц) предузимање административних и других конкретних мера. Који год приступ да се изабере, основни задатак таквог посебног механизма који не би нужно морао бити институционализован би се, као што је истакнуто, састојао у претходном опредељивању начина на који ће се свака препорука извршити у оквиру БиХ и њених ентитета, као и у ближем одређивању циља који се њеним извршењем жели постићи. Такво одлучивање се, по својој правној природи, не би могло сматрати стварањем права у ужем смислу те речи, јер не би исходовало било каквим нормативним постулирањем које би имало репетитивну апликабилност, али ни класичним тумачењем права, јер не би подразумевало утврђивање правог смисла правних норми, будући да препоруке уговорних тела, иако нису правно ирелевантне, немају карактер правних норми.

5. ЗАКЉУЧАК

Међу међународним уговорима који су закључени под окриљем СЕ посебан значај имају ОК и ЕПРМЈ, јер су од изузетне важности за заштиту националних мањина. Обе конвенције предвиђају веома сличан систем мониторинга над њиховим спровођењем који врше релевантна тела СЕ – СК, КЕ и КМ СЕ. У оквиру система мониторинга назначена релевантна тела усвајају одређене препоруке државама уговорницама. Препоруке, према својој садржини, карактеру и степену општости, могу бити веома различите, а могу се и садржински преклапати, како због чињенице да ОК и ЕПРМЈ једним делом регулишу сродна питања, тако и због тога што КМ своје препоруке темељи на закључним препорукама СК и КМ, а веома често дословно пре-

узима њихову формулацију. Иако, *stricto sensu*, нису обавезујуће, препоруке релевантних тела нису у потпуности правно ирелевантне. Будући да начин изражавања и степен одређености препорука могу бити веома различити, јасно је да је у циљу њиховог извршавања неопходно одредити начин њиховог спровођења и органе који би у оквиру унутрашњег правног поретка требало да их спроведу. Таква уставноправна и управноправна питања у вези с њиховим спровођењем су посебно комплексна у државама са сложеним државним уређењем као што је БиХ у којој постоји значајан опсег преклапања и/или компликоване, па и недовољно јасне расподеле надлежности у различитим областима друштвеног живота од значаја за заштиту националних мањина. У таквом нормативном оквиру имплементација препорука релевантних тела СЕ несумњиво изискује већи степен сарадње међу институцијама и органима у БиХ, нарочито у контексту препорука које нису подобне за непосредну, директну примену и које свакако не би могле бити сматране релевантним правним основом за проширивање надлежности појединих нивоа власти у БиХ или појединих институција и органа. Опредељивање начина на који би такве препоруке требало имплементирати, као и ближе одређивање циља који се њиховим извршењем жели постићи не би се могло сматрати стварањем права, јер не би непосредно исходовало било каквим правним нормама, нити би се могло поимати као тумачење права, јер препоруке уговорних тела, иако нису правно ирелевантне, немају карактер правних норми. Посреди би био процес усаглашавања у сфери јавних политика који би могао имати правне импликације у унутрашњем правном поретку, а у оквиру тумачења правних норми о надлежности различитих нивоа власти и институција и органа.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1.Ademović, Nedim, Marko, Joseph, Marković, Goran, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine,* Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2012;
2. Filips, Alen, „Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina”, *Mehanizmi za implementaciju manjinskih prava* (ur. V. Brašanac), Regionalni centar za manjine, Beograd 2007;
3. Hilpold, Peter, „Artice 23“, *The Rights of Minorities in Europe, A Commentary on The European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. M. Weller), Oxford University Press, Oxford 2006;
4. Lasagabaster, Inaki, „Articles 15 to 17. Application of The Charter“, *Shaping language rights, Commentary on the European Charter for Regional or Minority Languagesin in light of the Committee of Experts'*

evaluation (eds. A. Nogueira, E. J. Ruiz Vieytez, I. Urrutia), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2011;
5. Pentassuglia, Gaetano, *Minorities in International Law*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2002;
6. Rein, Detlev, „Commentary of Articles 24–26 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities“, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities, A Commentary* (ed. R. Hofmann, T. H. Malloy, D. Rein), Brill Nijhoff, Leiden – Boston 2018;
7. Steiner, Christian, Ademović, Nedim, *Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2010;
8. Thornberry, Patrick, Estebanez, Maria Amor Martin, *Minority Rights in Europe: a Review of the Work and Standards of the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2004;
9. Topidi, Kyraki, „Articles 24-26“, *The Rights of Minorities in Europe, A Commentary on The European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. M. Weller), Oxford University Press, Oxford 2006;
10. Woehrling, Jean Marie, *The European Charter for Regional or Minority Languages, A Critical Commentary*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2005;
11. Ђурић, Владимир, *Устав и међународни уговори*, Институт за упоредно право, Београд 2007;
12. Етер, Штефан, „Европска повеља о регионалним или мањинским језицима”, *Механизми за имплементацију мањинских права* (ур. В. Брашанац), Регионални центар за мањине, Београд 2007;
13. Савић, Снежана, „О облику државног уређења Босне и Херцеговине”, *Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета* (ур. Р. Кузмановић), Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука 1999.

Правни прописи

1. Закон о високом образовању БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 59/07, 59/09;
2. Закон о високом образовању РС, *Службени гласник РС*, бр. 67/2020;
3. Закон о заштити права припадника националних мањина у Кантону Сарајево, *Службене новине Кантона Сарајево*, бр. 27/11;
4. Закон о заштити права припадника националних мањина у Тузланском кантону, *Службене новине Тузланског кантона*, бр. 14/2009;
5. Закон о заштити права припадника националних мањина у ФБХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 56/08;
6. Закон о заштити права припадника националних мањина, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/03, 76/05 и 93/08;
7. Закон о заштити права припадника националних мањина, *Службени гласник РС*, бр. 2/05;
8. Закон о личном имену Федерације БиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 7/12;

9. Закон о матичним књигама РС, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 111/2009, 43/2013 и 66/2018;
10. Закон о матичним књигама ФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 37/12 и 80/14;
11. Закон о основном образовању РС, *Службени гласник РС*, бр. 44/17;
12. Закон о попису становништва, домаћинстава и станова у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 10/12 и 18/13;
13. Закон о средњем образовању РС, *Службени гласник РС*, бр. 41/18;
14. Законом о личном имену РС, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 82/19;
15. Оквирни закон о основном и средњем образовању у БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/03 и 88/2007.

Интернет извори

1. Bosnia and Herzegovina, Declaration contained in the instrument of ratification of ECRML deposited on 21 September 2010, *https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by treaty&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=148&enVigueur=true&ddateDebut=05-05-1949*;
2. Committee of Ministers, Outlines for State reports, *https://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring*;
3. Committee of Ministers, Outlines for the periodical reports on the implementation of the European Charter for Regional or Minority Languages to be presented by the States Parties *https://rm.coe.int/cm-2019-69-outlines-2019-en/168094521a*;
4. Framework Convention for the protection of national Minorities, Explanatory report, H (95) 10. *https://rm.coe.int/16800c10cf*;
5. Statute of the Council of Europe, *https://rm.coe.int/1680935bd0*.

Associate Professor, Senior Research Fellow Vladimir Đurić, LL.D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE ASPECTS OF IMPLEMENTING RECOMENDATIONS OF COUNCIL OF EUROPE TREATY BODIES
- between creation and interpretation of law -

Summary

The Council of Europe treaty bodies monitor the implementation of certain conventions in the signatory states (Framework Convention for the Protection of National Minorities and European Charter for Regional or Minority Languages). The implementation of those conventions into the contracting parties' internal legal order requires, first of all, acting in line with the recommendations of the relevant bodies that monitor this implementation. These are the recommendations of the Advisory Committee of the Framework Convention, the Committee of Experts of the European Charter, and the Committee of Ministers, whose acts bring to an end the respective monitoring cycles. Based on the analysis of the legal nature of the recommendations, the paper examines open questions of a constitutional and administrative nature related to the process of their implementation, indicating that such process can move between the creation and interpretation of law.

Key words: *Framework Convention; European Charter on Regional or Minority Languages; Treaty bodies; Recommendations*.

УДК/UDC 341.382(497.6)“1995“
342.52(497.6)
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Матеј Савић

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци

Проф. др Зоран Васиљевић

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

ПОДЈЕЛА НАДЛЕЖНОСТИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ИЗМЕЂУ СЛОВА И ДУХА ДЕЈТОНСКОГ МИРОВНОГ СПОРАЗУМА - ЈАВНОПРАВНИ И ПРИВАТНОПРАВНИ АСПЕКТ -

Тема овог рада, простором и временом концентрисана на актуелну ситуацију у БиХ осцилира између двије основне теоријскоправне димензије: нормативног; онога што треба да буде и фактичког; онога што јесте (што хоће да бива). Аутори су се опредијелили за овакву тему, с намјером да понуде један научни поглед на, још увијек отворена, правна питања. Већ тридесет година смо свједоци великог броја опречних мишљења у вези схватања и тумачења правне природе БиХ, њеног статуса, подјеле надлежности, државног уређења и положаја ентитета у њој, при чему не смијемо заборавити да се стварање ове међународно признате државе одиграло у бурним друштвеним, политичким и свакако, правним околностима, које су резултирале закључењем Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски мировни споразум). У раду се, прије свега анализира нормативни и институционални оквир (поредак) који је успостављен Дејтонским мировним споразумом, односно његовим Анексом 4 (Устав БиХ), затим, пратећи (ре)еволуцију унутрашње организације и подјеле надлежности до данас, аутори се баве проблемом, у континуитету, партикуларног (волунтаристичког) одступања од Дејтонског оквира (поретка). Наиме, Устав БиХ је дефинисао прилично узак круг искључивих надлежности институција на нивоу БиХ, док је на све остале примијенио претпоставку надлежно-

Матеј Савић, *matej.savic@fpn.unibl.org*
Зоран Васиљевић, *zoran.vasiljevic@pf.unibl.org*

сти ентитета. Такође, посебна пажња посвећена је континуираним проблемима који се јављају у самом тумачењу (одредаба) Дејтонског мировног споразума и његових анекса, прије свега у контексту проширења надлежности институција БиХ наметањем закона од стране високих представника, односно, одлукама Уставног суда БиХ. Аутори у раду постављају питање уставности овакве праксе, поготово узимањем у обзир чињенице да је БиХ настала удруживањем ентитета и да све надлежности, па и оне искључиве, изворно припадају ентитетима. Акценат у овом раду је стављен на јавноправни и приватноправни аспект подјеле надлежности између БиХ и ентитета и специфичности које су се појављивале од 1995. године до данас.

Кључне ријечи: Дејтонски мировни споразум; Надлежност; БиХ; Ентитет; Устав; Јавно право; Пословно право; Правни поредак.

1. УВОД

Босна и Херцеговина (У даљем тексту: БиХ) је јединствен примјер, простором и временом уоквирен, на коме можемо емпиријски размотрити теоријски проблем односа фактичког и нормативног елемента (државно)правног поретка.[1] Док нам ситуација са расподјелом надлежности између власти на нивоу БиХ и ентитета представља посебан изазов, што због правне природе Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (У даљем тексту: Дејтонски мировни

[1] У правној теорији правни поредак представља јединство правних норми, људског понашања по тим нормама и правних вриједности у конкретном друштву. Правни поредак се може дефинисати и као скуп правних норми, обичајних правила, начела, вриједности и (фактичког) поступања правних субјеката који, скупа чине позитивно право одређене политичке заједнице. Правни поредак је хијерархиски устројена творевина у којој су његови елементи поредани строгим логичким редом. У садржинском смислу правни поредак се састоји од три основна елемента: 1. правних норми – нормативни елемент; 2. људског понашања – фактички елемент и 3. правних вриједности – аксолошки елемент. Када се детерминише као конкретан поредак одређене државе, ради се о државноправном поретку. Вид. С. С. Савић, М. Савић, *Теорија државе и права*, Бања Лука 2017; Д. Врбан, *Држава и право*, Загреб 2003; Б. П. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008; Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951; Р. Д. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, *Увод у право*, Београд 1995; С. С. Савић, *Појам права као нормативног поретка – Прилог критици Келзенове нормативне доктрине*, Бања Лука 1995. Поред појма правног, односно државноправног поретка, у теорији права може се дефинисати и појам међународноправног поретка, који се у много чему разликује од претходних. Вид. M. Savić, „Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements“, *Yearbook of Faculty of Law, Goce Delcev University* 7/2017, 174-183, М. Савић, „Суверености држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности“, *Политеиа* 8/2014, 69–96.

споразум),[2] тачније Устава БиХ,[3] што због праксе која је на свеколике начине до данас одступила од изворног правног оквира. Ово питање *a priori* постаје још сложеније зато што је у овом случају јако мало заједничких вриједносних именитеља у БиХ, који треба да представљају аксиолошку димензију овог (државно) правног поретка.

Када размотримо појединости конкретно у погледу државног уређења, БиХ се данас није примакла конкретном рјешењу које би могло задовољити интересе сва три конститутивна народа и истовремено обезбиједити њено функционисање.[4] Такође, по немалом броју питања дуги низ година не постоји политички консензус, што представља насљеђе недефинисаног (државно)правног субјективитета, при чему се норме правног поретка, и то у форми писаних (конкретних) одредаба у државном систему примјењују партикуларно, одступајући од општих правних начела као апстрактних правила понашања, као што су начело законитости и уставности, начело хијерархије, начело обавезности, правне сигурности итд. Из тог разлога, БиХ још увијек представља ексклузивну вијест у међународним организацијама и институцијама. БиХ се одређује као кризна тачка Балкана, нефункционална заједница, подијељено друштво, а наводи се и као држава случај због немогућности испуњавања својих међународноправних обавеза.

„Босна и Херцеговина представља специфичну државну заједницу, како због сложеног облика њеног државног уређења, тако и због њеног специфичног положаја и међународноправног статуса, првенствено због утицаја међународне заједнице у њој.“[5] Она је државна заједница, иако је *stricto senso* држава. Оваква теза на први поглед може дјеловати као контрадикторна, међутим, суштинска конституција БиХ, њена правна природа, поријекло устава, унутрашње уређење и унутрашњи утврђени односи, расподјела надлежности, међународна условљеност и ограниченост правног субјективитета је чини државном заједницом. „Завршетком грађанског рата и потписивањем Дејтонског мировног споразума конституисана је држава са другачијим обликом државног уређења у односу на претходну, међународно

[2] Текст доступан у В. Поповић, В. Лукић, *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука 1997. Аутори у предговору наводе да су користили превод оригиналног текста споразума, а који им је уступио Савезни секретаријат за иностране послове СРЈ из Београда.

[3] Устав Босне и Херцеговине садржан је у Анексу 4 Дејтонског мировног споразума.

[4] Шире вид. М. Савић, „Споразум о специјалним паралелним односима - Дејтонски темељ односа Републике Српске и Републике Србије“, *Зборник радова: Република Србија и Република Српска - стари и нови политички изазови*, Београд 2014, 186–199.

[5] *Ibid.*

признату (државу) Републику Босну и Херцеговину.“[6] Од 1995. године о облику државног уређења у БиХ постоје различита мишљења. „Различити научни али и политички ставови полазе од тога да је Босна и Херцеговина унија, а Република Српска *држава са ограниченим суверенитетом*, да је Босна и Херцеговина конфедерација, федерација или пак да се ради о *sui generis* облику државног уређења.“[7] Наиме, оваква становишта све ове године настају због лутања која су произведена у околностима закључења Дејтонског мировног споразума, чему је посебно допринијела тада актуелна ситуација у оквиру међународноправног поретка, а која је омогућила директни политички волунтаризам извана, од стране *Политичког запада*.“[8] У овом волунтаристичком приступу у оквиру одређених елемената међународне заједнице истичу се на првом мјесту, Велика Британија, Сједињене америчке државе и Федерална Република Њемачка.

Општи оквири њене егзистенције, дјелимичне одреднице унутрашњег уређења, као и суштина међународноправног субјективитета дефинисани су у садржају Дејтонског мировног споразума, тј. одредбама њеног Устава, те законским прописима које је усвојила Парламентарна скупштина. Међутим, у одредбама Устава Босне и Херцеговине није експлицитно дефинисано унутрашње уређење БиХ, као ни њено формалноправно одређење као државе. Захваљујући овом недостатку већ деценијама постоји отворен спор у погледу дефинисања унутрашњег уређења БиХ и њене правне природе. „Самим тим што постоји знатан број различитих становишта у погледу њеног одређења и што се не може представити једна интегрална и општеприхваћена дефиниција Босне и Херцеговине, можемо, с правом, тврдити да се

[6] С. Савић, „Примјена Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонског мировног споразума) – Улога Уставног суда Босне и Херцеговине“, *Зборник радова: Дејтонски споразум – две деценије мира и пouке за свет*, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2016, 63, цитирано према, М. Савић, *Босна и Херцеговина између државноправних и међународноправних проблема*, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, бања Лука 2022, 20.

[7] П. Кунић, *Република Српска – држава са ограниченим суверенитетом*, Бања Лука 1997; С. Савић, *Република Српска послије Дејтона, питања и проблеми правне природе*, Бања Лука 1999; С. Савић, *Правна природа Републике Српске у Изградња и функционисање правног система Републике Српске*, Бања Лука 1997; Р. В. Лукић, „Поводом тридесет година Републике Српске“ *Зборник радова са округлог стола поводом тридесет година Народне скупштине: Народна скупштина као темељ државотворности Републике Српске*, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022, 31–53.

[8] М. Савић, *Босна и Херцеговина између државноправних и међународноправних проблема*, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022, 20–21.

ради о државном организму *specialis* карактера.“ [9] Ипак, јасно је да на основу Дејтонског мировног споразума БиХ представља заједницу државотворних ентитета, у којој су оригинарни носиоци легитимитета три конститутивна народа, иако се у формалноправном смислу дефинише као држава.[10] У том смислу, у Уставу[11] су кумулативно уграђени народни легитимитет и заштита виталних интереса народа, те ентитетски суверенитет, који је видљив у виталном интересу ентитета, односно територијални принцип функционисања у заједничким институцијама Босне и Херцеговине.[12]

2. ПРЕТХОДНО ОДРЕЂЕЊЕ ПОДЈЕЛЕ НАДЛЕЖНОСТИ У БИХ

С обзиром на то да у овом раду разматрамо питање подјеле надлежности у БиХ, са акцентом на проблем односа између нормативног и фактичког елемента (државно)правног поретка – између слова и духа Дејтонског мировног споразума потребно је јасно поставити оквир за расправу. У том смислу акценат ће бити стављен на два главна аспекта: 1. дјеловање високих представника и 2. положај и праксу Уставног суда БиХ, са нагласком на посљедице у смислу подјеле надлежности. А да би смо до краја могли бити прецизни, у јавноправном и приватноправном контексту – размотрићемо еволуцију расподјеле надлежности између заједничких институција власти и ентитета (са нагласком на Републику Српску) унутар БиХ.

Основно полазиште за расправу представља Устав Босне и Херцеговине, односно одредбе које су садржане у њему. Наиме, у члану III/1a одређено је десет основних надлежности БиХ, при чему је дефинисано да БиХ има институције, а не органе, што имплицира да су оне заправо заједничке институције ентитета и конститутивних народа.[13] Дакле, не ради се о органима државе већ заједничким институцијама на нивоу БиХ, што је од изузетног значаја. Међутим, да се вратимо на главну магистралу овог рада. Наведеном одредбом Устава дефинисано је да су у надлежностима институција БиХ: 1.спољна

[9] *Ibid.*, 22.

[10] Вид. *Дејтонски мировни споразум*, текст доступан у В. Поповић, В. Лукић, *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука 1999.

[11] Вид. *Устав Босне и Херцеговине.*

[12] *Ibid.*

[13] Ово питање може бити предмет расправе у погледу тумачења права, посебно језичког тумачења, јер је познато да је изворни текст писан на енглеском језику, при чему у Босни и Херцеговини још увијек (28 година послије закључења) није израђен и усвојен аутентичан текст на једном од званичних језика. Вид. *Устав Босне и Херцеговине.*

политика, 2. спољнотрговинска политика, 3. царинска политика, 4. монетарна политика, 5. финансирање установа и међународних обавеза БиХ, 6. политика и прописи за усељавање, 7. избјеглице и азил, 8. спровођење кривичних закона на међународном плану и између Ентитета, укључујући ту односе са Интерполом, 9. увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације, 10. регулисање саобраћаја између Ентитета и контрола ваздушног саобраћаја.[14] Оно што је још важније можемо пронаћи у чињеници да је унутрашња структура и организација измијењена и утемељена Дејтонским мировним споразумом, односно Уставом, тако да је БиХ изграђена из два државотворна ентитета (њихових устава, органа и надлежности) и заједничких институција на новоу БиХ. У оваквој организацији, која је дефинисана Уставом надлежности ентитета су оригинарног карактера, док су надлежности институција БиХ деривативног карактера – то је јасно садржано у одредбама Устава, али и у другим анексима Дејтонског мировног споразума.[15] Међутим, прије свега дио бошњачких политичких представника, уз подршку једног дијела међународних актера у БиХ покушавају поставити супротну ситуацију и промијенити природу унутрашњег уређења и дејтонски утврђену подјелу надлежности.

Такође, у члану III/3а дефинисано је да „све државне функције и овлаштења која овим Уставом нису изричито додјељена институцијама Босне и Херцеговине припадаће Ентитетима“. Ова одредба је потпуно јасна! Међутим, постоје велики проблеми у вези са одређењем и прихватањем надлежности, односно њеном подјелом између ентитета, а прије свега Републике Српске и заједничких институција БиХ. Ови проблеми се у континуитету јављају прво због екстензивног тумачења, те погрешног одређења међународноправног субјективитета БиХ и правне природе одређених међународних уговора (овдје се мисли на првом мјесту на Споразум о сукцесији)[16] и друго; без основаног дјеловања високих представника, уз врло проблематичну и контрадикторну праксу Уставног суда БиХ. Овакво, прије свега политичко поступање увело је БиХ у ситуацију правне несигурности у којој се наведена одредба злоупотребљава и континуирано користи као основа за „тиху“ прекомпозицију унутрашње организације (уређења)

[14] Устав БиХ, члан III/1а.

[15] Члан I/1 Устава Босне и Херцеговине. Анекси Дејтонског мировног споразума, прије свих: Анекс 1-А; Споразум о војним аспектима мировног рјешења, Анекс 2; Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима, Анекс 8; Споразум о Комисији за очување националних споменика.

[16] Споразум о питањима сукцесије СФР Југославије, *Службени гласник БиХ,* бр. 43/01.

БиХ и „нову“ прерасподјелу надлежности, другачију од оне утврђене Дејтонским споразумом. Тенденције и иницијативе за нову прерасподјелу надлежности у правцу централизације, односно унитаризације БиХ, у првом реду долазе од стране дијела бошњачких политичких представника.[17]

Морамо нагласити да овакву, или сличне ситуације у погледу тумачења и злоупотребе имамо и са низом других одредаба Устава БиХ, али и са одредбама садржаним у законским и подзаконским актима на нивоу БиХ. С тим што, код ових аката можемо пронаћи и проблем, не само у погледу тумачења и тенденциозне интерпретације одредаба, већ и у погледу њихове законитости, односно уставности. Што је, заправо, још гора ситуација. Тако нпр. Закон о савјету министара[18] садржи одредбе које нису у складу са одредбама Устава, [19] Правила Уставног суда[20] супротно Уставу проширују надлежности суда, итд.[21] Такође, закони (а има их немали број) и уставни амандмани на нивоу ентитета, које су наметали високи представници се примјењују без икаквог правног основа.

[17] Вид. С. С. Савић, „Уставотворна и законодавна власт-Народна скупштина Републике Српске и Вијеће народа“, *Зборник радова са округлог стола поводом тридесет година Народне скупштине Републике Српске: Народна скупштина као темељ државотврности Републике Српске*, 21–31; Р. В. Лукић, 31-53*;* М. Савић, „(Не)уставност у Босни и Херцеговини и политички волунтаризам“, *Годишњак правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 44/2022, 9–23.

[18] Закон о савјету министара, *„Службени гласник БиХ“*, бр. 38/2002, 30/2003, 42/2003, 81/2006, 76/2007, 81/2007 и 24/2008.

[19] Устав БиХ у члану V/4 предвиђа да ће Предсједништво именовати предсједавајућег Савјета министара, а који након тога именује остале министре. Ови министри по одобрењу Парламентарне скупштине преузимају дужност. Дакле, према овој одредби Парламентарна скупштина не може именовати Савјет министара, при чему је овај орган непосредно подређен Предсједништву БиХ, као главној извршној заједничкој институцији, која и бира предсједавајућег Савјета министара. Међутим, у Закону о Савјету министара у члану 34. дефинисано је да „Савјет министара одговара за свој рад Парламентарној скупштини“. Ова одредба Закона је у директној колизији са одредбом Устава БиХ. Оваква рјешења су карактеристична у ситуацијама гдје парламент бира владу на приједлог предсједника (Србија, Хрватска, Мађарска итд.), међутим, према Уставу БиХ, нити Парламентарна скупштина треба да бира Савјет министара, нити је Савјет министара Влада.

[20] Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, текст доступан на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/pravila-bs_1611132311.pdf* (приступљено 21. 12. 2022)

[21] Надлежност, односно јурисдикција Уставног суда је јасно дефинисана у члану VI/3 Устава Босне и Херцеговине. Међутим, суд је одавно изашао изван предвиђених оквира, при чему је произвољно регулисао надлежност, положај судија, процедуре и сл. усвојивши Правила суда, која, прије свега у материјалноправном смислу немају основу у претходно наведеном члану Устава БиХ. Вид. М. Савић, (2022), 9–23.

У сваком случају, оно што би требало бити недвосмислено јесте да је област приватног права у надлежности ентитета и Брчко дистрикта БиХ.[22] Ову област бисмо даље могли подијелити на Грађанско право и Пословно право. И из анализе самих надлежности институција БиХ таксативно набројаних у чл. III/1 се може извући закључак да оне не обухватају ниједно питање које припада области приватног права. Истина, наведена су одређена питања која граниче са облашћу Пословног права, као што су Спољнотрговинска политика, Царинска политика или Регулисање саобраћаја између ентитета, али овдје се ради о материји која припада области јавног права и која задире у област Привредног права, као дијела Пословног права који има јавноправну природу.

Према томе, питања самог Грађанског права, као и дијелова Пословног права који се односе на Право привредних друштава и Трговинско право не улазе у оквир надлежности институција БиХ и регулисана су ентитетским законима и законима Брчко Дистрикта. Стога, ентитетски прописи који регулишу институте приватног права не могу бити у супротности са Уставом БиХ, а поготово са општим принципима међународног права. Само у случајевима из чл. III/5а Устава БиХ може доћи до преношења ентитетских надлежности на ниво БиХ. То је могуће ако се ентитети договоре, затим за послове предвиђене Анексима 5-8 Општег оквирног споразума, те у случајевима када је то потребно за очување суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног субјективитета БиХ.

Дакле, ради се о три случаја, у вези с којима је за први јасно наведено да се може радити о било којем питању око којег се ентитети договоре. То се може односити и на материју приватног права. Други

[22] Тако оба ентитета и дистрикт имају, нпр., своју регулативу стварних права, облигационих односа или материје привредних друштава. Вид. Закон о стварним правима, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 124/08, 3/09 – испр., 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21 – одлука УС и 119/21 – одлука УС; Закон о стварним правима, *Службене новине ФБиХ,* бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС; Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ,* бр. 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 и 44/22; Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и *Службени гласник Републике Српске,* бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04; Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист Републике Босне и Херцеговине,* бр. 2/92, 13/93 и 13/94 и *Службене новине ФБиХ,*бр. 29/03 и 42/11; Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 и 17/23; Закон о привредним друштвима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ,* бр. 81/15 и 75/21; Закон о предузећима Брчко Дистрикта, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ,* бр. 49/11 - пречишћени текст, 11/20.

и трећи случај су спорни с аспекта процедуре преношења надлежности. Наиме, језичким тумачењем одредбе не би се могао без резерве извући закључак да је и за овакав пренос надлежности потребан споразум ентитета, иако би то могао бити закључак уколико бисмо користили логичко тумачење.[23] У супротном, остаје нејасно ко одлучује о оваквом преносу надлежности. Међутим, и поред ове дилеме, опет би требало бити потпуно недвосмислено да се институти, односно питања, из приватноправне области не могу на овај начин преносити на ниво БиХ, из простог разлога што се материја Анекса 5-8 Општег оквирног споразума на њих не односи, када се ради о другом случају, те што се институти чија се заштита тражи у трећем случају односе, такође, на материју јавног права, а не приватног права.[24] Наиме, суверенитет државе, њен територијални интегритет, политичка независност и међународни субјективитет су елементи јавне власти, односно основни елементи државности и регулисани су искључиво императивним нормама јавног права. С друге стране, материја приватног права је, добрим дијелом, регулисана диспозитивним нормама, тиче се односа између физичких и правних лица (из домена приватног права, као што су разна удружења, фондови, фондације, привредна друштва) у једној држави и у значајној мјери припада домену њиховог аутономног права, поготово у сфери пословноправних односа, те не може у том смислу нарушавати било који од наведених института из треће наведеног случаја, као основа за пренос надлежности. Према томе, могли бисмо закључити да се питања која представљају област приватног права не могу преносити без воље самих ентитета у надлежност државних институција на нивоу БиХ.[25]

3. ДЈЕЛОВАЊЕ ВИСОКИХ ПРЕДСТАВНИКА

Можда и најзначајније посљедице у вези са волунтаристичким дјеловањем високих представника у смислу промјене унутрашње организације и подјеле надлежности у БиХ можемо пронаћи у ситуацији која је наступила након дјелимичне одлуке Уставног суда БиХ у

[23] Више о дилемама око тумачења наведене норме: М. Пилиповић, *Устав Босне и Херцеговине – нормативно и стварно*, Бања Лука 2008, 166–167.

[24] Иначе, Устав БиХ поводом овог начина преноса надлежности није утврдио било какве критеријуме када се може сматрати да постоји угроженост суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног субјективитета БиХ, што може представљати извор честих неспоразума о врло осјетљивим питањима. Види М. Пилиповић, 169–170.

[25] Овај принцип би се, уосталом, требао односити на сва питања, имајући у виду сложену структуру и националну пдјелу у БиХ. Такође, вид. М. Пилиповић, 168; П. Кунић, „Неки аспекти имплементације Дејтонског споразума“, *Актуелности* 6/1999, 21.

предмету У-5/98.[26] Одлука у овом предмету позната је и као „Одлука о конститутивности народа“. Нећемо погријешити и ако нагласимо да су сви проблеми тада и почели да се развијају. Наиме, одлука Уставног суда је имплементирана „доношењем“ Амандмана LXVI – XCII на Устав Републике Српске које је својом вољом наметнуо високи представник (тада Волфганг Петрич) у БиХ и то доносећи Одлуку о измјенама и допунама Устава Републике Српске.[27] Он је то урадио противно одредбама садржаним у Анексу 10 Дејтонског мировног споразума и противно Закључцима који су усвојени на Конференцији у Бону 1997. године.[28] Међутим, у самој одлуци високи представник се позива на члан V Анекса 10 Дејтонског мировног споразума, одређујући (наводни) правни основ за доношење овакве одлуке.

Наведеним амандманима успостављено је Вијеће народа Републике Српске. Дакле, формирана је потпуно нова институција која, прије тога није била дефинисана Уставом. Дефинисан је појам виталног националног интереса. Промијењена је надлежност Народне скупштине Републике Српске и дефинисан положај Вијећа народа у (државно)правном поретку. Једностраним волунтаризмом високог представника измијењено је уставно устројство у уставотворном и законодавном контексту и статус Републике Српске у БиХ. На основу овог амандмана Народна скупштина више не може самостално доносити измјене Устава, или пак нови Устав у цјелини, јер је предвиђено да Вијеће народа у уставотворном поступку има равноправан статус. Штетне посљедице оваких измјена могле су се видјети када су у Народној скупштини усвојени Амандмани CXXII-CL на Устав Републике Српске двотрећинском већином. Међутим Клуб Бошњака у Вијећу народа је гласао против усвајања Амандмана на Устав што је онемогућило њихово доношење.[29] Такође, у законодавној процедури постоје велики проблеми у погледу трајања самог законодавног поступка, јер најчешће Клуб Бошњака злоупотребљава витални национални интерес у политичке сврхе, на основу чега се у доношење закона мора укључити Вијеће за заштиту виталног интереса при Уставном суду Републике Српске. Све ово значајно временски продужава поступак доношења закона.[30]

---

[26] *Службени гласник БиХ*, бр. 12/2000.

[27] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 26/02.

[28] Закључци Бонске конференције, текст доступан на: *http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=29660#11* (приступљено 12. 01. 2023).

[29] Вид. С. С. Савић, *Република Српска у Дејтонској Босни и Херцеговини*, „Комесграфика“, Бања Лука 2011. 209.

[30] Вид. Устав Републике Српске, чл. 70. допуњен Амандманом LXXVII*, Службени гласник Републике Српске,* бр. 26/2002.

На жалост, од 2002. године оваква и слична пракса високих представника је постала устаљена. У више наврата мијењан је Устав Републике Српске, наметани су закони – ауторитет за тумачење је волунтаристичким дјеловањем самопрокламован у уставотворни и законодавни ауторитет супротно одредбама Устава БиХ, али и супротно Дејтонском мировном споразуму у цјелини. Високи представници нису имали никакав (ваљан) правни основ за овакво дјеловање и наметање амандмана на Устав Републике Српске и закона, како на ентитетском, тако и на заједничком нивоу.

Интересантан правни парадокс је наступио када је 2022. године Жељко Комшић као члан Предсјдсједништва БиХ поднио захтјев за оцјену уставности Амандмана LXXVII и Амандмана LXXXII Уставном суду БиХ у предмету У-16/22. Као страна у поступку (доносилац акта) легитимисана је Народна скупштина Републике Српске. Међутим, с обзиром да Народна скупштина није донијела предметне амандмане Уставни суд се, по логици ствари, заправо требао обратити канцеларији високог представника, односно високом представнику за образложење и одређење уставноправнг основа за доношење ових амандмана, при чему је било потребно затражити и међународноправни основ за тада његово уставотворно поступање. С обзиром на то да не постоје ваљани правни основи за овакво уставотворно дјеловање високог представника, Уставни суд то није учинио, што потврђује чињеницу да је упитна правна ваљаност читавог сета наведених амандмана. Нигдје у цивилизованом свијету међународни представник, као инокосна институција (дијела) међународне заједнице, не може доносити акте са уставотворним и законодавним карактером унутар правног поретка државе. Формалноправно, високи представник то није могао, нити може радити ни у БиХ. Међутим, оваква ситуација представља логички парадокс и правни *non sence*, а с обзиром на стварно (фактичко) стање у БиХ.

Јасно је да се одлукама високих представника, које су донесене изван институција БиХ и органа ентитета, а супротно Уставом предвиђеним процедурама директно подрива владавина права и угрожава правна сигурност. У континуитету се крше одредбе садржане у члану I/2 Устава БиХ којим је дефинисано да је: „Босна и Херцеговина демократска држава која функционише у складу са законом и на основу слободних и демократских избора“ од стране високих представника, који су узурпирали законодавну (и уставотворну) надлежност без икаквог легитимитета, супротно свим демократским начелима и без, на слободним и демократским изборима потврђеног мандата, више пута доносили одлуке о наметању закона и амандмана.

На овом мјесту морамо нагласити да нам није циљ оспоравање дејтонског статуса високих представника, већ желимо да укажемо на континуирану злоупотребу положаја и надлежности, а која реално има несагледиве посљедице по (државно)правни поредак. Високи представник јесте коначни ауторитет у земљи у погледу тумачења Дејтонског мировног споразума и према одредбама садржаним у Анексу 10. Дејтонског споразума он „пружа помоћ, када то оцјени неопходним, у изналажењу рјешења за све проблеме који се појаве у вези са цивилном имплементацијом Споразума...“. Такође, на основу закључака у Бону он може доносити „привремене мјере“ извршног и као што сама ријеч каже, привременог карактера.[31] Ништа од наведеног, ни једна важећа норма, ни један међународни, или пак, унутрашњи акт, не предвиђају, нити претпостављају могућност доношења законских, или пак, уставних аката. То што је предвиђено да је Високи представник коначни ауторитет, утврђује његов пуни мандат и надлежност у тумачењу, али не и у доношењу (наметању) измјена и допуна Дејтонског мировног споразума или његових анекса.

Поред анекса 10 Дејтонског мировног споразума, одредбе садржане у поглављу XI Закључака Савјета за имплементацију мира из Бона 1997. године гласе: „Савјет поздравља намјеру Високог представника да искористи своја крајња овлаштења у регији у вези са интерпретацијом Споразума о цивилној имплементацији Мировног споразума, у циљу олакшања разријешења тешкоћа путем доношења обавезујућих одлука, кад он сматра за неопходно, о сљедећим питањима: а) вријеме, мјесто и предсједавање састанцима заједничких институција; б) привремене мјере које ступају на снагу кад стране нису у могућности да се договоре и које остају важеће док Предсједништво или Савјетаминистара не усвоји одлуку о том питању у складу са Мировним споразумом; ц) друге мјере у циљу осигурања имплементације Мировног споразума у цијелој Босни и Херцеговини и њеним ентитетима, као и неометаног рада заједничких институција. Такве мјере могу укључивати активности против особа које обављају јавну службу или функционера који изостају са састанака из неоправданих разлога или за које Високи представник сматра да нарушавају правне обавезе успостављене Мировним споразумом или рокове за њихово имплементирање.“[32]

Ни на једном мјесту се не дефинише да одлуке високих представника могу имати законску правну снагу, нити се уопште наводи

[31] *Ibid.*, Закључци Бонске Конференције.

[32] Доступно на: *http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=29660#11* (приступљено 29.01.2023)

положај, надлежност и однос према високим представницима Парламентарне скупштине, Народне скупштине Републике Српске, или Парламента ФБиХ. Шта више, привремене мјере које се могу доносити у случају да стране[33] нису у могућности да се договоре, су изврш-ног и привременог карактера, *ergo*, ако их пренесемо у институционалну димензију, оне су у оквиру надлежности Предсједништва или Савјета министара, док се остале мјере односе само на имплементацију Дејтонског мировног споразума, а не на његове измјене. Дакле, јасно је да ни на основу тзв. Бонских овлаштења, ни на основу Анекса 10 високи представници немају надлежност и правни основ за доношење закона и амандмана, нити су високи представници имали основ за њихово доношење, нити институције које поступају по њима имају правни основ да се на тај начин понашају.[34] Такође, морамо нагласити да високи представници немају, нити су имали уставноправни основ за доношење закона и амандмана на уставе и досадашње овакво поступање представља грубо кршење међународног права, уставног поретка БиХ и Републике Српске, принципа уставности и законитости и остваривања и заштите људских права и слобода. Међутим, оваквим дјеловањем БиХ је претрпјела измјене у погледу унутрашњег уређења и расподјеле надлежности. То што је ово дјеловање без ваљаног правног основа, ову ситуацију чини још тежом.

Посљедице овакве праксе се већ одавно непосредно осјећају у оквиру државноправног поретка, не само у погледу проширења надлежности заједничких институција, већ и у узурпаторским и правно неоснованим промјенама унутрашњег уређења, организације БиХ, статуса и надлежности ентитета. Већ на основу дјеловања високих представника добили смо значајно другачију унутрашњу организацију и расподјелу надлежности између БиХ и ентитета, кроз измјене Устава Републике Српске, од одлуке о конститутивности народа, па све до данас.[35] Када се узме у обзир све наведено дјеловање високих представника у БиХ је прије свега у потпуности супротно Уставу БиХ и Дејтонском мировном споразуму у цјелини. Међутим, поједини бошњачки политички представници захтјевима за оцјену уставности кроз поступање Уставног суда покушавају потврдити високог представника као институцију БиХ, односно како је то више пута наведе-

[33] Овдје се мисли на стране унутар Босне и Херцеговине, односно на Републику Српску, ФБиХ и заједнички ниво БиХ.

[34] Вид, М. Савић, (2022), 9–23.

[35] Поред измјена Устава високи представници су дјеловали у вези питања имовине, гдје је наметнут закон и постојећи закони стављани ван снаге, у вези са положјем и надлежностима Савјета министара, гдје је опет високи представник својом одлуком наметнуо закон. Такође, од стране високих представника наметане су измјене кривичног закона, изборног закона итд.

но „поступајуће власти БиХ“ што је *contraditio in adiecto*. Заправо, прихватањем овакве интерпретације долази се до директне повреде Устава БиХ и то чланова II/2и III/3б. Такође, оваквом промјеном статуса и надлежности се крше и чланови II/1,II/3г), II/3х), III/1, III/2, III/3а), III/5а), IV/3ц), IV/3д)IV/4а) Устава Босне и Херцеговине. Све претходно наведено у правној доктрини прихваћеној од цивилизованих народа је потпуно неприхватљиво.[36]

4. ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Сљедећи проблем у вези прекомпозиције надлежности се може сагледати кроз праксу Уставног суда БиХ. Ако кренемо од почетка, полазимо од положаја и надлежности Уставног суда, а који су данас значајно другачији у односу на дејтонско рјешење, јер је Уставни суд одавно изашао изван оквира својих надлежности. Уставни суд не може представљати уставотворца, он има искључиву улогу заштитника Устава БиХ, коју већ двадесет година не врши у складу са Уставом, при чему у континуитету постоји реална опасност од, како смо већ навели „тихе“ и неуставне прерасподјеле надлежности између ентитета и БиХ и промјене унутрашњег уређења, јер посљедице овакве праксе Уставног суда *pro futuro* могу бити (и већ јесу) несагледиве и изузетно штетне по владавину права, обезбјеђење правне сигурности, правичности, заштиту људских права итд.

У том смислу, и у овом погледу морамо кренути од контроверзних дјелимичних одлука Уставног суда у предмету У-5/98, познатог као „одлука о конститутивности“, при чему се не смију занемарити ни издвојена мишљења пет судија у том предмету (што је већина),[37] у којима је истакнуто неслагање са одлуком судског вијећа.[38] Поред овога начин на који је имплементирана одлука Уставног суда БиХ у предмету У-5/98 је споран и противан начелу владавине права и уопште начелима као општеприхваћеним вриједностима, која препознаје и Устав БиХ. Начин на који је имплементирана наведена одлука је

[36] Овакав приступ у супротности је са одредбама садржаним у Европској конвенцији о људским правима и основним слободама (ETS No. 005) из 1950. године, Универзалној декларацији о људским правима(GA/RES/217A) из 1948. године, Међународном пакту о грађанским и политичким правима(GA/RES 2200A (XXI)) из 1966. године, Међународном пакту о економским и социјалним правима(GA/RES 2200A (XXI)) из 1966. године и другим међународним документима.

[37] Издвојена мишљења у предмету У-5/98 су приложили: судија проф. др Звонко Миљко, судија Мирко Зовко, судија проф. др Снежана Савић, судија проф. др Витомир Поповић и судија Ханс Данелијус.

[38] Уставни суд је дјелимичне одлуке у предмету У-5/98 донио већином од 5 на према 4.

супротан одредбама Устава Републике Српске, као и одредбама Устава БиХ, јер је амандмане на Устав Републике Српске својом одлуком наметнуо високи представник без икаквог правног основа.

Надаље, више од двадесет година се размотава клупко покренуто на основу „одлуке о конститутивности“ и то са посебним интензитетом у задњих неколико година, што можемо примијетити у захтјевима за оцјену уставности и одлукама Уставног суда у предметима У-2/18, У-8/19, У-4/20, У-14/20, У-4/21.[39] То су, између осталих, предмети „пољопривредно земљиште“, „стварна права“, „шуме“, „високо образовање“ и други. Прије овога смо имали одлуке о „државној имовини“ иако нигдје у Уставу БиХ уопште не постоји термин „државна имовина“, затим, „грб и химна“, „дан републике“ итд. С једне стране почевши од предмета „конститутивност“, Уставни суд све више излази из оквира својих надлежности, тако што преузима улогу уставотворца и с друге стране, прихвата екстензивно и тенденциозно тумачење одредаба Устава и међународних уговора. О ситуацији о прихватању надлежности за разматрање политичких аката, као што су закључци и декларације сувишно је и говорити, јер је Уставни суд тиме не само изашао из оквира своје надлежност, већ је поступио и супротно својој претходно установљеној пракси. Овде се не ради о прилагођавању, или пак еволуцији праксе. Ријеч је о потпуном заокрету од 180 степени и директној контрадикторности у ставовима суда.

Такође, оно што је посебно специфично и симптоматично је чињеница да се готово сви наведени предмети тичу одредаба садржаних у члану III/1 Устава којим је дефинисана надлежност институција БиХ, односно подјела надлежности између БиХ и ентитета. Поред овога, истиче се и члан I/1 Устава БиХ који се у континуитету произвољно и тенденциозно тумачи, при чему се међународни континуитет БиХ покушава пресликати на унутрашњи, иако је то супротно самим одредбама Устава. Ово дјелује као начин размишљања да десет пута поновљена лаж постаје истина. Овим чланом је прописано да БиХ наставља „... своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром измијењеном овим уставом и са постојећим међународно признатим границама, да остаје чланица Уједињених нација и да може задржати чланство или затражити при-

[39] У погледу предмета, шире види *„Службени гласник БиХ“*, бр. 30/2019, 16/2020, 22/2021, 63/2021 итд. Такође, одлуке су доступне и на*: https://www.ustavnisud.ba-/sr/odluke?sp=DatumDesc&* (приступљено 27.03.2023)

јем у организацијама унутар система Уједињених нација, као и другим међународним организацијама.“[40]

Наиме, поједини бошњачки политички представници имају континуирану тенденцију да докину надлежности ентитета, односно Републике Српске предвиђене Уставом БиХ, и то чланом III/1, с циљем извршења промјене већ постојеће подјеле надлежности која је прописана Уставом БиХ, што, ако би се исправно тумачило, представља директну повреду уставности. На овом мјесту се мора истаћи да овакви начини промјене подјеле надлежности унутар БиХ, а посебно кроз праксу, или судско тумачење, стварају реалну опасност од нарушавања Уставом успостављене равнотеже, при чему постоји реална опасност од ремећења с муком уређених и избалансираних међусобних односа између субјеката у сложеној заједници каква је БиХ. На жалост, у немалом броју случајева Уставни суд БиХ је прихватао овакве захтјеве за оцјену уставности. Сувишно је говорити да унутрашњи правни поредак БиХ не почива на принципима прецедентног права и да судска пракса, па и пракса Уставног суда у евроконтиненталним системима, какав је овај у БиХ, не представља извор права. Уставни суд би требао да има улогу уставобранитеља, односно чувара устава, а не некаквог „екстензивног“ уставотворца.

Такође, мора се истаћи и питање хијерархије правних аката у БиХ. Ако се изврши систематско, логичко и циљно тумачење одредаба садржаних у Уставу положај ентитета и њихова надлежност за уређивање свих питања која нису дефинисана чланом III/1 Устава БиХ је у потпуној сагласности са Уставом БиХ као највишим правним актом. Од посебног значаја је систематско тумачење права, јер се њиме утврђује значење правне норме у оквиру једног јединственог система важећих норми. Овим тумачењем се утврђује истинито значење правне норме помоћу њеног повезивања са другим нормама у правном поретку и систему права. Код систематског тумачења је изузетно важно уважавање општих и правноетичкихи принципа унутар једне државе, што се кроз праксу Уставног суда, заправо угрожава, занемарујући принцип правичности, функционалности, подјеле надлежности, супсидијарности итд. који су од пресудног значаја за један правни поредак, па и поредак у БиХ. Оно што је посебно проблематично је да се с временом етаблирала, односно да се покушава етаблирати пракса „заштите правне сигурности“ прилагођавањем ентитетских устава Уставу БиХ кроз поступке апстрактне оцјене уставности пред Уставним судом БиХ што представља широку интерпретацију судске праксе, у којој се не ради о прилагођавању ентитетских устава,

[40] Вид. В. Поповић, В. Лукић.

већ о мијењању подјеле надлежности унутар БиХ, за шта не постоји основа у њеном Уставу. Ово имплицира да је ријеч о континуираном нарушавању уставности и законитости и директном угрожавању државноправног поретка.

Посебно је опасно и неприхватљиво задирање Уставног суда БиХ у сферу приватног права, односно његових института и покушај превођења на терен јавног права. Наиме, као што смо констатовали у дијелу у којем смо расправљали о подјели надлежности, материја приватног права је у надлежности ентитета (и БД дистрикта) и то се не може промијенити без воље самих ентитета. То је, уосталом, кршење и самог Устава РС у којем се наглашава да „Републици припадају све државне функције и надлежности осим оних које су Уставом Босне и Херцеговине изричито пренесене на њене институције“.[41] Оваква пракса Уставног суда БиХ је започела са већ споменутом одлуком о „државној имовини“.[42]

Наиме, Одлуком У-1/11 Уставни суд је закључио да је Закон о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске[43] неуставан, јер регулише питања имовине која су у искључивој надлежности БиХ. А такав закључак Уставни суд изводи из свог тумачења да су наведеним законом повријеђени чланови I/1, III/3.b) и IV/4.e Устава БиХ. Из самих одредаба Устава БиХ за које се у Одлуци уставног суда наводи да су повријеђене не може видјети да је питање регулисања „државне имовине“ у надлежности институција БиХ, што је вјероватно схваћено и од стране судија које су креирале овакву Одлуку, па нису имали избора осим да се у образложењу Одлуке ставе у улогу уставотворца, умјесто „чувара“ Устава, и зађу у надлежност Парламентарне скупштине БиХ. Тако је од стране „Уставног суда БиХ креиран појам „државне имовине“ и убачен у правни систем БиХ. Међутим, тек ту долази до правне маскараде. Један чисто приватноправни појам се покушава превести у материју јавног права, уз видно непознавање материје пословног, као и грађанског права, односно његових саставних дијелова, стварног и облигационог права.

Наиме, појам имовине преставља институт приватног права, који се користи и у грађанском и у пословном праву за дефинисање скупа свих стварних и облигационих права која привадају једном субјекту права (физичком или правном лицу).[44] То никако не може да се дефинише као „облик својине, који је по својој структури сличан грађан-

[41] Чл. 3 Устава РС.

[42] Одлука Уставног Суда БиХ, бр. У-1/11 од 13.07.2012. године.

[43] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 135/10.

[44] Вид. М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2019, 91.

скоправној приватној својини“,[45] јер је то просто шири појам не само од појма права својине, већ и од стварних права у цјелини, јер обухвата и облигациона права.[46] Поготово се право својине државе на одређеним стварима не може раздвојити од општег појма права својине и представити га као сличан облик својине. Својина је јединствен појам са истовјетним садржајем без обзира на њеног титулара, чак и када је то јавноправни субјекат.[47] У том смислу је и апсурдна тврдња да је државна имовина „карактеристична по јавноправној природи односа субјекта и коришћења те имовине, као и њеног титулара.“[48]

Уставни суд БиХ је, дакле, свјесно конструисао појам „државне имовине“, о чему свједочи и признање самог Суда да Устав БиХ не садржи ниједну одредбу која се односи на државну имовину.[49] Додатно депримирајуће је што је то учињено на тако ноншалантан начин. То потврђује и чињеница да суд под појам „јавног добра“ подводи и морску, ријечну воду и језера, која то нису, већ се ради о општим добрима, која не могу бити предмет права својине.[50] Посебно је забрињавајућа тврдња да је изузимање „јавног добра“ из правног промета „једини начин да буде сачувано и заштићено“.[51]

Можемо, према томе, закључити да је Уставни суд употребио једну своју, уз то и правно накарадну, конструкцију, како би објаснио да Република Српска регулисањем питања „државне имовине“ повријеђује Устав БиХ, у смислу искључиве надлежности БиХ, притом дајући објашњење да је став Суда „да чл. III/1 Устава БиХ не садржи таксативни каталог надлежности институција БиХ, него да има надлежности институција БиХ и у другим одредбама Устава, нарочито у вези са чланом IV/4.е) и V/3 Устава БиХ, односно да чл. IV/4.е) Устава БиХ може обухватити шири обим надлежности од оних које су набројане у чл. III/1 Устава БиХ“.[52] Поставља се питање како нешто што може бити надлежност институција БиХ представља њихову искључиву надлежност. Логичније би било закључити да се ради о додатним надлежностима. Уосталом, наведена одредба на коју се Суд позива, односи се на друга питања потребна за извршавање дужности

[45] Вид. т. 62 образложења Одлуке УС БиХ, бр. У-1/11.

[46] Слично и Д. Радић, *Правно уређење природних ресурса у Републици Српској*, Бања Лука 2021,120.

[47] *Ibid.*, 120–122.

[48] Вид. т. 62 образложења Одлуке УС БиХ, бр. У-1/11.

[49] Вид. т. 63 образложења Одлуке УС БиХ, бр. У-1/11.

[50] Више Д. Радић, 127 и 134.

[51] Вид. т. 62 образложења Одлуке УС БиХ, бр. У-1/11.

[52] Вид. т. 69 образложења Одлуке УС БиХ, бр. У-1/11, у којој се Уставни суд БиХ позива на своју Одлуку бр. У-25/00 од 23.3.2001. године.

Парламентарне скупштине БиХ или оних обавеза које су јој узајамним споразумом додијелили ентитети.[53] С обзиром на то да ентитети нису споразумно додијелили надлежност Парламентарној скупштини БиХ да регулише материју стварних и облигационих права, па тиме ни питање државне имовине, преостаје једино тумачење да се ради о „питању потребном за извршавање дужности“ Парламентарне скупштине БиХ. Да постоји таква дужност, Уставни суд тражи упориште у чл. I/1 Устава БиХ, према коме „Република Босна и Херцеговина, чије је званично име од сада „Босна и Херцеговина“, наставља своје правно постојање по међународном право као држава, са унутрашњом структуром модификованом овим Уставом и са постојећим међународно признатим границама.“ Такође, БиХ задржава чланство у Уједињеним нацијама, а то може учинити и у другим међународним организацијама. Тек овдје је потпуно видљиво зашто је Уставни суд БиХ морао један чисто приватноправни институт превести на терен јавног права. Наиме, наведена одредба Устава БиХ на чију повреду се Уставни суд позива, а која је кључна повезница са дужностима Парламентарне скупштине из чл. IV/4.e) Устава БиХ ни на једном мјесту не говори о унутрашњим питањима БиХ, па тако ни о материји приватног права, а поготово имовинским питањима. Само усиљеним креирањем појма „државне имовине“ као јавноправног института, може се одбранити став Уставног суда БиХ да регулисање спорног дијела имовинскоправних односа није у надлежности ентитета. Наравно, без овакве конструкције, бесмислено је и позивање на повреду чл. III/3.b) Устава БиХ, која забрањује повреду самог Устава БиХ, уз наглашавање да општи принципи међународног права представљају интегрални дио правног поретка БиХ и ентитета.

Уставни суд је креирањем појма „државне имовине“ на начин како је то учинио и његовим коришћењем за тумачење Устава БиХ, који тај појам нигдје не спомиње уствари сам прекршио Устав БиХ, стављајући се у улогу уставотворца, иако му та надлежност није дата Уставом БиХ. Посебно је интересантно како Уставни суд није коментарисао поједине друге одредбе Устава БиХ, попут оне о финансирању буџета БиХ, према којој Федерација БиХ обезбјеђује 2/3, а Република Српска 1/3 прихода.[54] Зашто би оваква одредба била потребна, ако је већ држава БиХ искључиви титулар државне имовине и ако је питање њеног регулисања у надлежности институција БиХ. Друго питање је зашто овакав став о питању државне имовине Уставни суд није изразио у случају кад је Законом о имовини Брчко дистикта БиХ

[53] Вид. чл. IV/4.e) Устава БиХ.
[54] Вид. чл. VIII/3 Устава БиХ.

сва имовина, па и она стечена Уговором о сукцесији имовине СФРЈ, која се налази на територији дистрикта означена као имовина Брчко дистрикта БиХ.[55] Како год, наведена Одлука је произвела даље посљедице приликом одлучивања о другим питањима као што су концесије,[56] пољопривредно земљиште и шуме. Тако је у случају спорова у вези пољопривредног земљишта[57] и шума[58], Уставни суд констатовао да чл. 53. Закона о пољопривредном земљишту Републике Српске[59] и оспорене одредбе Закона о шумама[60] нису у складу са истовјетним одредбама Устава БиХ као и у случају „државне имовине“, позивајући се на исто образложење да је регулисање спорних питања у искључивој надлежности БиХ. И приликом доношења ових одлука, Суд је поново показао непознавање појмова грађанског права, па је тако и пољопривредно земљиште и шуме оквалификовао „јавним добрима“ умјесто добрима од општег интереса.[61]

5. ЗАКЉУЧАК

Дејтонски мировни споразум је успоставио БиХ као заједницу два ентитета и дефинисао њену унутрашњу структуру и подјелу надлежности у оквиру новог *дејтонског поретка*. Као што смо већ раније истакли, јасно је да на основу Дејтонског мировног споразума БиХ представља заједницу државотворних ентитета, у којој су оригинарни носиоци легитимитета три конститутивна народа. Унутрашња структура и организација измијењена је и утемељена Дејтонским мировним споразумом, односно Уставом, тако да је БиХ изграђена из два државотворна ентитета (њихових устава, органа и надлежности) и заједничких институција на новоу БиХ. У том смислу Република Српска и

[55] Ову примједбу је истакао и судија Златко М. Кнежевић у издвојеном мишљењу о неслагању са Одлуком бр. У-1/11.

[56] Вид. Одлуку УС БиХ, бр. У-16/20, којом, поводом Одлуке о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступкла за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-472/16 од 4.3.2016. године (*Сл. гласник РС,* бр. 20/16), Рјешења о додјели концесије за изграсњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-1099/16 од 20.5.2016. године (*Сл. гласник РС,* бр. 42/16) и Уговора о концесији, бр. 05.05/012-274-16/16 од 3.6.2016. године, Уставни суд БиХ, опет се позивајући на појам „државне имовине“ који је сам креирао Одлуком бр. У-1/11, закључује да постоји спор у вези са наведеним актима и надлежности РС за њихово доношење који треба да ријеши Комисија за концесије БиХ у својству Заједничке комисије за концесије.

[57] Вид. Одлуку УС БиХ, бр. У-8/19.

[58] Вид. Одлуку УС БиХ, бр. У-4/21.

[59] *Службени гласник РС*, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12 и 58/19.

[60] *Службени гласник РС*, бр. 75/08, 60/13 и 70/20.

[61] Више о наведеним грешкама и њиховим посљедицама: Д. Радић, 128–129, 140–142 и 145–146.

ФБиХ су чиниоци који представљају фундаменталне носиоце изворних (оригинарних) надлежности, док су надлежности институција БиХ деривативног карактера – то је јасно садржано у одредбама Устава, али и у другим анексима Дејтонског мировног споразума.[62] Чланом III/1a прецизно и недвосмислено је одређено десет основних надлежности БиХ.[63] Поред одредбе о десет надлежности БиХ, у члану III/3a дефинисано је да „све државне функције и овлаштења која овим Уставом нису изричито додјељена институцијама Босне и Херцеговине припадаће Ентитетима“. Ова одредба је потпуно јасна! Међутим, постоје велики проблеми у вези са одређењем и прихватањем надлежности, односно њеном подјелом између ентитета, а прије свега Републике Српске и заједничких институција БиХ, чему у многоме доприноси политички мотивисана, проблематична и контрадикторна пракса Уставног суда БиХ. Овакво, прије свега политичко поступање увело је БиХ у ситуацију правне несигурности у којој се Устав БиХ произвољно и паушално тумачи. У континуитету се покушава извршити „тиха“ прекомпозицију унутрашње организације (уређења) БиХ и успоставити „нова“ прерасподјела надлежности супротно Дејтонском мировном споразуму. Тенденције и иницијативе за нову прерасподјелу надлежности у правцу централизације, односно унитаризације БиХ, у првом реду долазе од стране дијела бошњачких политичких представника, који у немогућности легалних уставних реформи, заједно са високим представницима покушавају правним насиљем реализовати своју политичку агенду.

Надлежност за регулисање материје која се подводи под област приватног права, а која укључује грађанскоправну и пословноправну област, припада искључиво ентитетима и Брчко дистрикту и без њихове сагласности се не може преносити на ниво БиХ. У том смислу је неприхватљива досадашња пракса Уставног суда БиХ да се овај суд ставља у улогу законодавне власти и креира нове правне институте, чије регулисање потом подводи под надлежност институција БиХ. Посебно је забрињавајуће преношење приватноправних института, попут државне имовине, под институте јавног права, чиме се показује и елементарно непознавање материје грађанског права. Имовина представља скуп стварних и облигационих права која припадају одређеном субјекту права, без обзира о коме се ради. То, дакле, може бити и држава, али тиме се не мијења правна природа овог правног

[62] Члан I/1 Устава Босне и Херцеговине. Анекси Дејтонског мировног споразума, прије свих: Анекс 1-А; Споразум о војним аспектима мировног рјешења, Анекс 2; Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима, Анекс 8; Споразум о Комисији за очување националних споменика.

[63] Устав БиХ, члан III/1a.

института. Према томе, не постоје правно засновани аргументи којима би се могла одбранити тврдња да државна имовина представља некакав „посебан облик својине“, макар био и сличан приватној својини.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Дејтонски мировни споразум, текст доступан у В. Поповић – В. Лукић, *Документи Дејтон – Париз,* Бања Лука 1999;
2. Васиљевић, Мирко, *Компанијско право,* Београд 2019;
3. Врбан, Душко, *Држава и право*, Загреб 2003;
4. Келзен, Ханс, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951;
5. Кошутић, Будимир П, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008.
6. Куниħ, Петар, *Неки аспекти имплементације Дејтонског споразума*, *Актуелности*, 6/1999;
7. Куниħ, Петар, *Република Српска – држава са ограниченим суверенитетом*, Бања Лука 1997;
8. Лукић, Радомир Д., Кошутић, Будимир, Митровић, Драган, *Увод у право*, Београд 1995:
9. Лукић, Радомир В, „Поводом тридесет година Републике Српске“, *Зборник радова са округлог стола поводом тридесет година Народне скупштине Републике Српске: Народна скупштина као темељ државотворности*, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022;
10. Пилиповић, Милан, *Устав Босне и Херцеговине –нормативно и стварно*, Бања Лука 2008;
11. Поповић, Витомир, Лукић, Владимир, *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука 1997;
12. Радић, Дарко, *Правно уређење природних ресурса у Републици Српској,* Бања Лука 2021;
13. Савић, Матеј, „(Не)уставност у Босни и Херцеговини и политички волунтаризам“, *Годишњак правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 44/2022;
14. Savić, Matej, "Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements", *Yearbook of Faculty of Law, Goce Delcev University Stip* 7/2017;
15. Савић, Матеј, „Сувереност држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности“, *Политеиа* 8/2014;
16. Савић, Матеј, „Споразум о специјалним паралелним односима - Дејтонски темељ односа Републике Српске и Републике Србије“, *Зборник радова: Република Србија и Република Српска - стари и нови*

политички изазови, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2014;

17. Савић, Матеј, *Босна и Херцеговина између државноправних и међународноправних проблема*, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022;
18. Савић, Снежана С, Савић, Матеј, *Теорија државе и права*, ППГД „Комесграфика д.о.о.“ Бања Лука 2017;
19. Савић, Снежана С, *Појам права као нормативног поретка – Прилог критици Келзенове нормативне доктрине*, Бања Лука 1995;
20. Савић, Снежана С, „Примјена Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонског мировног споразума) – Улога Уставног суда Босне и Херцеговине“, *Дејтонски споразум – две деценије мира и поуке за свет*, Београд 2016;
21. Савић, Снежана С, *Република Српска послије Дејтона, питања и проблеми правне природе,* ППГД „Комесграфика д.о.о.“ Бања Лука 1999;
22. Савић, Снежана С, „Правна природа Републике Српске“, *Изградња и функционисање правног система Републике Српске*, Бања Лука 1997;
23. Савић, Снежана С, *Република Српска у Дејтонској Босни и Херцеговини*, ППГД „Комесграфика д.о.о.“, Бања Лука 2011;
24. Савић, Снежана С, „Уставотворна и законодавна власт - Народна скупштина Републике Српске и Вијеће народа“, *Зборник радова са округлог стола поводом тридесет година Народне скупштине Републике Српске: Народна скупштина као темељ државотврности Републике Српске,* Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2022.

Правни прописи

1. Европска конвенција о људским правима и основним слободама, Савјет Европе (ETS No. 005) из 1950;
2. Закључци Бонске конференције, текст доступан на: *http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=29660#11* (приступљено 12. 01. 2023)
3. Закон о стварним правима, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 124/08, 3/09 – испр., 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21 – одлука УС и 119/21 – одлука УС;
4. Закон о стварним правима, *Службене новине ФБиХ,* бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС;
5. Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ,* бр. 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 и 44/22;
6. Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и *Службени гласник Републике Српске,* бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04;

7. Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист Републике Босне и Херцеговине,* бр. 2/92, 13/93 и 13/94 и *Службене новине ФБиХ,*бр. 29/03 и 42/11;
8. Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 и 17/23;
9. Закон о привредним друштвима ФБиХ, *Службене новине ФБиХ,* бр. 81/15 и 75/21;
10. Закон о предузећима Брчко Дистрикта, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ,* бр. 49/11 - пречишћени текст, 11/20;
11. Закон о савјету министара, *Службени гласник БиХ,* бр. 38/2002, 30/2003, 42/2003, 81/2006, 76/2007, 81/2007 и 24/2008;
12. Међународни пакт о грађанским и политичким правима (GA/RES 2200A (XXI)) из 1966. године;
13. Међународни пакт о економским и социјалним правима (GA/RES 2200A (XXI)) из 1966.
14. Дјелимична одлука Уставног суда БиХ, у предмету У-5/98, *Службени гласник Босне и Херцеговине,* бр. 11/2000;
15. Одлука Уставног суда БиХ, у предмету У-2/18, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 30/2019;
16. Одлука Уставног суда БиХ, у предмету У-8/19, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 16/2020;
17. Одлука Уставног суда БиХ, у предметуУ-4/20, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр.22/2021;
18. Одлука уставног суда БиХ, у предмету У-14/20, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 51/2022;
19. Одлука Уставног суда БиХ, у предмету У-16/20, бр. 04/1-012-2-472/16 од 4.3.2016. године, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 20/16;
20. Одлука Уставног суда БиХ, у предмету У-1/11 од 13.07.2012;
21. Одлука Уставног суда БиХ, у предмету У-4/21, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 63/2021;
22. Одлуке о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступкла за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-472/16 од 4.3.2016. године, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 20/2016;
23. ОХР, текст доступан на: *http://www.ohr.int/pic/default.asp?content_id=29660#11* (приступљено 29. 01. 2023);
24. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, текст доступан на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/pravila-bs_1611132311.pdf* (приступљено 21. 12. 2022);

25. Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-1099/16 од 20.5.2016. године (*Сл. гласник РС,* бр. 42/16);
26. Споразум о питањима сукцесије СФР Југославије, *Службени гласник Босне и Херцеговине,* бр. 43/2001;
27. Универзална декларација о људским правима (GA/RES/217A) из 1948. године,
28. Устав Босне и Херцеговине, Анекс 4 Дејтонског мировног споразума;
29. Уставни суд Босне и Херцеговине, архива одлука доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/sr/odluke?sp=DatumDesc&* (приступљено 27.03.2023).

Associate Professor Matej Savić, LL.D.

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

Associate Professor Zoran Vasiljević, LL.D.

Faculty of Law, University of Banja Luka

DIVISION OF JURISDICTION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA BETWEEN THE LETTER AND SPIRIT OF DAYTON PEACE AGREEMENT - PUBLIC AND PRIVATE LAW ASPECT -

Summary

The topic of this paper, concentrated in space and time on the current situation in Bosnia and Herzegovina, oscillates between two basic theoretical and legal dimensions: normative–of what should be, and factual–of what it is (what it wants to be). The authors chose this topic with intention to offer a scientific view on the legal issues which still remain open. In the past thirty years, we have witnessed many conflicting opinions regarding the understanding and interpretation of B&H's legal nature, status, division of jurisdiction, state organization, and the position of entities within it. In addition to this, we must remember that the creation of this internationally recognized state took place in turbulent social, political and, indeed, legal circumstances, that resulted in the conclusion of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Dayton Peace Agreement). First, in this paper the authors analyze the normative and institutional framework (order) established by the Dayton Peace Agreement, i.e., its Annex 4 (Constitution of B&H). Then, following the (re)evolution of the internal organization and division of jurisdiction until today, the authors

deal with the constant problem of particular (voluntarist) deviation from the Dayton framework (order). Namely, the provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina define a rather narrow scope of exclusive institutional competencies at the state level of Bosnia and Herzegovina, while specifying, on the other hand, the original competencies of the entities in all other jurisdictional areas. Besides this, special attention was paid to continuous problems arising from the very interpretation of the Dayton Peace Agreement (provisions) and its annexes, primarily in the context of expanding the jurisdiction of B&H institutions by means of imposing laws by the High Representative and by decisions of the Constitutional Court of B&H. The authors raise the question of the constitutionality of this practice, especially taking into account the fact that B&H was created by the association of entities and that all competencies, even exclusive ones, originally belonged to the entities. This paper emphasizes the public law and private law aspects of the division of jurisdiction between B&H and the entities, as well as the specifics that have appeared since 1995 until today.

Key words: *Dayton Peace Agreement; Jurisdiction; B&H; Entity; The Constitution; Public law; Business law; Legal order*.

УДК/UDC 342.4(497.6)
342.5:323(497.6)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Проф. др Милан Пилиповић

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

КОНТРОВЕРЗЕ СТВАРАЊА ПРАВА АКТИМА ВИСОКОГ ПРЕДСТАВНИКА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Постојање, положај и надлежност Високог представника, регулисани су Анексом X Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Тај Анекс, између осталог, одређује да је Високи представник коначни ауторитет за тумачење Споразума о спровођењу цивилних аспеката мирног рјешења. Међутим, он је у пракси дјеловао као стваралац права, тако што је доносио амандмане на уставе ентитета, законе на нивоу БиХ и ентитета. Аутор полази од тезе да постојање Високог представника са формалноправног аспекта, није спорно. Међутим, са теоријскоправног и уставноправног, аспекта, аутор ће покушати да оспори његову дјелатност која се у протеклом периоду испољавала у стварању права. Високи представник, приликом доношења својих одлука, позивао се на Анекс X, као и на одредбе декларација Савјета за имплементацију мира којима су проширивана његова овлашћења. У раду се указује да се конституисање Савјета за имплементацију мира и његовог Управног одбора, десило након пописивања Дејтонског мировног споразума, без посебног правног основа и без сагласности страна уговорница које су потписале Анекс X. Аутор заступа тезу да Анекс X, акти Савјета за имплементацију мира, као и другу релевантни акти који се односе на Високог представника, не садрже правни основ да он доноси нормативне акте, да врши уставотворну и законодавну власт. У контроверзној дјелатности Високог представника, освијетлиће се и улога Уставног суда БиХ. Умјесто да буде чувар Устава и уставности у Босни и Херцеговини, Уставни суд БиХ, својим одлукама и ставовима, допринио је да Високи представник постане једна посебна институција у Босни и Херцеговини, која стварајући право, мијења уставноправни поредак БиХ и ентитета.

Милан Пилиповић, *milan.pilipovic@pf.unibl.org.*

Стварање права не треба да буде једнострано ауторитарно изјашњавање појединца. Измјене и допуне општих правних норми, а нарочито устава, треба да изражавају и задовољавају интересе оних на које се и односе, а у Босни и Херцеговини, то су три конститутивна народа. Зато је неопходно да три конститутивна народа, преко својих изабраних представника у парламентима, искључиво и учествују у стварању права.

Кључне ријечи: Високи представник; Анекс; Устав; Закон; Стварање права; Савјет.

1. ВИСОКИ ПРЕДСТАВНИК ЗА БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ – АНЕКС Х ОПШТЕГ ОКВИРНОГ СПОРАЗУМА ЗА МИР У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Институција Високог представника успостављена је Анексом Х (Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, којег су потписали Република Босна и Херцеговина, Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине, Република Хрватска и Савезна Република Југославија.[1] Овлашћења Високог представника регулисана су чланом 2 Анекса Х Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Тако је Високи представник овлаштен да: надгледа спровођење мирног рјешења; одржава тијесне контакте са Странама да би оне у потпуности поштовале све цивилне аспекте мирног рјешења и високи ниво сарадње између њих и организација и агенција које учествују у тим аспектима; координира активности цивилних организација и агенција у Босни и Херцеговини у циљу обезбјеђења ефикасног спровођења цивилних аспеката мирног рјешења. Високи представник ће поштовати њихову аутономију у оквиру њиховог дјелокруга рада док ће им, по потреби, давати опште смјернице о утицају њихових активности на спровођење мирног рјешења... олакшати, уколико процијени да је то потребно, превазилажење свих тешкоћа које настану у вези са цивилним спровођењем и сл. Оно што је најважније, јесте одредба члана 5 овог Анекса („Коначни ауторитет за тумачење“) која предвиђа да је Високи представник на терену коначни ауторитет за тумаче-

[1] Тако је овим Анексом прописано: „Имајући у виду сложене услове с којима су суочене, стране траже да се одреди Високи представник који ће бити именован у складу са релевантним резолуцијама Савјета безбједности УН у циљу олакшавања напора Страна и покретања и, по потреби, координације активности организација и агенција укључених у цивилне аспекте мирног рјешења извршавањем доле наведених задатака који су им повјерени Резолуцијом Савјета безбједности УН.“ Садржај Анекса према: В. Лукић, В. Поповић, *Дејтон–Париз: Документи*, Институт за међународно право и пословну сарадњу, Бања Лука 1999,110–112.

ње овог споразума о цивилном спровођењу мирног рјешења. Тако је дошло до парадоксалног исхода: да онај коме је повјерен мандат сам тумачи смисао и границе тог свог мандата без икаквог удјела оних који су му мандат дали.[2] Дакле, овим анексом Високи представник није добио законодавна овлашћења, него је утврђено да *надгледа спровођење* мировног рјешења, *одржава контакте* са странама уговорницама, *координира* активности цивилних организација и агенција, *сугерише и савјетује* одређена рјешења, те периодично извјештава о напретку и примјени мировног споразума. Он по слову овог споразума, олакшава властите напоре страна уговорница „помаже домаћим институцијама, надгледа, савјетује, али не ствара правни поредак и не одређује политику“.[3] Из овог Анекса не произлази никакво наређивање, смјењивање или постављање својих људи, а камоли доношење закона и других прописа умјесто легалних и легитимних органа двају ентитета као и институција Босне и Херцеговине. Када се анализира Анекс Х, види се „да су овлашћења Високог представника овим Анексом јасно одређена те да су на њих пристале стране уговорнице“.[4] Оно што треба истаћи су ријечи „којима се описује улога високог представника. Он по слову овог споразума, олакшава властите напоре страна уговорница,... покреће и, по потреби, координира активности...“[5]

Поред Високог представника, успостављеног Општим оквирним споразумом за мир у БиХ, успостављен је и Савјет (Вијеће) за имплементацију мира чијим Декларацијама је дошло до проширивања овлашћења и надлежности Високог представника. Постојање Савјета за имплементацију мира (даље: Савјет) није предвиђено нити утврђено Дејтонским мировним споразумом, односно Анексом IV (Устав

[2] Миодраг Митић истиче да су овом одредбом „грубо прекршени принципи међународног уговорног права, а посебно одредбе Бечке конвенције о међународним уговорима који се тичу тумачења... Значи, представник међународне заједнице, која није чак ни уговорница овог Споразума, добио је овлашћење да коначно тумачи међународни уговор, у коме су, између осталог, садржана његова права и обавезе.“ –М. Митић, „Међународноправни аспекти Дејтонског споразума и покушај његове неовлашћене ревизије“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске*, Бања Лука 2005, 213 и 214.

[3] Г. Марковић, „Уставне промјене у Босни и Херцеговини“, *Држава, политика и друштво у Босни и Херцеговини – анализа постдејтонског политичког система* (ур. Д. Бановић, С. Гаврић), Сарајево 2011, 84.

[4] С. С. Савић, „Неке специфичности правног поретка Босне и Херцеговине – улога Високог представника за Босну и Херцеговину“, *Правна ријеч* 1/2004, 56.

[5] К. Чавошки, „Свемогући високи представник“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске*, Бања Лука 2005, 298–299.

БиХ) и Анексом X. Савјет је конституисан у Лондону, 8. и 9. 12.1995. године, дакле након што је већ усаглашен и парафиран Споразум у Дејтону. Тада је одржана велика Мировна конференција чији је циљ био „да се добије међународна подршка за провођење Споразума. На овој конференцији је основано Вијеће за имплементацију мира (*Peace Implementation Council* – PIC), које је замијенило међународну Конференцију о Југославији. Вијеће се састоји од 58 чланова... Поред тога постоји један број нередовних чланица и организација које на Конференцији имају статус посматрача. Министри ванјских послова држава чланица Вијећа за имплементацију мира и представници међународних организација редовно се састају како би се договарали о корацима потребним за провођење циљева утврђених Дејтонским споразумом о миру.“[6] Савјет је успоставио Управни одбор,[7] који под руководством Високог представника,[8] дјелује као извршни орган.[9] Високог представника именују министри ванјских послова у Управном одбору Савјета, на приједлог Европске уније, а мандат му потврђује Савјет безбједности УН.[10] Дакле, Савјет, односно његов Управни одбор, прати ситуацију у Босни и Херцеговини да би на повременим конференцијама (сједницама) оцјењивао степен имплементације Дејтонског мировног споразума уз доношење ставова и упућивања сугестија Високом представнику и институцијама Републике Српске,

[6] В. Петрич, *Босна и Херцеговина од Дејтона до Европе*, Свјетлост, Сарајево 2002, 61.

[7] Његови чланови су Њемачка, Француска, Велика Британија, Италија, Јапан, Канада, Русија, САД, затим, Европска комисија, Предсједништво Европске уније, Организација исламске конференције коју представља Турска.

[8] „Из овог великог скупа оформило се једно језгро од осам нација у управљајућој групи СБ (*Steering Board*), а на њено чело постављен је, као предсједавајући и одговоран, Високи представник. После много двоумљења, прихватио сам тај задатак на рок од једне године. Објаснио сам да, ако ме не прихвате као предсједавајућег, могу одмах да забораве моје име. То је био предуслов за мој задатак, да имам политичку подршку из важних престоница и да имам шире поље политичког маневрисања... Тако сам у Лондону изабран за Високог представника.“ – К. Билт, *Мисија мира*, Погледи, Крагујевац 1998, 243–244.

[9] Високи представник се састаје у Сарајеву са амбасадорима земаља чланица Одбора ради договора у вези са текућим пословима и проблемима. Одбор се још једном годишње састаје на нивоу министара ванјских послова, а у размаку од четири до осам седмица са њиховим представницима.

[10] Изузев првог, све остале високе представнике именовали су министри спољних послова у Управном одбору Савјета за имплементацију мира на приједлог Европске уније, без пуног учешћа свих страна потписница Анекса 10, а мандат му је потврђивао Савјет безбједности УН. Тренутни Високи представник није потврђен од стране Савјета безбједности. Резолуцијом Савјета безбједности број 1031 од 15.децембра 1995. године, институције УН су упућене на сарадњу са Високим представником и уважавање његове водеће улоге.

Федерације БиХ и Босне и Херцеговине. Резултат сједница Савјета јесте Декларација односно Комунике, ако је засједао Управни одбор, који садрже политичку оцјену о напретку у примјени Дејтонског мировног споразума као и активности које треба предузети у наредном периоду. Декларације имају и анексе који прецизно утврђују активности које произилазе из садржаја Декларације и којима се утврђују чак и рокови за доношење одређених закона, а све то прати Високи представник којем су повећавана овлашћења. Од потписивања Општег оквирног споразума за мир, донесен је читав низ Декларација Савјета, односно Коминикеа Управног одбора,[11] којима су повећавана овлашћења Високог представника. На овом мјесту нећемо се упуштати у анализу свих Декларација односно Коминикеа, већ ћемо истаћи најзначајније, имајући у виду проширивање надлежности Високог представника, а то је Бонска декларација која је усвојена на сједници 9. и 10. децембра 1997. године.[12] На Конференцији Савјета за имплементацију мира одржаној у Бону, 9. и 10. децембра 1997. године, долази и до најширих овлашћења Високог представника. Тако се у поглављу XI Бонске декларације, прецизирају овлашћења Високог представника, која су, у односу на Анекс X, проширена. Тако у тачки 2 стоји: „Вијеће поздравља намјеру Високог представника да искористи своја крајња овлашћења у регији у вези са интерпретацијом Споразума о цивилној имплементацији Мировног споразума у циљу олакшања разрјешења тешкоћа путем доношења обавезујућих одлука кад он сматра за неопходно у сљедећим питањима:

а) вријеме, мјесто, и предсједавање састанцима заједничких институција; *б)* привремене мјере које ступају на снагу кад стране нису у могућности да се договоре и које остају важеће док Предсједништво или Вијеће министара не усвоји одлуку о том питању у складу са Мировним споразумом; *в)* друге мјере при осигурању имплементирања Мировног споразума у цијелој Босни и Херцеговини и њеним ентитетима, као и неометаног рада заједничких институција. Такве мјере могу укључивати активности против особа које обављају јавну службу или функционера који изостају са састанака из неоправданих разлога или за које Високи представник сматра да нарушавају

[11] Нпр. у Синтри, 30. маја 1997; Бону, 10. децембра 1997; Луксембургу, 9. јуна 1998; Мадриду, 16. децембра 1998; Бриселу, 13. маја 1999; Њујорку, 22. септембра 1999; Бриселу, 24. маја 2004, од стране Савјета за имплементацију мира и његовог Управног одбора. Након 2000. године, састаје се само Управни одбор, све чешће на нивоу амбасадора у Сарајеву.

[12] Текстови декларација и коминикеа су доступни на страници OHP, на адреси *www.ohr.int*.

правне обавезе успостављене Мировним споразумом или рокове за њихово имплементирање.

На ове одредбе, из члана 11 тачке 2, Високи представник се позивао приликом доношења закона, умјесто законодавних органа ентитета и Босне и Херцеговине. Међутим, треба истаћи да Бонска декларација није експлицитно утврдила овлашћење Високог представника да доноси законе односно да супституише законодавне органе, већ да доноси „привремене мјере“ умјесто Предсједништва и Савјета министара. „Али под видом 'привремених мјера', Високи представник је доносио законе умјесто легалних и легитимних законодавних органа ентитета и Босне и Херцеговине.“[13] Исто тако, тачком 2 а истог поглавља, Вијеће је тражило од власти БиХ да усвоје Закон о Савјету министара уз упозорење да у случају да овај рок не буде испоштован, Високи представник ће *предузети одређене мјере* (истакао М.П) „Управо је ова синтагма – предузимање одговарајућих мјера где је то неопходно (*to take appropriate measures where necessary*) – постала покриће за сва могућа нова Вестендорпова овлашћења.“[14]

Карлос Вестендорп, тадашњи високи представник који је учествовао на Бонској конференцији, касније је признао: „На Бонској конференцији, успјели смо да уведемо начин на који високи представник може да доноси те одлуке, што, правно гледајући, није баш у складу са Дејтоном... Морам признати да то и није било баш легално”[15] Метју Периш (*Matthew Parish*) пише да је након бонског састанака, „високи представник изненада, од „помоћника и медијатора“, постао издавалац обавезујућих одлука познатих као „бонска овлашћења”. Периш признаје да је бонска изјава PIC-a „сасвим супротна духу и тексту Анекса 10. [Дејтонског споразума], и правно је потпуно неодбрањива“.[16] У Декларацији Савјета са Конференције одржане у Бриселу, 24. маја 2000. године, Савјет „позива Високог представника да искористи своја овлашћења у складу са мандатом, како би осигурао потпуно и убрзано спровођење у свим секторима имплементације. У Анексу ове Декларације таксативно се наводи низ закона које би морале усвојити

[13] К. Чавошки, 301. Исти аутор додаје: „посебно је занимљиво како је Вестендорп схватио ту своју нову улогу свемоћног човека у БиХ. Једноставно речено, он је разабрао да његова власт нема граница и да може да учини све што он сматра неопходним да доноси било какве одлуке уместо легитимних органа у Босни и да смени сваког званичника који га не послуша и постави новог.“ Вид. *Ibid*., 302.

[14] *Ibid.*

[15] A. Merdzanovic, *Democracy by Decree, Prospects and Limits of Imposed Consociational Democracy in Bosnia and Herzegovina,* Stuttgart 2015, 256.

[16] M. T. Parish, “The Demise of the Dayton Protectorate“, *Journal of Intervention and Statebuilding* 1/2007, 14. Метју Периш је бивши шеф једног од правних одјељења у OXP-у.

ентитетски парламенти као и Парламентарна скупштина БиХ. Из наведених одредби је видљиво да Савјет дјелује наредбодавно у односу на органе БиХ и ентитета, користећи притом термин „мора усвојити закон.“.[17]

Високи представник, приликом доношења својих одлука којима је мијењао уставе ентитета, доносио законе, смјењивао изабрана и постављена лица са њихових функција, позивао се на Анекс Х односно на члан 5 тог Анекса, као и на одредбе Декларација Савјета за имплементацију мира. Овлашћења Високог представника јесу проширивана овим Декларацијама, али умјесто „да своја овлашћења темељи на одредбама овог Анекса као међународног уговора јавноправног карактера, он је своја овлашћења темељио на разним политичким декларацијама, као актима политичког карактера, дајући тиме предност политици над правом.“[18] Будући да Анекс Х (као дио Дејтонског мировног споразума) предвиђа постојање Високог представника, те да су стране које су потписале Анекс IV (Устав БиХ), потписале и Анекс Х, то постојање Високог представника формалноправно није спорно. Међутим, са теоријскоправног аспекта, спорна је његова дјелатност која се у протеклом периоду манифестовала у учествовању или директном мијешању у уставотворну, законодавну, извршну и судску власт, а што није предвиђено нити одредбама Анекса Х нити одредбама Анекса IV тј. одредбама Устава Босне и Херцеговине.

2. НОРМАТИВНА ДЈЕЛАТНОСТ ВИСОКОГ ПРЕДСТАВНИКА

Високи представник путем својих одлука мијењао је ентитетске уставе,[19] доносио нове и мијењао већ постојеће законе, вршио утицај на извршну и судску власт, смјењивао поједине носиоце свих облика власти односно политичког и јавног живота (предсједника Републике Српске, министре у влади, посланике, судије и тужиоце, представнике политичких партија), доносио одлуке о успостављању стварне и мјесне надлежности судова, успостављао разне комисије, агенције,

[17] Имајући у виду да Савјет у Декларацији позива Високог представника да искористи своја овлашћења како би осигурао потпуно и убрзано спровођење..., произилази да ће, у случају непоступања ентитетских органа и институција БиХ, умјесто њих, то чинити Високи представник, што се у пракси и дешавало. Тако је нпр. Високи представник 12. новембра 2000. године, донио Закон о суду Босне и Херцеговине.

[18] В. Поповић, „Република Српска – Дејтонски мировни споразум, стање и перспективе“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске,* Бања Лука 2005, 100.

[19] Нпр. Одлука о амандманима на Устав Републике Српске и Одлука о амандманима на Устав Федерације БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 13/02, сагласно Одлуци Уставног суда Босне и Херцеговине о „конститутивности народа“ (предмет У 5/98).

као нове институције (органе) на нивоу Босне и Херцеговине.[20] Високи представник за Босну и Херцеговину, од свог успостављања, донио је читав низ одлука којима је директно утицао на уставотворну, законодавну, извршну и судску власт, у Босни и Херцеговини. Доносио је одлуке којима се мијењају устави ентитета, а које у материјалном смислу представљају амандмане на ентитетске уставе.[21] Исто тако, многе од тих одлука представљају законе у материјалном смислу, или их садрже као прилог.[22] Дакле, Високи представник је доносио законе на два начина, било у форми закона или у форми одлуке којом се проглашава закон. Као основ за доношење ових аката најчешће се наводи: „Користећи се овлашћењима која су ми дата чланом V Анекса 10 (Споразум о цивилној имплементацији Мировног уговора) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, према којем је Високи представник коначни ауторитет у земљи у погледу тумачења поменутог Споразума о цивилној имплементацији Мировног уговора; Позивајући се на став XI 2 Закључака Вијећа за имплементацију мира које се састало у Бону 9. и 10. децембра 1997. године, у којем је Вијеће поздравило намјеру Високог представника да искористи свој коначни ауторитет у земљи како би помогао у изналажењу рјешења за проблеме, какао је претходно речено, доношењем коначних одлука, када то буде сматрао неопходним, и „друге мјере у сврху обезбјеђења имплементације Мировног споразума на читавој територији Босне и Херцеговине и њених ентитета... Узимајући у обзир, имајући у виду и констатујући горе наведено, овим доносим сљедећу...“[23] одлуку којом се доноси закон или одлуку којом се проглашава закон. Анализирајући законодавну дјелатност Високог представника може се запазити да

[20] Нпр. Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине – ЗДГСБиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 2/00; Закон о Суду Босне и Херцеговине – ЗСБиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 29/00; Закон о Високом судском и тужилачком савјету БиХ – ЗВСТСБиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 15/02; Закон о тужилаштву Босне и Херцеговине – ЗТБиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 24/02; Независна правосудна комисија, *Службени гласник БиХ,* бр. 3/03, итд.

[21] Амандмани на Устав Републике Српске XCIII-XCVIII наметнути од стране Волфганга Петрича (*Службени гласник Републике Српске*), бр. 31/02; амандмани XCIX-CIII наметнути од Педија Ешдауна, (*Службени гласник Републике Српске,* бр. 69/02), као и амандмани CIV–CV (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/03) и амандмани CVI–CXIII (*Службени гласник Републике Српске,* бр. 98/03).

[22] Тако је нпр. институција Високог представника 1999. године донијела три закона и седам одлука, 2000. године – 17 закона и 28 одлука, 2001. године – 17 одлука, 2002. године – 38 одлука од чега 24 закона, 2003. године – 2 закона, 36 одлука, 1 писмо о постављењу и један налог, 2004. године – 33 одлуке и 3 налога, 2005. године – 50 одлука и један налог. Подаци узети из „*Регистра Службених гласника БиХ*“ за наведене године.

[23] Нпр. Одлука о измјенама и допунама Закона о путним исправама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ,* бр. 27/00.

исти није само доносио законе када су власти Босне и Херцеговине и ентитета пропустили да то благовремено учине, већ је мијењао и укидао важеће законе и друге прописе који су били благовремено донесени од домаћих власти, али чија садржина, према властитој оцјени Високог представника, није била одговарајућа.“[24] Специфичност закона којег донесе Високи представник представља одредба да „закон ступа на снагу као закон Босне и Херцеговине, на привременој основи све док Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине не усвоји овај закон у одговарајућем облику, без амандмана и додатних услова“. Дакле, сви закони које је донио Високи представник за Босну и Херцеговину садрже норму да се исти не могу мијењати све док се у истом облику и са истом садржином не усвоје од стране домаћих власти.

Дјелатност Високог представника се испољавала и у извршној и управној власти. Наиме, Високи представник није само доносио законе, већ их је и извршавао, доносећи одређене подзаконске акте из надлежности владе, као извршног органа власти. Поред тога, Високи представник је формирао више управних тијела са одговарајућим задацима,[25] те именовао већи број функционера у државним органима управе.[26] Осим тога, Високи представник доносио је поједине одлуке за које се може рећи да имају карактер појединачног акта. Наиме Високи представник је својим одлукама „санкционисао“ поједина изабрана или именована лица,[27] уклањајући их са јавних функција

[24] Тако је нпр. у периоду од 1. јануара 1999. године, од када су се одлуке Високог представника почеле објављивати у службеним гласилима Босне и Херцеговине, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, па до 31. децембра 2004. године, Високи представник донио 13 одлука објављених у Службеном гласнику Републике Српске о укидању важећих закона или појединих њихових одредаба. У истом периоду, Високи представник је измијенио и допунио 27 закона који су се примјењивали на цијелој територији Босне и Херцеговине, притом не мијењајући само законе од домаћих власти, већ и оне које је и сам доносио и проглашавао.

[25] Нпр. Независна судска комисија, Комисија за индиректну пореску политику, Комисија за надгледање процеса приватизације, Комисија за одбрамбену реформу, Стручна Комисија за реформу обавјештајно-безбедносних послова, Комисија за реструктурирање полиције.

[26] Нпр. руководиоца Агенције за државну службу БиХ, директора и замјеника директора Агенције за истраге и заштиту, предсједавајућег Управног одбора система за индиректно опорезивање.

[27] Високи представник је смјењивао са положаја чланове Предсједништва БиХ, предсједника Републике Српске, предсједника Народне скупштине Републике Српске, већи број посланика у свим представничким органима у Босни Херцеговини, Републици Српској и Федерацији БиХ, полицијске и војне официре, директоре јавних фондова, начелнике општина, општинских одборника и службеника као и руководиоце предузећа у државном власништву. Високи представник Волфганг Петрич је 29. децембра 1999. године одједном смијенио 22 носиоца јавних функција, о чему је у

које су обављали и забрањујући им кандидовање на неким новим јавним положајима односно постављање на неко радно мјесто које се финансира из јавних извора. Забране су се односиле на обављање сваке службене, изборне или именоване функције, обављање функције у политичким странкама, кандидовање на изборима.

3. КОНТРОВЕРЗЕ ДЈЕЛАТНОСТИ И АКАТА ВИСОКОГ ПРЕДСТАВНИКА

Анекс IV и Анекс X су дијелови Дејтонског мировног споразума, као међународног уговора, и то оног дијела Споразума који се односи на цивилне аспекте мировног рјешења. Република Српска, Федерација БиХ и Република Босна и Херцеговина су потписале оба Анекса, што значи, да су као стране потписнице, преузеле обавезу да оно што је потписано буде и поштовано и примјењивано, што се прије свега односи на оно што је јасно дефинисано текстом уговора. Оно што је спорно, неопходно је да се, примјеном одређених метода у тумачењу уговора, разјасни и учини неспорним, а затим и примјени. „Основно је правило у тумачењу уговора текстуални приступ, а циљ и смисао тумачења, како је то много пута усаглашено у бројним пресудама Међународног суда правде и у арбитражним пресудама, јесте „освјетљавање значења текста, а не испитивање намјере странака, *ab initio*“. Комисија за међународно право УН текстуални приступ у тумачењу уговора одредила је као општеприхваћено правило међународног права.“[28] Најзначајнији дио Анекса X јесте члан V у којем норма експлицитно говори да Високи представник има улогу тумача одредби Споразума, али у пракси Високи представник, позивајући се на тај члан, јавио се у улози ствараоца права, доносећи и проглашавајући амандмане на уставе ентитета, законе, на нивоу БиХ и у ентитетима.

Члан 5 Анекса X не даје овлашћења високом представнику да се појави у улози уставотворног и законодавног фактора. Једно је тумачење а друго стварање права. Тумачење представља начин или поступак који се користи да се нешто (нејасно) учини јасним, разумљивим и схватљивим. У правној теорији, тумачење права је „утврђивање тачног (или правог) значења (смисла) правних норми. Пошто се правне норме по правилу, изражене језиком, то тумачење правних норми,

својој књизи навео: „Суштина одлуке о истовременој смјени толиког броја службеника и изабраних народних представника била је да се драстичним примјером укаже како се више не смије радити – мој претходник Вестендорп је за вријеме свог мандата смијенио само дванаесторицу.“ В. Петрич, 141. Педи Ешдаун је 30. јуна 2004. године уклонио чак 59 српских званичника.

[28] В. Поповић, 90.

спада у тумачење помоћу језика“.[29] Оно представља реконструкцију „аутентичног, унутрашњег садржаја правне норме уз помоћ знакова, тј. језичког израза којим је норма изражена“.[30] За разлику од тумачења права, стварање права „јесте први облик којим почиње правни процес. Оно има, као део правног процеса, за сврху да створи општу правну норму, правну поруку која се упућује правном адресату, који садржину свога понашања треба да усклади са садржином поруке“.[31] Савјет безбједности а ни Генерална скупштина Уједињених нација (УН) нису овластили нити су могли овластити Високог представника да у БиХ нађе уставе и законе, јер би се тиме УН директно мијешале у унутрашње надлежности државе. С друге стране, уставотворни поредак Босне и Херцеговине утврђен је њеним Уставом односно Анексом IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Устав Босне и Херцеговине не предвиђа постојање институције Високог представника нити „предвиђа могућност да исти на било који начин учествује у стварању правног поретка Босне и Херцеговине“.[32] У том смислу В. Поповић истиче да „оваква могућност интервенција у све сфере власти, политичког и јавног живота не само да није предвиђена Дејтонским мировним споразумом, односно Уставом БиХ као Анексом IV (високи представник није дио унутрашње структуре Устава БиХ нити има овлашћења да супституише било који облик власти), него је у директној колизији са међународним обавезама које је БиХ, као међународно признати субјект права, преузела на основу Устава и Споразума о људским правима као и посебних анекса Дејтонског мировног споразума.“[33] У правном смислу, „присвајање овлашћења високог представника је *ultra vires*; не постоји ни правни основ ни образложење ни за једно овлашћење изван овлашћења предвиђених (Дејтонским споразумом), а то су: праћење и помоћ у спровођењу цивилних аспеката уговора”.[34] Такође се мора истаћи да ауторитет у погледу тумачења из члана 5. Анекса Х ни издалека није толико широк колико високи представник тврди. Тај ауторитет почиње и завршава Анексом Х. Дејтонски споразум недвосмислено ограничава његово право тумачења „на терену” на Анекс Х, чији је назив „Споразум о цивилној примјени мировног рјешења”. У Анексу Х се каже:

[29] Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2001, 493.

[30] М. Живковић, *Основи теорије државе и права*, Београд 2003, 317.

[31] С. Благојевић, *Право и стварност*, Београд 1995, 25.

[32] С. С. Савић, 57.

[33] В. Поповић, 103–104.

[34] M. Baros, “The High Representative for Bosnia and Herzegovina: A Requiem for Legality”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, https://www.-ejiltalk.org/the-high-representative-for-bosnia-and-herzegovina-a-requiem-for-legality/*, 20. април 2023.

„Високи представник је крајњи ауторитет на терену у погледу тумачења овог споразума о цивилној примјени мировног рјешења.” Дакле, како Барош примјећује, члан 5. Анекса Х „јасно ограничава интерпретативни ауторитет дат Високом представнику на тумачење управо овог Анекса, а не цјелокупног Дејтонског споразума”.[35]

У детаљној правној анализи бонских овлашћења у журналу међународног права Тим Бенинг (*Banning*) закључује: „Бонска овлашћења не могу се квалификовати као законом дато овлашћење. Њихово постојање је моћна, али обмањујућа правна фикција.“[36] Бивши британски амбасадор у БиХ Чарлс Крофорд (*Charles Crawford*) који је помогао у креирању „бонских овлашћења“, написао је: „Колико видим, бонска овлашћења немају никакав стваран правни основ. Изродила су се у међународно политичко блефирање у игри моћи, коју су високи представници узастопно умотавали у правнички језик да би цијела ствар изгледала импозантно и неизбјежно.“[37] Треба истаћи да је конституисање Савјета за имплементацију мира и његовог Управног одбора, као и проширивање овлашћења Високог представника, било без сагласности страна уговорница.[38]

Важно је истаћи да се закони које је донио Високи представник могу мијењати тек када се усвоје од стране домаћих власти у истовјетном садржају и форми. [39] Имајући у виду број закона и одлука као и уставних амандмана које је доносио Високи представник, проф. С. Савић основано запажа да се у „Босни и Херцеговини ствара, односно постоји, већ извјесно вријеме, помало апсурдна ситуација. Наиме, Босна и Херцеговина је 2002. године примљена у Савјет Европе, од 1992. године (од признања) чланица је ОУН и има своје државне органе (институције) који функционишу у складу са Уставом... Дакле,

[35] *Ibid.*

[36] T. Banning, “The ‘Bonn Powers’ of the High Representative in Bosnia Herzegovina: Tracing a Legal Figment“, *Goettingen Journal of International Law* 6/2014, 259–302.

[37] C. Crawford, “Bosnia: the Bonn Powers Crawl Away to Die“, *charlescrawford.biz/2011/07/05/bosnia-the-bonn-powers-crawl-away-to-die/*, 12. април 2023.

[38] Стране уговорнице овог споразума су само Босна и Херцеговина, Савезна Република Југославија, Република Хрватска, Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине. „По правилима важећег међународног права, а посебно по одредбама Бечке конвенције о уговорном праву, која уређује ову материју, до било какве ревизије тог споразума може да дође само сагласношћу свих страна уговорница (чл. 39. и 40). Према томе, Савет за имплементацију мира нема никакво право у погледу измена уговорног текста, јер није уговорна страна“. М. Митић, 215.

[39] Тако нпр. у Одлуци о доношењу Закона о Високом судском и тужилачком савјету стоји да „Закон који слиједи ступа на снагу на привременој основи како је предвиђено чланом 74. овог закона, док Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине не усвоји овај закон у одговарајућем облику, без измјена и допуна и постављања било каквих услова“.

на једној страни постоје сви атрибути који једну државу одређују као суверену и демократску, док на другој страни постоји институција чије су компетенције готово неограничене у свим доменима државне власти. У односу на домаћи правни поредак, политичке и правне одговорности ове институције нема.“[40] Критички став заузела је Парламентарна скупштина Савјета Европе, чији је БиХ пуноправан члан (23. јун 2004) доносећи резолуцију о „Јачању демократских институција у БиХ” у којој истиче да је „непомирљиво са демократским принципима да ОХР доноси извршне одлуке...” да за њих не сноси одговорност, нити да оправда њихову валидност и да нема на њих правног лијека. На неоправданост ширења овлашћења указала је и Венецијанска комисија (мај 2005) истичући да су фундаментално некомпатибилна са демократским карактером државе и суверенитетом БиХ. И Међународна кризна група је констатовала да „даље постојање ОХР-а неће усмјерити грађане у правцу реформи, него може унијети раздор у мјери која је довољна да реформу учини недостижном”.[41]

Високи представник Босне и Херцеговине није институција уставноправног карактера тј. његов положај и надлежности нису регулисани Уставом БиХ. Али „ако не формално, он то јесте фактички“,[42] будући да су акти ове институције инкорпорирани у правни поредак Босне и Херцеговине. Исто тако, имајући у виду чињеницу да су акти Високог представника инкорпорирани у правни поредак Босне и Херцеговине, поставља се питање и односа тих аката према Уставу БиХ. У свакој држави па тако и у Босни и Херцеговини, о односу општих аката (закона) према уставу, одлучује Уставни суд. Уставни суд БиХ је оцјењивао уставност неких од закона које је донио Високи представник, при чему није имао јединствен став, нити досљедну праксу.

4. КОНТРОВЕРЗЕ УСТАВНОСТИ АКАТА ВИСОКОГ ПРЕДСТАВНИКА

Високи представник за Босну и Херцеговину, дана 13.01.2002. године, донио је Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине.[43] Једанаест чланова Представничког дома Парламентарне

[40] С. С. Савић, 59.

[41] М. Дмичић, „Противрјечност стандарда конституционализма и конституционалне демократије и постојања и надлежности институције Високог представника у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“*, Источно Сарајево 2022, 338.

[42] С. С. Савић, 60.

[43] Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине – ЗДГСБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 2/00.

скупштине Босне и Херцеговине покренуло је поступак пред Уставним судом Босне и Херцеговине за оцјену уставности овог закона. Подносиоци захтјева су истицали да Високи представник нема овлашћење за доношење закона, односно наметања истог у случају да га не изгласа Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине, јер за то нема овлашћења нити према Анексу Х, нити према ставу XI/б 2 Бонске декларације. Подносиоци захтјева су истицали и да је закон супротан члану III 1,4,5 као и члану V 3, III 2 с, III 3 а, Устава Босне и Херцеговине. Дакле, у поднесеном захтјеву за оцјену уставности, тражена је оцјена и формално-правног и материјално-правног аспекта уставности наведеног закона. Одлучујући о овом захтјеву Уставни суд Босне и Херцеговине је донио одлуку[44] да је овај закон у складу са Уставом Босне и Херцеговине. Међутим, приликом одлучивања, Суд је заузео став да се овај закон Високог представника не треба испитивати са формалноправног аспекта, односно да Суд није надлежан да оцјењује овлашћења Високог представника, јер се ради о институцији међународног карактера. С друге стране, Суд истовремено оцјењује да је институција Високог представника супституирала домаће институције, тј. да је исти дјеловао као институција Босне и Херцеговине, да без обзира на природу овлашћења додијељених Високом представнику Анексом 10 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, чињеница да је Закон о државној граничној служби донио Високи представник, а не Парламентарна скупштина, не мијења његов статус закона, ни у његовој форми, будући да је овај закон објављен као такав у Службеном гласнику БиХ 26.јануара 2000. године. Суд закључује да се тај закон мора сматрати законом Босне и Херцеговине и, као такав, може се испитивати са материјално-правног аспекта,[45] тј. да Уставни суд БиХ има право да

[44] Одлука у предмету број У-9/00, са издвојеним мишљењем судија, *Службени гласник БиХ*, бр. 1/01.

[45] Ово је видљиво из члана II (Допустивост) тачка 5. образложења одлуке у којем стоји: „Узимајући у обзир свеобухватну ситуацију у Босни и Херцеговини, правни статус Високог представника, као представника међународне заједнице.... У конкретном случају, Високи представник – чије овласти које произилазе из Анекса 10 Општег оквирног споразума, релевантних резолуција Савјета безбједности Уједињених нација и Бонске декларације, нису подложне контроли Уставног суда, као ни вршење тих овласти – интервенисао је у правни систем Босне и Херцеговине, супституирајући домаће власти. У том погледу он је, стога, дјеловао као власт Босне и Херцеговине, а закон, који је он донио, је природе домаћег закона те се мора сматрати законом Босне и Херцеговине. Уставни суд се позива на сличне примјере из ранијег периода, код других земаља, „релевантни примјери су мандати под режимом Друштва народа, и, у неким погледима, Њемачка и Аустрија након Другог свјетског рата. Иако признате као суверене, дотичне државе су биле подвргнуте међународном надзору, а стране власти су дјеловале у тим државама у име међународне заједнице, супституи-

цијени њихову сагласност са Уставом, те је Закон о Државној граничној служби прогласио сагласним са Уставом Босне и Херцеговине. На тај начин, Уставни суд БиХ је омогућио и трасирао пут Високом представнику да се наметне као највиши орган који има уставотворну и законодавну власт, што ће се касније показати у пракси. Овакву одлуку Суд је донио већином гласова, при чему су судије из Републике Српске, издвојиле своје мишљење, које је било у супротности са већинским мишљењем. Тако судија С. Савић у издвојеном мишљењу истиче да „овакво схватање суда није у складу са општим појмом закона, нити пак даје довољну аргументацију за одређивање карактера овог акта, па самим тим и његове уставности. Дакле, садржински посматрано, са материјалног аспекта, ови акти јесу законски акти. Међутим, ако се суд не упушта у оцјену овлашћења за доношењем овог акта са образложењем „да то не треба чинити“, и истовремено прихвата испитивање материјалноправног аспекта овог акта, поставља се питање како се може оцијенити да је у конкретном случају ријеч о закону, који уобичајено подразумјева оба аспекта. Оцјена која се заснива на имену акта и његовом објављивању у Службеном гласнику БиХ, свакако није довољна. Својство закона, као правног акта, са формалног аспекта, одређено је надлежношћу за његово доношење, поступком доношења и његовом материјализацијом, а не само последњим елементом, што у овом случају служи као основ за одлуку суда.“[46]

Без намјере да коментаришемо одлуку Уставног суда, овом приликом ћемо рећи да поимање и схватање закона као правног акта, његове форме и садржине, судије С. Савић, има упориште у правној теорији. Тако Р. Д. Лукић истиче да „под законом као извором права подразумевамо само оне акте који су истовремено и закони у формалном и закони у материјалном смислу, тј. само оне акте које доноси законодавни орган у законодавној форми и који садрже опште норме. Не обухватамо под тим појмом ни законе у формалном смислу који нису истовремено и закони у материјалном смислу, пошто садрже појединачне норме, ни законе у материјалном смислу који нису истовремено и закони у формалном смислу.“[47] Он дефинише облик (форму) правног акта, „као скуп средстава и начина којима се он ствара и састоји се из три елемента. Сва три елемента одређена су претходним правним актом....три елемента из којих се састоји сваки облик прав-

рајући се за домаће власти. Акти које су доносиле међународне власти су често бивали донесени у име држава под контролом.“

[46] Анекс Одлуке Уставног суда БиХ у предмету број У-9/00, *Службени гласник БиХ*, бр. 1/01.

[47] Р. Д. Лукић, *Увод у право*, Београд 1970, 234.

ног акта јесу: надлежност субјекта за његово доношење, поступак доношења и материјализација акта. Сва ова три елемента су унапријед прописана.“[48] Исто тако, и Ф. Мухић наводи да „правни акт има материјални и формални дио....оба дијела се налазе у узајамном јединству и условљености.“[49]. Тако се у правном језику „законом назива само онај, послије устава највиши општи правни акт којег доноси скупштина народних посланика....по једном посебном (законодавном) поступку, у облику закона. То је тзв. закон у формалном смислу; супротно закону у формалном смислу, закон у материјалном смислу најчешће постоји као заједнички именитељ којим се означавају сви општи правни акти. Услед те непрецизности појам закона узима се у јединству материјалног и формалног смисла.“[50] Миодраг Јовичић у дефинисању закона такође узима јединство формалног и материјалног аспекта, када каже да би могли „као закон означити правни пропис који, под тим називом, по посебном поступку, доноси највише представничко тијело у земљи, којим се регулишу најважнији друштвени односи и који, после устава, имају највећу правну снагу.“[51] Међутим, већина судија Уставног суда Босне и Херцеговине, као што смо већ рекли, у предмету оцјене уставности Закона о Државној граничној служби, стала је на становиште да може испитивати наведени закон са материјалноправног аспекта, не улазећи у формални аспект-оцјену овлашћења Високог представника за доношење закона, сматрајући да се ради о специфичној међународноправној институцији у Босни и Херцеговини, док су судије које су издвојиле мишљење сматрали да Уставни суд БиХ није надлежан за испитивање тих аката, јер они са формалне стране и са позиције Устава БиХ, нису домаћи закони. У прилог томе иде и чињеница да су домаће власти дужне да их усвоје у истом садржају и у истој форми.

Упитна је надлежности Уставног суда за оцјењивање аката Високог представника, посебно из разлога што се Високи представник у Уставу БиХ уопште не спомиње, већ је Анекс Х основа за његове активности. Али, ако се већ Уставни суд упустио у оцјену уставности закона којег је донио Високи представник, онда је требао оспорити његову уставност већ са формалног аспекта, заузимајући став да исти нема надлежности и овлашћења да донесе законе у БиХ, већ је то искључиво у надлежности парламента (Парламентарне скупштине) односно ентитетских парламената. Наиме, није довољно да акт представља закон у материјалноправном смислу, као што то Уставни суд

[48] *Ibid.*, 224.

[49] Ф. Мухић, *Теорија државе и права*, Сарајево 2002, 250.

[50] Г. Вукадиновић, Р. Степанов, *Теорија државе и права*, Нови Сад 2003, 321.

[51] М. Јовичић, *Закон и законитост*, Београд 1977, 83.

чини у погледу Високог представника, игноришући, притом, чињеницу да он није формални уставни предлагач, чиме ни такви наметнути закони немају формални карактер закона. Уставни суд је, дакле, прихватио надлежност да испитује уставност акта којег је донио Високи представник, одлучујући притом, да не улази у оцјену овлашћења Високог представника да доноси законе, а истовремено сматрајући да је ријеч о законима БиХ. Са оваквим схватањем и одлуком да је закон којег је донио Високи представник у складу са Уставом БиХ, Уставни суд БиХ је отворио пут Високом представнику да се наметне као највиши орган Босне и Херцеговине, што ће се касније показати и у пракси, јер је исти наставио да дјелује као уставотворна и законодавна власт.

Високи представник је дјеловао као уставотворна и законодавна власт, доносећи законе којима је успостављао нове надлежности Босне и Херцеговине и њене нове институције и на тај начин извршио ревизију Устава Босне и Херцеговине.[52] Тако је, умјесто да у складу са чланом 6.2.3. Устава БиХ, „подржава (штити) овај Устав“, Уставни суд БиХ штитио и подржавао неправне одлуке Високог представника**.** „Уз издашну помоћ његових судија који нису држављани Босне и Херцеговине, који су имали улогу одлучујућег тега на ваги, Уставни суд је одустајао од уставно сасвим разумног и могућег отпора Савету за примену мира и високом представнику. Уместо да одузму наводно правно дејство таквим поступцима Савета и високог представника, или да, у најмању руку, избегну да својим одлукама екскулпирају од одговорности виског представника и Савет за њихове фактичке радње и грубе узурпације власти заједничких институција и ентитета, Суд је учинио управо супротно.“[53] Посљедњи примјер и доказ представља доношење измјена Устава Федерације БиХ и измјена Изборног закона БиХ од стране Високог представника почетком октобра 2022. године, а за које је Уставни суд такође прогласио сагласним Уставу БиХ.

Из наведеног је видљиво да Високи представник, односно његова Канцеларија, дјелује као посебан апарат који о свему одлучује, а нема одговорности према домаћим властима односно онима који су се и сагласили да се успостави. Стога се може рећи да „он на овај начин

[52] Тако је Високи представник основао Државну граничну службу, Суд БиХ, Тужилаштво БиХ, Високи судски и тужилачки савјет, Министарство правде, Министарство безбједности, Регулаторну агенцију за комуникације, итд. Вид. М. Пилиповић, „Улога Високог представника у успостављању додатних надлежности и нових институција БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци* 30/2007, 315–329.

[53] Р. В. Лукић, „Уставна средства и механизми заштите уставног положаја Републике Српске у Босни и Херцеговини“, *Зборник са Научног скупа „Република Српска – двадесет година развоја, достигнућа, изазови, перспективе“*, АНУРС, Бања Лука 2012, 727.

постаје једна посебна, суверена институција у Босни и Херцеговини, а не институција међународне заједнице која је дужна да у Босни и Херцеговини олакша примјену цивилног дијела Општег оквирног споразума за мир“.[54]

5. ДВА ЕНТИТЕТА, ТРИ КОНСТИТУТИВНА НАРОДА И СТВАРАЊЕ ПРАВА

Право је „у једној димензији свог посматрања, правни процес, процес стварања и остваривања права. Научно осветљавање општих правних норми, односно створеног права, у теоријском и позитивноправном смислу, без осветљавања процеса њиховог стварања, говори да правна наука не осветљава укупност правног процеса, без чега нема потпуне спознаје права. Кроз апстрактно-регулативну функцију ствара се правна порука која се упућује правном адресату. Изучавање правне поруке, односно њене садржине, без изучавања процеса њеног стварања оставља празнину у спознаји права. Какво ће бити право, односно правна порука и како ће се остваривати умногоме зависи од тога како су и на који начин створени.“[55] У Босни и Херцеговини ово нарочито долази до изражаја, имајући у виду процес стварања Устава БиХ, али и стварања права од његовог усвајања, до данас. Важећи Устав је настао као резултат компромиса њених народа, те евентуалне промјене Устава и законска рјешења треба да буду донесена на исти начин, тј. да буду резултат компромиса три народа, Међутим, многи од закона су донесени тј. наметнути, од стране Високог представника, мимо воље ентитета, и били су таквог садржаја да ниси прихваћени с одобравањем или су оспоравани од стране једног или два конститутивна народа. Да ли су правне поруке упућене адресатима (конститутивним народима) заиста биле стварање боље, функционалније и ефикасније државе и њено укључивање у европске интеграције, како је то често истицано од стране доносиоца норме (Високог представника)? Или су ствараоци права имали и неке друге интересе јер је „нормативно-регулативна дјелатност односно правно нормирање врста друштвене дјелатности у којој су ангажовани интереси низа субјеката, са претензијом да ти интереси добију форму права, да буду правно предвиђени, заштићени и остварени....Који и чији интереси и потребе ће наћи своју заштиту и остваривање кроз право, зависно је од низа чињеница из контекста реалног односа снага, који се стално успоста-

[54] С. С. Савић, 60 и 61.

[55] С. М. Благојевић, „Апстрактно-регулативна функција права (стварање права као дио правног процеса)“, *Стварање права – зборник радова, југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права*, Београд 2000, 34.

вљају у том и таквом процесу.“[56] Ови теоретски ставови се потврђују у Босни и Херцеговини, као сложеној држави коју чине два ентитета и три конститутивна народа, сваки са својим интересима, уз присуство и велики утицај представника међународне заједнице, који такође имају одређене интересе. Измјене и допуне општих правних норми, а нарочито устава, као основне норме, треба да изражавају и задовољавају интересе оних на које се и односе-три конститутивна народа, те је неопходно да они искључиво и учествују у њиховом стварању.

Демократизација стварања права јесте једна од важних друштвених потреба на које указује наука. „Кроз стварну демократизацију права оно може постати и дјело човјека и грађанина, ако кроз своје настајање и доношење буде успјело да на аутентичан начин изражава њихове историјске и друштвено-економске интересе и потребе. То процес стварања права чини друштвено компетентним, одговорним и релевантним активитетом који не треба сводити на пуку и формалну техничку процедуру, што он није, него му дати карактер јавног демократског процеса изражавања и испољавања. Правништво о томе мора водити рачуна и доприносити да општенормативна продукција, тј. правно нормирање, буде изјашњавање народа на одговарајући начин. Без тога, право остаје једнострано ауторитарно изјашњавање“[57] У Босни и Херцеговини, до сада, право је у великој мјери било „једнострано ауторитарно изјашњавање“ које је довело и до тога да је стварно другачије од нормативног (прописаног) у основној норми правног поретка и основном закону-уставу. „Однос опште правне норме и стварности рјешава се кроз стварање права. У рјешавању тог односа наилази се на објективну антиномију друштво–право. Право је апстрактно, хипотетично, симплифицирано и статично, а друштво конкретно, фактично, комплексно и динамично. Ова антиномија не може се избјећи, па законодавац мора да уложи много труда да би створио реално право, оно право за чију је примјену друштво проходно“[58] Сврха и циљ права је његово увођење у живот, а тога нема без реалности и проходности права, што опет зависи од односа опште правне норме и стварности. Право у Босни и Херцеговини, да би било проходно, мора бити реално и одражавати интересе конститутивних народа, што се у пракси показало тешко, јер „ускладити право са реалним потребама и могућностима друштва, посебан је проблем младих права. Право се ствара (треба да се ствара) и остварује према захтјевима стварности и потребама живота. Право створено ван тих захтјева остаје само идеал, идеалитет, никада реалитет. Двије су врсте

[56] *Ibid.*, 39.
[57] *Ibid.*
[58] *Ibid.*, 45.

друштвених снага које учествују у стварању права: друштвено политичке и стручне. И једне и друге стране морају да покажу и показују висок степен одговорности, знања, реалности и досљедности за дјелатност коју врше.“[59] У Босни и Херцеговини неопходно је извршити демократизацију права, са циљем да се у будућем нормирању односа задовоље индивидуални, групни, заједнички и општи интереси. Из тог разлога, као и чињенице да су сви анекси Дејтонског споразума имплементирани у цјелини, престаје потреба за постојањем институције Високог представника, о чему би уговорне стране требале постићи сагласност. Наиме, уколико „уговорне стране Анекса 10 сматрају интервенцију погрешном, или сматрају да више није потребна, прекид његовог мандата је неопходно усагласити окончањем Анекса 10 ДМС“.[60]

На Високог представника се односе и резолуције Савјета безбједности, али „ако прихватимо да је улога Вијећа сигурности у односу на Анекс 10 чисто афирмативна – дакле, не и конститутивна – то би значило да уговорне стране Анекса 10 у свако доба могу опозвати мандат Високог представника. ...сумњамо да би у таквом случају Вијеће сигурности – против воље уговорних страна Анекса 10 – на основу поглавља VII Повеље УН ауторизовало, дакле, наметнуло настављање цивилне компоненте мировног споразума (сада) на основу поглавља VII Повеље УН.“[61] Канцеларија Високог представника (ОХР) је имала значајну и позитивну улогу, након окончања грађанског рата, на учвршћивању мира и посредовања у контактима, до недавно зараћених страна и народа, али након дјеловања, које се претворило у неограничено вршење власти, без икакве одговорности, а нарочито након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању БиХ (ССП) са Европском унијом,[62] постојање ОХР-а губи смисао.[63] Дакле, ако је ЕУ пристала на потписивање ССП са БиХ, и ступила са њом у уговорни однос, а 15. децембра 2022. године, БиХ добила статус кандидата за чланство у ЕУ, произилази да је постојање ОХР у БиХ правно неодрживо и нелогично.

[59] *Ibid.*

[60] C. Steiner *et al.*, *Ustav Bosne i Hercegovine (Komentar)*, Sarajevo 2010, 731.

[61] *Ibid.*

[62] Споразум је потписан 16. јула 2008. године у Луксембургу, а у јуну 2015. ступио на снагу.

[63] Парадокс је већ сама чињеница да је потписан ССП са земљом која је под својеврсним протекторатом. Другим ријечима, нелогично је да држава која је чланица Савјета Европе и потписник ССП, има неког ко има бонска овлашћења и да ради на условима за прикључење у ЕУ, а да у њој истовремено, изван уставног поретка, постоји самостална институција која је изнад уставних органа те државе. То је супротно и демократији и европским вриједностима, а и формалноправно је спорно.

У Босни и Херцеговини, у будућности, од одлучног значаја је минимум заједничких интереса свих њених народа, као и постизање компромиса и консензуса у даљем изграђивању правног поретка. И Устав Босне и Херцеговине, иако је данас нешто друго у односу на оно што је био, али још увијек важећи, настао је као резултат компромиса њених народа. „Чињеница да је важећи устав настао као резултат компромиса различитих тежњи њених народа треба да буде показатељ да је тај минимум могуће постићи. Наравно од њега треба ићи даље, али реално, уважавајући све релевантне околности и факторе. Само на тај начин отвориће се могућност за доградњивање неких од уставних рјешења, само на тај начин њен устав ће постати оно што представља у свим демократском државама-резултат воље народа. Босна и Херцеговина се, дакле, заснива на компромису и консензусу конститутивних народа и тако треба да остане и у будућности.

6. ЗАКЉУЧАК

Институција Високог представника успостављена је Анексом X (Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења) Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, који одређује овлашћења Високог представника. Ниједна одредба овог Анекса, а ни Дејтонског мировног споразума у цјелини, не даје овлашћење Високом представнику да преузме уставотворну и законодавну власт од домаћих органа власти, тј. да доноси и немеће амандмане на ентитетске уставе, законе или друге прописе. То овлашћење му није дато ни резолуцијама донесеним од стране Савјета безбједности УН. Поред Високог представника, након парафирања споразума у Дејтону, успостављен је Савјет (Вијеће) за имплементацију мира чијим Декларацијама је дошло до проширивања овлашћења и надлежности Високог представника. Постојање Савјета није предвиђено Дејтонским мировним споразумом, односно Анексом IV (Устав БиХ) и Анексом X. Конституисање Савјета и његовог Управног одбора, као и проширивање овлашћења Високог представника, било је без сагласности страна уговорница. Декларацијама и закључцима овог тијела, прије свега оним донесеним у Бону 1997, проширивана су овлашћења Високог представника. Међутим, ни закључци са Бонске конференције, на који се Високи представник позива у својим одлукама, не одређују да исти може мијењати устав, или доносити законе умјесто Парламентарне скупштине БиХ, односно ентитетских парламената, што је Високи представник више пута учинио, доносећи амандмане на ентитетске уставе; законе у свим областима и у ентитетима и на нивоу Босне и Херцеговине. Високи представник је тако без правног основа и овлашћења, стварао право у БиХ и ентитетима. Умјесто да подржи

спровођење Устава БиХ и Дејтонског споразума, Високи представник и Савјет су их мијењали. Пред Уставним судом БиХ, оправдано се поставило питање уставности тих закона и са формалноправног и са материјалноправног аспекта. Уставни суд Босне и Херцеговине приликом оцјене уставности неких од закона које је донио Високи представник, није имао јединствен став, мишљења судија су била супротстављена и различита, а образложења одлуке у тим предметима, са теоријскоправног аспекта, проблематичне. Уставни суд је стао на становиште да није надлежан да оцјењује овлашћења Високог представника за Босну и Херцеговину, али да је истовремено ова институција супституирала домаће институције, па се донесени закон мора сматрати законом Босне и Херцеговине и, као такав, може се испитивати са материјално-правног аспекта. тј. аспекта његове садржине односно његове усклађености са Уставом Босне и Херцеговине, што је, с теоријскоправног аспекта, спорно. Са оваквим схватањем и одлуком да је закон којег је донио Високи представник у складу са Уставом БиХ, Уставни суд БиХ је отворио пут Високом представнику да се наметне као највиши орган Босне и Херцеговине, што се показује и у пракси.

Сматрам да су могућности фактичке ревизије устава исцрпљене и да треба да престану. Свака промјена Устава у будућности морала би бити извршена амандманском процедуром како је то и утврђено Уставом БиХ. Домаћи органи власти као представници ентитета и конститутивних народа, требају да се опредијеле за поредак у којем желе да живе и да о томе постигну уставноправни консензус. У Босни и Херцеговини, у будућности, од одлучног значаја је минимум заједничких интереса свих њених народа, као и постизање компромиса и консензуса у даљем изграђивању правног поретка.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Banning, Tim, “The ‘Bonn Powers’ of the High Representative in Bosnia Herzegovina: Tracing a Legal Figment“, *Goettingen Journal of International Law* 6/2014;
2. Baros, Miroslav, “The High Representative for Bosnia and Herzegovina: A Requiem for Legality”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, https://www.ejiltalk.org/the-high-representative-for-bosnia-and-herzegovina-a-requiem-for-legality/*;
3. Crawford, Charles, “Bosnia: the Bonn Powers Crawl Away to Die“, *charlescrawford.biz/2011/07/05/bosnia-the-bonn-powers-crawl-away-to-die/*;

4. Merdzanovic, Adis, *Democracy by Decree, Prospects and Limits of Imposed Consociational Democracy in Bosnia and Herzegovina*, Stuttgart 2015;
5. Parish T. Matthew., “The Demise of the Dayton Protectorate“, *Journal of Intervention and Statebuilding* 1/2007;
6. Steiner, Christian, *et al.*,*Ustav Bosne i Hercegovine (Komentar)* Sarajevo 2010;
7. Билт, Карл, *Мисија мира*, Погледи, Крагујевац 1998;
8. Благојевић, Слободан, „Апстрактно-регулативна функција права (стварање права као дио правног процеса)“, *Стварање права – зборник радова, југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права,* Београд 2000;
9. Благојевић, Слободан, *Право и стварност*, Београд 1995;
10. Вукадиновић Гордана, Степанов, Радивој, *Теорија државе и права*, Нови Сад 2003;
11. Дмичић, Миле, „Противрјечност стандарда конституционализма и конституционалне демократије и постојања и надлежности институције Високог представника у Босни и Херцеговини“, *Зборник радова „Противрјечја савременог права“*, Источно Сарајево 2022;
12. Јовичић, Миодраг, *Закон и законитост*, Београд 1977;
13. Лукић, Владимир, Поповић Витомир, *Дејтон–Париз: Документи*, Институт за међународно право и пословну сарадњу, Бања Лука 1999;
14. Лукић, Радомир В., „Уставна средства и механизми заштите уставног положаја Републике Српске у Босни и Херцеговини“, *Зборник са Научног скупа „Република Српска – двадесет година развоја, достигнућа, изазови, перспективе“*, АНУРС, Бања Лука 2012;
15. Лукић, Радомир Д., Кошутић, Будимир П., Митровић, Драган М., *Увод у право*, Београд 2001;
16. Лукић, Радомир Д., *Увод у право*, Београд 1970;
17. Марковић, Горан, „Уставне промјене у Босни и Херцеговини“, *Држава, политика и друштво у Босни и Херцеговини – анализа постдејтонског политичког система* (ур. Д. Бановић, С. Гаврић), Сарајево 2011;
18. Митић, Миодраг, „Међународноправни аспекти Дејтонског споразума и покушај његове неовлашћене ревизије“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске*, Бања Лука 2005;
19. Мухић, Фуад, *Теорија државе и права*, Сарајево 2002;
20. Петрич, Волфганг, *Босна и Херцеговина од Дејтона до Европе*, Свјетлост, Сарајево 2002;

21. Пилиповић, Милан, „Улога Високог представника у успостављању додатних надлежности и нових институција БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци* 30/2007;
22. Поповић, Витомир, „Република Српска – Дејтонски мировни споразум, стање и перспективе“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске,* Бања Лука 2005;
23. Савић, Снежана С., „Неке специфичности правног поретка Босне и Херцеговине – улога Високог представника за Босну и Херцеговину“, *Правна ријеч* 1/2004;
24. Чавошки, Коста, „Свемогући високи представник“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске*, Бања Лука 2005.

Правни прописи

1. Амандмани на Устав Републике Српске CIV–CV, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/03;
2. Амандмани на Устав Републике Српске CVI–CXIII, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 98/03;
3. Амандмани на Устав Републике Српске XCIII-XCVIII, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/02;
4. Амандмани на Устав Републике Српске XCIX-CIII, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 69/02;
5. Анекс Одлуке Уставног суда БиХ у предмету број У-9/00, *Службени гласник БиХ*, бр. 1/01;
6. Закон о Високом судском и тужилачком савјету БиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 15/02;
7. Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ,* бр. 2/00;
8. Закон о државној граничној служби Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 2/00;
9. Закон о Суду Босне и Херцеговине *Службени гласник БиХ,* бр. 29/00;
10. Закон о тужилаштву Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* бр. 24/02;
11. Независна правосудна комисија, *Службени гласник БиХ,* бр. 3/03
12. Одлука о амандманима на Устав Републике Српске и Одлука о амандманима на Устав Федерације БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 13/02;
13. Одлука о измјенама и допунама Закона о путним исправама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ,* бр. 27/00;
14. Одлука у предмету број У-9/00, са издвојеним мишљењем судија, *Службени гласник БиХ*, бр. 1/01.

Associate Professor Milan Pilipović, LL.D.

Faculty of Law, University of Banja Luka

THE CONTROVERSIES OF LAW-MAKING BY MEANS OF THE ACTS OF THE HIGH REPRESENTATIVE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The existence, position and authority of the High Representative are governed by Annex X of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. That Annex, among other things, determines that the High Representative is the ultimate authority for interpreting the Agreement on the Implementation of Civil Aspects of Peaceful Settlement. However, in practice, he acted as a lawmaker by introducing amendments to entity constitutions and laws at the B&H and entity level. The existence of the High Representative from a formal aspect is not questionable. However, the author disputes his activity, which recently manifested in lawmaking, from the theoretical and constitutional aspects. Therefore, under the said Annex, the High Representative did not receive any legislative powers. He did, however, receive a mandate to supervise the implementation of the peace settlement, maintain contacts with the contracting parties, coordinate the activities of civil organizations and agencies, advise and suggest certain solutions, and periodically report on the progress and implementation of the peace agreement. This Annex does not result in any ordering, dismissal or appointment of its people, let alone the passing of laws and other regulations in place of the legal and legitimate bodies of the two entities and the institutions of Bosnia and Herzegovina.

The High Representative, when making his decisions, referred to Annex X, as well as to the provisions of the declarations of the Peace Implementation Council, which expanded his powers. The paper indicates that the establishment of the Council for the Implementation of Peace and its Board of Directors took place after the signing of the Dayton Peace Agreement, without any special legal basis and without the consent of the contracting parties who signed Annex X. The author advocates the thesis that Annex X, acts of the Peace Implementation Council, as well as other relevant acts related to the High Representative, do not contain a legal basis for him to issue normative acts, that is, to exercise constitutional and legislative powers. The Bonn Declaration did not explicitly establish the authority of the High Representative to pass laws, i.e., to replace legislative bodies, but to pass "temporary measures" instead of the Presidency and the Council of Ministers.

The controversial activity of the High Representative will shed some light on the role of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina too. The Constitutional Court accepted the jurisdiction to examine the constitutionality of the act adopted by the High Representative, deciding not to enter into the assessment of the High Representative's powers. The Court decided that it is not competent to evaluate the powers of the High Representative to enact laws because it is an institution of international character. At the same time, the Court assesses that the institution of the High Representative has replaced the domestic institutions, i.e., that he acted as an institution of Bosnia and Herzegovina, that the law passed by the High Representative must be deemed the law of Bosnia and Herzegovina and, as such, can be examined from a substantive law aspect. In the end, the Court decided that the law passed by the High Representative was in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

Instead of being the guardian of the Constitution and constitutionality in Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, with its decisions and positions, contributed to the High Representative becoming a special institution in Bosnia and Herzegovina, which, by creating law, changes the constitutional and legal order of Bosnia and Herzegovina and its entities. Making law should not be a unilateral authoritarian declaration of an individual. Amendments and additions to general legal norms, especially the Constitution, should express and satisfy the interests of those to whom they relate. In Bosnia and Herzegovina, these are the three constituent nations. That is why the three constituent nations must exclusively participate in law-making through their elected representatives in the parliaments.

Key words: *High Representative; Annex; The Constitution; Law; Law-making; Advice*.

УДК/UDC 342.2(497.6)
341.382(497.6)“1995“
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Невенко Врањеш

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци,
Омбудсман за људска права Босне и Херцеговине

ДЕЈТОНСКА И ПОСТДЕЈТОНСКА КОНЦЕПЦИЈА ПОЛИТИЧКОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Актуелни политички систем Босне и Херцеговине настао је на бази многобројних политичких процеса који су у посљедњој деценији прошлог вијека захватили Европу. Међу њима се посебно истичу пад комунизма, политички плурализам, војна реорганизација, тржишна економија као и многобројни други елементи постсоцијалистичке транзиције. Наведене промјене Босна и Херцеговина је дочекала као једна од шест република бивше СФРЈ са мултиетничком структуром становништва која је у највећој мјери осликавала структуру мултиетичности тадашње југословенске заједнице. Трагичан ратни сукоб који је захватио регион своју кулминацију доживјеће управо у овој републици и резултоваће несагледивим посљедицама са преко стотину хиљада мртвих, милионима расељених лица те потпуном девастацијом привреде, инфраструктуре, производних капацитета и многобројних других друштвених ресурса. Након завршетка оружаног сукоба, међународна заједница успоставља Дејтонску Босну и Херцеговину са минимумом заједничких институција и надлежности конфигуришући тако њен правни и политички систем који ће имати јединствене тачке у домену спољних послова, комуникација, спољње трговине и монетарних послова, док ће све друге функције препустити ентитетима. Био је то производ најширег и једино могућег компромиса с циљем да се заустави рат и сачува какав такав облик државе и државности. Одмах након потписивања Дејтонског мировног споразума услиједиле су његове неформалне и незваничне промјене које су касније ушле у сферу супротну унутрашњем и међународноправном поретку. Тако можемо говорити о постдејтонској концепцији политичког система Босне и Херцеговине какву данас живимо.

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

Тема рада је анализа политичког система Босне и Херцеговине структуираног на принципима Дејтонског мировног споразума и тренутног стања оличеног у његовој постдејтонској концепцији. Темељна хипотеза је да је политички систем Босне и Херцеговине заснован на Дејтонском мировном споразуму специфичан и атипичан, израз најширег могућег компромиса и једино могуће одржив.

У раду ће бити коришћена метода анализе садржаја, метода правне егзегезе, статистичка метода, те основне синтетичке методе.

Кључне ријечи: Босна и Херцеговина; Устав Босне и Херцеговине; Политички систем; Дејтонски мировни споразум.

1. УВОД

Дејтонски мировни споразумом (у наставку рада ДМС) је имао два кључна циља. Први је прекид непријатељстава и успостављање одрживог мира, а други формирање облика државне заједнице на развалинама претходне Босне и Херцеговине (у даљем тексту: БиХ). Да ли је БиХ данас суверена држава и да ли је уопште могућа држава питања су чији одговори се крећу од крајње скептичности до наивне оптимистичности.[1] Данас, након двадесет и осам година трајања ДМС-а, БиХ је остала дубоко подијељена држава и нестабилно друштво, па с правом можемо рећи да је ДМС успоставио мир али није донио помирење међу народе БиХ.

До ДМС-а није било лако доћи како у војном тако и у политичком смислу. У војном смислу, споразум се догодио након око три и по године интензивних борбених дејстава свих зараћених страна, а у политичком смислу ДМС се јавља након најмање четири неуспјешна предложена мировна плана (Кутиљеров план из 1992. године; Венс-Овенов план из прве половине 1993. године; Овен-Столтенбергов план из друге половине1993. године и План Контакт групе из средине 1994. године). Поставља се питање шта је преломна тачка која је одлучила да међународна заједница оконча овај сукоб, успостави мир и формира државу у оваквом облику. Постоје тврдње да је Европа тог времена била немоћна наспрам војног сукоба у БиХ, па су стога сви њени мировни планови редом пропадали.[2] Стога, током 1994. године долази до снажне интерполације САД у босански сукоб, конкретније тадашњег америчког предсједника Клинтона. Најприје је усљед поменутог америчког утицаја уз потписивање тзв. Вашингтонским

[1] M. Kasapović, *Bosna i Hercegovina podijeljeno društvo i nestabilna država*, Politička kultura, Zagreb 2005, 13.

[2] С. Словић, „Дејтонски мировни споразум (Историјска позадина, припрема и резултати)“, *Баштина* 31/2011, 337.

споразумом створена неприродна и непринципијелна и дан данас нефункционала заједница Муслимана и Хрвата у БиХ под називом Федерација БиХ. Тиме је БиХ (и мимо воље српског народа) етнички подијељена на два дијела, један дио, муслиманско-хрватски и други српски. Конкретније, на основама европског модела мировног рјешења оличеног у Овен-Столтенберговом плану, а уз већ створену Федерацију БиХ, САД су пристале на својеврсну подјелу БиХ. Оно што је недостајало јесте пристанак Срба али и обуздавање војне моћи Војске Републике Српске. С друге стране, тадашњи амерички предсједник Бил Клинтон и америчка администрација настоје да завршетком рата у БиХ поентирају пред домаћом и свјетском јавношћу идући у сусрет америчким изборима 1996. године.[3] Стога, можемо прихватити мишљење да је ДМС настао у вријеме највеће моћи САД из периода униполарног свијета, када су САД биле свјетски хегемон.[4] Постоје и размишљана да су се САД одлучиле на дејтонску архитектуру како би избјегле потенцијални утицај Русије и Кине на регион, слабљење НАТО-а као и ремећење односа САД и Европске уније.[5]

У предвечерје ДМС-а Република Српска била је у веома тешкој ситуацији како војно тако и политички. Војно су је нападале уједињене муслиманско-хрватске снаге, као и НАТО кроз операцију „Намјерна сила“ те је дошло до снажних војних и цивилних губитака, затим губитака територије кроз пад тринаест западнокрајишких општина, пад платоа Влашића, Озрена и Возуће као и још других стратешких мјеста. У политичком смислу Република Српска је била делегитимисана као равноправан преговарач будући да је њено војно и политичко руководство већ било стављено под оптужницу Међународног кривичног суда за бившу Југославију (тзв. Хашког трибунала), те није могло учествовати у преговорима па су овлашћења за преговоре у име Републике Српске на сједници Народне скупштине Републике Српске пренијета на Слободана Милошевића чија је власт већ била увела санкције Републици Српској.[6] Наведено овлашћење Никола Поплашен сматра парадоксалним постављајући питање како неко ко

[3] R. Lukić, „Vanjska politika Clintonove administracije prema ratovima u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini (1993–1995)“, *Časopis za suvremenu povijest* 38/2006, 38.

[4] С. Перишић, „Промене међународног поретка и Босна и Херцеговина – 25 година од Дејтонског споразума”, *Politeia* 20/2020, 44.

[5] Wilson Center, Fixing Dayton: A New Deal for Bosnia and Herzegovina, Report and Recommendations Global Europe Program Working Group on the Western Balkans, *https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/uploads/documents/GE_201116_report%201_v2%20%281%29.pdf*, 1–3, 28. јун 2023.

[6] В. Симовић, *Народ, партије и демократија у Босни и Херцеговини*, Факултет политичких наука, Бања Лука 2019, 153.

је увео санкције Републици Српској на Дрини може заступати њене интересе у тако озбиљној и сложеној ситуацији.[7]

У правном смислу, ДМС је производ америчких правника како по правној логици тако и према номотехничком приступу. То најбоље уочавамо на Анексу 4 ДМС-а који је заправо Устав БиХ и који са својих дванаест чланова подсјећа на Устав САД (који има свега седам чланова, истина и 27 амандмана). Овако сложен мировни споразум са 11 анекса није било једноставно креирати. У техничком смислу на писању ДМС радило је мјесецима између 200 и 300 људи. Иако се идејним архитектом ДМС-а сматра Ричард Холбрук, постоје сазнања да је његов истински творац тадашњи амерички државни секретар Ворен Кристофер.[8]

Дејтонским мировним споразумом српски народ у БиХ остао је ускраћен за много тога у политичком и територијалном смислу. У политичком смислу морао је пристати на моментални пренос надлежности на новоформирану државну заједницу и тиме ограничење сопственог суверенитета, а у територијалном смислу Република Српска је остала без аутентичних у аутохтоних територија као што су Сарајево, Дрвар, Петровац, Гламоч, Грахово, Брчко и др., те пристанак на 49 % територије Босне и Херцеговине иако је у једном моменту под контролом Војске Републике Српске било преко 2/3 територије Босне и Херцеговине.[9] Подсјећања ради, само је из Сарајева услиједио егзодус 150. 000 Срба непосредно након потписивања ДМС-а. Такође, приједратна општина Дрвар која је према попису из 1991. године имала само 33 муслимана и око 17. 000 Срба, припала је Федерацији БиХ. Сличну ситуацију налазимо и код Босанског Грахова у којем је 1991. године живјело само 12 муслимана и готово 8. 000 Срба. Остаје чињеница да је ДМС успоставио мир и признао Републику Српску не само као субјекат унутрашњег већ и највећим дијелом и међународног права. Непосредно након тога Републике Српска је изградила и надоградила своје институције, успоставила стабилан привредни, економски, финансијски, социјални, здравствени, пензиони и сваки други систем и у организацији и функционисању власти представља стабилнији дио БиХ.

[7] Н. Поплашен, *Криза и политика*, Глас Српски, Бања Лука 1998, 39.

[8] BBC News na srpskom, *Godišnjica Dejtonskog sporazuma: Neponovljivi kraj rata*, *https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-46296019*, 28. јун 2023.

[9] Ч. Антић, Н. Кецмановић, *Историја Републике Српске*, Службени гласник Републике Српске, Бања Лука 2016, 325.

2. ДЕЈТОНСКА КОНЦЕПЦИЈА ПОЛИТИЧКОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

ДМС је чини се о сваком сегменту „водио рачуна“. Иако није до краја ријешио многобројна питања, нарочито не Уставом БиХ, мировни споразум се с ове дистанце чини перфектним рјешењем. ДМС је успоставио државну заједницу најширег могућег компромиса која може искључиво функционисати само на досљедној примјени његове платформе. Свако и најмање дефрагментирање било којег дијела споразума води ка нестабилности и веома лако ка дисолуцији БиХ. „Ни једним конститутивним актом у историји Босне и Херцеговине нису на цјеловитији начин избалансирана питања прошлости, садашњости и будућности, етничког и грађанског као што је то учињено Дејтонским споразумом.“[10] Као компромисно рјешење ДМС је пројектовао субјекте политичког система који су веома специфични. У наставку рада бавићемо се некима од њих.

Као обиљежја новоуспостављеног политичког система истичемо: устав који није донијет од стране народа нити представничког тијела; специфичност извршне власти оличене у трочланом Предсједништву и Савјету министара као помоћном органу предсједништва; постојање засебне административно-територијалне цјелине Брчко дистрикта БиХ; постојање канцеларије ОХР-а; Уставни суд БиХ са присуством страних судија и специфичном апелационом надлежношћу; сложен изборни систем и др.[11] Прије него што се позабавимо наведеним елементима, за политички систем ове земље важно је утврдити, да ли је садашња БиХ правни насљедник претходно успостављене Републике БиХ или је то једна потпуно нова држава. Чињеница је да ентитети творе БиХ, а не обрнуто. О томе аргументовано пише Горан Марковић анализирајући три конститутивна елемента државе и то територију, становништво и суверену власт тврдећи да је све то Република БиХ изгубила и да је ДМС-ом створена једна потпуно нова БиХ. На крају крајева тадашња Република БиХ се распала јер је изгубила подршку њених народа како то сликовито запажају професори Кецмановић и Антић.[12] Дакле чињеница је да је ова државна заједница настала својеврсним минималним пресјеком заједничких послова, а никако централизацијом са одређеним елементима децентрализације или пуке деконцентрације власти.

[10] R. Nešković, *Nedovršena država – politički sistem Bosne i Hercegovine*, Friedrich Ebert Stiftung, Sarajevo 2013, 413.

[11] Н. Врањеш, „Права конститутивних народа и ентитета у политичком систему Босне и Херцеговине”, *Безбедносни форум* 1/2022, 44–46.

[12] Ч. Антић, Н. Кецмановић, 26.

Устав БиХ садржан је заправо у Анексу четири ДМС. У свијету модерних уставности не налазимо устав који није донијела уставотворна скупштина, редовна скупштина односно неко представничко тијело (а веома често се о уставу изјашњава и сам народ на претходном или накнадном референдуму). То у БиХ није случај. Такође, категорију октроисаних устава модерна демократија не познаје.[13] Никада Парламентарна скупштина БиХ није разматрала садашњи Устав нити се о њему изјашњавала нити је он био понуђен народима БиХ да се о њему изјасне. Будући да овај устав пати од одсуства и легалитета и легитимитета они су и могући извор његове слабости. Не постоји оригиналан примјерак ДМС нити Устава БиХ, као ни званичан превод овог устава у чему неки такође *inter alia* виде његову слабост.[14] Такође овај устав није дио домаћег већ међународног права будући да је саставни дио једног међународног мировног уговора.[15] У складу са наведеним чињеницама, слажемо се с тим да Устав БиХ има карактер октроисаног устава.[16] Овом уставу се не може замјерити мањак кодификације упркос чињеници да се уставна материја налази и у неким његовима анексима (првенствено Анекс III – Споразум о изборима и Анекс VI – Споразум о људским правима па и дијелом и Анкес II – Споразум о граници између ентитета). Уставу БиХ не може се замјерити конзистентност уређења уставне материје. У многим питањима Устав је штур, јер није ни близу уредио уставну материју (норме о друштвеном уређењу државе, уређење територијалне организације, локалне и регионалне само(управе), чиме је створио полигон за вануставна уређења и разраду многобројних уставних питања. Поред изричите подјеле надлежности између државе, а кроз прописивање надлежности државе и уз пресумцију надлежности у корист ентитета, овај устав је ипак оставио могућност и да се надлежности могу преносити на ниво државе уколико о томе дође до договора ентитета, затим уколико се ради о надлежностима које су неопходне

[13] У историји југословенске уставности, познат је октроисани устав који је донио краљ Александар 3. септембра 1931. године, а којим је окончао сопствену шестојануарску диктатуру у Краљевини Југославији. Такође, биљежимо и октроисани устав Аустријског царства од 4. марта 1849. године који је донио цар Фрањо Јосип I, а након угушене револуције у Мађарској када је дошло до распуштања парламента монархије. Такође, у Пруској је Фридрик Вилим IV распустио народну скупштину те је 1850. донио октроисани устав након чега се Пруски парламент састоји од два дома.

[14] N. Ademović, „Značaj i metode tumačenja kroz praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 9/2012, 30.

[15] Р. Кузмановић, *Уставно право, четврто измијењено и допуњено издање*, Факултет пословне економије, Бања Лука 2006, 304.

[16] G. Marković, „Ustav Bosne i Hercegovine“, *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini – Analiza postdejtosnkog političkog sistema* (ur. D. Banović i S. Gavrić), University Press – Magistrat izdanja, Sarajevo 2011, 57.

за очување суверенитета, територијалног интегритета, међународног субјективитета и политичке независности БиХ. Такође, Устав оставља и могућност преузимања надлежности у стварима предвиђеним у анексима V-VIII Општег оквирног споразума. Најзад, Устав је оставио и могућност формирања додатних институција БиХ, а за потребе операционализације додатних надлежности (Устав БиХ, члан III/5).[17] Наведено значи да су додатне надлежности и нове институције БиХ и пут у измјену Устава БиХ и мимо члана X устава. Тако данас имамо ситуацију да је Устав измијењен, а није измијењен. Другим ријечима, Устав БиХ садржи норме које су реформским и неком другим процесима превазиђене, а велики је број недостајућих норми како у погледу материјалне надлежности тако и у погледу институционалне структуре. Једини амандман до сада донијет на Устав БиХ је онај који уређује правни положај Брчко дистрикта БиХ.[18] Као најизразитији примјер ванустивне институционалне позиције можемо навести правосуђе БиХ, које ниједном правном нормом важећег устава није поменуто. С друге стране, Устав препознаје оружане снаге у БиХ и Стални комитет. Данас фактички нити постоје оружане снаге у БиХ ни Стални комитет. Зато постоје Оружане снаге Босне и Херцеговине и то као израз споразумом пренијетих надлежности које су данас стварна и законска ли не и уставна категорија.

Сљедећи субјекат политичког система је Предсједништво БиХ. Ради се о колективном шефу државе којег према Уставу БиХ чине три члана и то један Бошњак и један Хрват, који се сваки бирају непосредно са територије Федерације, и један Србин, који се бира непосредно са територије Републике Српске (Устав БиХ, чл. В). Са́мо постојање колективног шефа државе је у савременим друштвима ријеткост. Такво нешто прати ове просторе имајући у виду бившу СФРЈ али и СР БиХ (некада смо колективног шефа државе налазили у бившом СССР-у, Уругвају и Никарагви).[19] Може се рећи да је то данас елемент консоцијализма будући да колективног шефа државе налазимо и у Швајцарској у својеврсном облику те у Сан Марину. Предсједништво БиХ као колективни шеф државе нема само протоколарне надлежности. Оно је значајан дио извршне власти, по замисли ДМС-а односно Устава БиХ, има чак и превагу у односу на Савјет министара који је помоћни органа Предсједништва. Конкретније, Предсједништво има потпуну надлежност над вођењем спољне политике и рати-

[17] Устав Босне и Херцеговине, Уставни суд БиХ, *https://www.ustavnisud.ba/public-/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf*, 15. мај 2023.

[18] Амандман на Устав Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/09.

[19] D. Golić, „Ustavnopravni položaj predsednika Republike Srpske u svetlu uporednog prava“, *Strani pravni život* 2/2021, 29.

фиковање међународних споразума како у функционалном тако и у персоналном погледу (будући да поставља и разрјешава дипломатско-конзуларне представнике БиХ). Реформом система одбране и стварањем Оружаних снага БиХ Предсједништво БиХ добија једну изван уставну надлежност и постаје врховни командант Оружаних снага те надлежност над постављењима и разрјешењима генерала Оружаних снага[20] Поменути закон је конституисао један читав члан под називом „Надлежности предсједништва“ и тако мимо Устава БиХ и без упоришта на Уставу БиХ овластио Предсједништво БиХ над системом одбране иако Устав БиХ познаје само оружане снаге ентитета. Предсједништво БиХ у односу према Савјету министара поред спољне и одбрамбене политике има надлежност и над именовањем предсједавајућег Савјета министара који преузима дужност након што га потврди Представнички дом Парламентарне скупштине БиХ. Поред наведеног, Предсједништво БиХ има и буџетску надлежност која се састоји у предлагању буџета за финансирање институција БиХ и међународних обавеза БиХ, а који усвајају касније оба дома Парламентарне скупштине БиХ. Слиједи надлежност Предсједништва према Уставном суду БиХ, на начин да Предсједништво има консултативну улогу коју обавља са предсједником Европског суда за људска права приликом именовања три стране судије у Уставни суд БиХ. Надаље, Предсједништво БиХ наспрам Централне банке БиХ има персоналну надлежност на начин да именује чланове Управног одбора. Најзад, иако Уставом БиХ, Предсједништво БиХ извршава одлуке Парламентарне скупштине БиХ, оно може распустити Дом народа Парламентарне скупштине БиХ. Трагом наведеног, констатујемо да је Устав БиХ намијенио значајну улогу Предсједништву БиХ, чини се значајно већу него Савјету министара БиХ што је прилично неуобичајено у упоредним правнополитичким системима. У доношењу одлука Предсједништво одлучује у одређеним питањима консензусом, а у одређеним већином од два гласа. Доношење одлука консензусом је уставна препорука када су у питању спољни послови и извршавање одлука Парламентарне скупштине БиХ. У недостатку консензуса, одлука може бити донесена гласовима два члана Предсједништва. Члан Предсједништва који је таквим гласањем остао у мањини има право подношења вета и то, Народној скупштини Републике Српске, када се ради о улагању вета од стране члана Предсједништва из Републике Српске, бошњачким делегатима у Дому народа Парламента Федерације БиХ, уколико је вето уложио бошњачки члан Предсједништва и хрватском клубу делегата у Дому народа Парламента Федерације БиХ, уколико је вето уложио хрватски члан Предсједништва. Вето се

[20] Чл. 8. и 12. Закона о одбрани БиХ – ЗОБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 88/05.

потврђује гласовима двије трећине посланика у Народној скупштини Републике Српске односно двије трећине бошњачких односно хрватских делегата у Дому народа Парламента Федерације БиХ. У таквим случајевима одлука Предсједништва неће ступити на снагу. Временом је Предсједништво БиХ захватио недостатак легитимитета хрватског члана Предсједништва када се појављују прилично увјерљиви докази да он у до сада четири мандата постаје хрватски члан Предсједништва уз подршку и гласове највећег дијела бошњачких бирача. Ова констатација се чини увјерљивом како чињеницом да он заступа политике и стајалишта која се и више него поклапају са бошњачким националним партијама тако и чињеницом да се бира у истој изборној јединици (Федерација БиХ) у којој су Бошњаци више од три пута бројнији народ од Хрвата. Примјера, ради, „Жељко Комшић је на изборима 2006. године освојио 116.062 гласа, 2010. освојио је 337.065 гласова, што је више од српскога и бошњачкога кандидата, успркос чињеници да су Хрвати најмалобројнији народ.“[21]. Улазећи у детаљнију анализу, ови аутори наводе, да је примјера ради „у мјесту Калесија, у којему је свега 35 Хрвата, Комшић добио 7 033 гласа. Године 2018. освојио је 225.500 гласова, од тога мање од 5 % хрватских. У доминантно хрватским општинама његови су резултати занемариви. У Широком Бријегу добио је 0,52 %, у Читлуку 0,54 %, у Грудама 0,72 %, у Посушју 0,76 %, у Љубушком 1,26 %, у Неуму 2,95 % те у Томиславграду 3,37 % хрватских гласова“.[22] Годинама су присутни захтјеви Хрвата у БиХ за реформи изборног система нарочито у домену избора хрватског члана Предсједништва БиХ.

Савјет министара БиХ је орган који извршну власт дијели са Предсједништвом БиХ уз већ описану премоћ Предсједништва БиХ (барем по ДМС и Уставу БиХ). Та ситуација се временом прилично измијенила о чему ћемо писати у каснијем тексту рада. Савјет министара није влада. Другачије мишљење налазимо код Горана Марковића.[23] Није влада чињеницом да не доноси уредбе нити има надлежност над социјалном, здравственом, пензионом, политиком запошљавања и многобројним другим политикама коју иначе организују и проводе владе. Није Влада и из чињенице да нема уставом додијељене надлежности, те чињеницом да га Устав веома штуро уређује, док се то чини законом значајно касније донесеним у односу на Устав БиХ. Уставом је прописано да Савјет министара чине највише два

[21] I. Vukadin, G. Iličić, I. Ćubela, „Izborna reforma u Bosni i Hercegovini i stavovi Hrvata o izbornome legitimitetu“, *HUM* 26/21, 11.

[22] *Ibid.*, 11.

[23] Г. Марковић, *Уставни лавиринт – Апорије политичког система Босне и Херцеговине*, Службени гласник Републике Србије, Београд 2021, 222.

министарства и то за спољне послове и спољну трговину. Данас их има девет. Дакле, да је остала уставна позиција Савјета министара поставља се питање каква би то влада била која се састоји од само два министарства. Према члану V/4 Устава БиХ „највише двије трећине свих министара могу бити именовани са територије Федерације. Предсједавајући ће, такође, именовати замјенике министара (који неће бити из истог конститутивног народа као и њихови министри), који ће преузети дужност након одобрења Представничког дома“. Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине дефинише: „Савјет министара је орган извршне власти Босне и Херцеговине који врши своја права и дужности као владине функције, у складу са Уставом БиХ, законима и другим прописима Босне и Херцеговине.“[24] Овако постављена правна норма даје Савјету министара владине функције не прецизирајући које, али се позивањем на теоријску концепцију може констатовати да се ради о двије функције и то једној, политичкој функцији која се односи на политичко представљање земље у дијелу извршне власти и другој, управној односно стручно-извршилачкој тј. проведбеној функцији која се односи на административне послове, провођење закона, општих и других аката, управни надзор, предлагање закона и др.[25] Дакле тек Законом о Савјету министра,[26] Законом о управи[27] и Законом о министарствима и другим органима управе БиХ[28] Савјет министара конституише владине и друге управне функције али и даље остаје орган ограничених владиних капацитета. Најзад, овај ниво власти располаже буџетом који је административне природе и служи за задовољавање потреба заједничких органа власти и нема развојну, социјалну нити било какву економску димензију.

За потребе ове теме битно је размотрити и начин доношења одлука у Савјету министара. Најприје, наметнутим измјенама Закона о Савјету министара које је донио Високи представник 2007. године измијењен је и допуњен члан 16. ст. 3) Закона о Савјету министара када је прописано да Савјет министара може одржати сједницу ако је

[24] Чл. 2. Закона о Савјету министара Босне и Херцеговине – ЗСМБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 38/02, 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07 и 24/08.

[25] Вид. П. Куниħ, *Управно право – друго измијењено и допуњено издање*, Правни факултет и Управа за полицијско образовање, Бања Лука 2010, 5-28 и Р. Марковиħ, *Извршна власт*, Савремена администрација, Београд 1980.

[26] Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 38/02, 30/03, 42/2003, 81/06, 76/07, 81/07 и 24/08.

[27] Закон о управи – ЗОУ, *Службени гласник БиХ*, бр. 32/02, 102/09 и 72/17.

[28] Закон о министарствима и другим органима управе БиХ – ЗМДОУБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12, 6/13, 19/16 и 83/17.

на тој сједници присутно више од једне половине његових чланова. Подсјећамо, ранија одредба је била да Савјет министара може доносити одлуке на сједници на којој мора бити присутно више од половине чланова Савјета министара, од којих најмање по два из сваког конститутивног народа. Надаље, Савјет министара када доноси акте из своје надлежности о свим питањима и темама о којима у даљој процедури коначно одлучује Парламентарна скупштина БиХ одлучује се већином гласова чланова који су присутни и гласају. О осталим питањима Савјет министара у правилу одлучује консензусом, чланова који су присутни и гласају, а нарочито о прописима, именовањима и постављењима из дјелокруга Савјета министара, Пословнику и његовом тумачењу. У случају да се консензус не постигне, предсједавајући Савјета министара сазива члана односно чланове Савјета министара који је (су) против како би се постигло рјешење. У случају да консензус не буде постигнут у року од седам дана ни на тај начин, Савјет министра доноси одлуку већином гласова која подразумијева глас најмање једног члана из сваког конститутивног народа.[29] И овде је интервенисао Високи представник који је број обавезних гласова из једног конститутивног народа са два смањио на један. Овакве интервенције Високи представник образлаже потребом ефикаснијег рада Савјета министара и спречавањем застоја у његовом раду усљед недоласка изабраних функционера тј. министара на сједнице. Овим је Високи представник увео већински систем гласања у доношењу одлука у Савјет министара и свео неопходни ниво представника конститутивних народа на минимум.

Сљедећи елемент који ћемо анализирати је Брчко дистрикт БиХ. Ради се о једној засебној цјелини која је као и много тога у БиХ веома специфична. Конкретно, линија разграничења између Републике Српске и Федерације БиХ у Дејтону остала је предмет спора па су анекси II и V ДМС-а посвећени питањима разграничења и арбитраже. Анексом V ДМС-а ентитети су прихватили да ће спорна међусобна питања рјешавати арбитражом. Међутим, током 1996. године арбитражни процес отвара питање да ли се ентитети споре око линије разграничења у области Брчког или око цијеле територије ове општине.[30] Након овога, Арбитражни трибунал је у Риму, 14. фебруара 1997. године донио одлуку о прелазној међународној супервизији на подручју Брчког за период од једну годину. Одлуком Арбитражног трибунала која је донесена у Бечу у марту 1998. године, цијела територија Брчког званично постаје предмет спора, да би годину дана касније

[29] Члан 18. Закона о Савјету министара.

[30] R. Nešković, 216.

(у марту 1999. године), такође у Бечу, донесена коначна арбитражна одлука за Брчко по којој је Брчко изузето из ентитетске власти и формирано као засебна цјелина (дистрикт). Током 2009. године, Парламентарна скупштина БиХ усваја амандман I на Устав БиХ који дефинише Брчко као кондоминијум у заједничкој својини ентитета под суверенитетом БиХ. Суштински ради се о јединици локалне самоуправе која данас има своју законодавну, извршну и судску власт. Поред схватања Брчко дистрикта као јединице локалне самоуправе, могуће је овај субјективитет посматрати и као јединицу територијалне аутономије али и као квазифедералну јединицу.[31] Уколико у скупштини неког субјекта сједе изабрани посланици који доносе законе онда не можемо говорити о локалном представничком тијелу каквим се локална скупштина има сматрати.[32] Брчко дистрикт није ентитет, тврди Мајкл Карнавас (*Michael G. Karnavas*), јер нема овлашћења каква имају ентитети, а и не постоји држављанство дистрикта већ су његови грађани држављани или Федерације БиХ или Републике Српске.[33] О Брчко дистрикту као федералној јединици али и јединици територијалне аутономије пише и Горан Марковић, називајући је квазифедералном јединицом и атипичном јединицом локалне аутономије.[34] Уколико направимо синтезу свих изнесених ставова, можемо закључити да је Брчко дистрикт атипична јединица локалне самоуправе која се налази под директним суверенитетом БиХ са сопственим правним поретком у организационом и функционалном смислу.

Уставни суд БиХ је уређен чланом VI Устава БиХ. Њему је овај Устав, иако штур, посветио значајан простор, прописујући састав, оквир компетенција судија, мандат, процедуре, јурисдикцију и одлуке. Одмах у очи пада састав чланова односно судија овог суда. Конкретније, четири члана бира Представнички дом Федерације, а два члана Народна скупштина Републике Српске. Преостала три члана бира предсједник Европског суда за људска права након консултација са Предсједништвом. Судије које бира предсједник Европског суда за људска права не могу бити држављани Босне и Херцеговине или било

[31] М. Благојевић, *Правна природа Брчко дистрикта деценију послије (упоредни приказ)*, Службени гласник Републике Српске и Универзитет за пословни инежењеринг и менаџмент, Бања Лука 2010, 121.

[32] М. Поповић, „О правној природи Брчко дистрикта”, *Зборник радова са научног скупа под називом ”Република Српска– петнаест година постојања и развоја*, Академија наука и умјетности Републике Српске – Едиција Научни скупови, књига XII, Бања Лука 2007, 204.

[33] M. Karnavas, “Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina: A Model for the Region and Other Postconflict Countries“, *American Journal of International Law* 1/2003, 111.

[34] Г. Марковић, (2021), 467.

које сусједне државе. Дакле, три члана Уставног суда БиХ нису држављани БиХ. Овакво нешто не налазимо у упоредној пракси уставних судова изузев код Уставног суда Косова* што је трајало једно вријеме. Будући Да Косово* није држава по међународном праву те да су и они чак напустили такву праксу, БиХ је једина земља на свијету у чијем уставном суду дјелују судије који нису држављани земље. Иако је ово рјешење у Дејтону замишљено као прелазно од пет година те дата могућност да Парламентарна скупштина БиХ законом пропише другачији избор страних судија то се ни до дан данас није десило. Од његовог настанка до данас кроз Уставни суд БиХ је прошло девет судија странаца и тренутно у њему дјелују три судије који су држављани Албаније, Швајцарске и Њемачке. Као аномалију видимо и постојање тзв. апелационе надлежности Уставног суда БиХ над одлукама било којег суда у БиХ. Темељем ове надлежности Уставни суд БиХ улази у управне, кривичне и грађанске предмете које су правоснажно ријешили судови редовне надлежности у БиХ и на тај начин суди у индивидуалним предметима што је такође ријеткост у свијету уставног судовања. Стога, налазимо схватања о прописаним и изведеним надлежностима Уставног суда БиХ. Прописане надлежности су: „заштита виталног националног интереса конститутивних народа, органски спорови, апстрактна оцјена уставности, оцјена уставности специјалних паралелних веза ентитета са сусједним државама, апелациона надлежност, заштита статуса Брчко дистрикта БиХ и конкретна оцјена уставности.“[35] Изведене надлежности, према овом аутору, се односе на ситуације када је Уставни суд БиХ ипак задирао у предмете за које је извјесно да су у надлежности ентитетских уставних судова. Такво нешто, према овом аутору, налазимо у предметима оцјене уставности статута града Мостара и града Сарајево те у предмету када је Уставни суд БиХ оцјењивао рјешње као појединачни у(правни) акт Владе Федерације БиХ.[36] Код Уставног суда БиХ такође, спорним налазимо (иако се ради о уставној норми), да ће он донијети своја правила о раду и то већином гласова свих чланова. То је Уставни суд и урадио још 2005. године. Неки у томе виде начин „заштитите“ самосталности и независности Уставног суда од било које друге власти па и законодавне. „Надлежност Уставног суда не смије се мијењати и прописивати законом“. У том смислу, „Устав БиХ не одређује да ће се донијети закон о Уставном суду, него да ће Уставни суд донијети Правила Суда“. „Дакле, једини акт, осим Устава БиХ, који регулише рад Уставног суда, су Правила Уставног суда

[35] P. Mrkonjić, *Apelacijska nadležnost Ustavnog suda BiH u odnosu na odluke entitetskih ustavnih sudova*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2019, 3.

[36] *Ibid*., 9.

БиХ која имају снагу органског закона“. Такође, „Уставни суд једини има надлежност да мијења и допуњује Правила.“[37] Трнка подржава овакав став, сматрајући да се у компаративном уставном праву овакав акт назива Пословник, те да је иначе циљ да законодавац не утиче на положај уставног суда.[38] Овде изражавамо наше резерве према оваквим ставовима и истичемо чињеницу да већина земаља у свијету положај уставног суда прописује законом (нпр. све земље бивше СФРЈ изузев БиХ и Сјеверне Македоније положај Уставног суда прописале су законом). У свијету овакву праксу законског одређивања позиције уставног суда налазимо у Њемачкој, Аустрији, Русији, Француској, Белгији, Мађарској, Пољској, Словачкој и друге у којима је парламент донио закон о уставном суду и на тај начин уредио њихово поступање. Надаље, сматрамо да је правна аномалија да Уставни суд на основу правила рада прописује законску материју процесне природе код остваривања индивидуалних права грађана, јер се такво нешто може само законом нормирати (рокови, субјективна права физичких и правних лица, материјално поступање и др.)

Уставни суд БиХ је отишао корак даље и извршио делегитимизацију Републике Српске и судија Уставног суда из Републике Српске односно судија које је изабрала Народна скупштина Републике Српске. Наиме, иако Устав БиХ у домену уређењу Уставног суда БиХ не прописује националну структуру до сада је Народна скупштина Републике Српске бирала двоје судија у овај суд и они су били припадници српског народа, док би четири судије из Федерације БиХ бирао Парламент Федерације БиХ и то по два Бошњака и Хрвата. Чланом 11. Правила Уставног суда БиХ прописано је да „већина свих судија Уставног суда (најмање пет судија) чини кворум за одржавање Пленарне сједнице и сједнице Великог вијећа док кворум Малог вијећа чине сви његови чланови.“[39] Надаље, чланом 39. поменутих Правила прописано је да „Сједница Уставног суда у пленарном сазиву којој не присуствују најмање тројица судија које је изабрао Представнички дом Парламента Федерације БиХ и најмање један судија којег је изабрала Народна скупштина РС се одгађа с тим да ће се, у случају понављања исте ситуације без оправданих разлога, наредна сједница одр-

[37] M. N. Simović, M. Simović, „Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odbrani i daljnoj izgradnji evropskog identiteta u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 4/2011, 10.

[38] K. Trnka, *Ustavno pravo-drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo 2006, 365.

[39] Члан 11. Правила Уставног Суда Босне и Херцеговине – пречишћен текст, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14.

жати.“[40] Уставни суд БиХ, у одсуству обоје судија које је изабрала Народна скупштина РС (дакле кршећи чл. 39), на ванредној сједници одржаној 19. јуна 2023. године, обрисао је одредбе правила из чл. 39[41] те створио пут да се *pro futuro* сједнице суда одржавају уз присуство већине (дакле пет чланова – судија) Уставног суда. Јасно је уколико се узме тренутни амбијент у којем је један судија којег је именовала Народна скупштина РС пензионисан, а један позван од стране Народне скупштине да одступи, да је тиме овај суд направио двоструки преседан. Прво, измијенио је сопствена правила кршећи их и тиме донесену одлуку учинио ништавом и друго, делегитимисао је свој будући рад на начин да ће радити и доносити одлуке без судија из Републике Српске. Најзад, анализирајући овај Уставни суд мора да запазимо да је то једина институција коју је пројектовао ДМС и Устав БиХ у којој није предвиђено доношење одлука консензусом нити било који други механизми заштите националних интереса конститутивних народа и осталих. Оваква позиција Уставног суда омогућила му је да уз гласове судија из Федерације БиХ и страних судија, а уз редовно прегласавање судија из Републике Српске, неуставно мијења и моделује политички систем БиХ, постаје креатор умјесто тумач и чувар уставноправних норми, „лута“ и често мијења своју сопствену правну праксу (што је у више наврата потврдио и Европски суд за људска права) те доноси одлуке које Републици Српској чине не само несагледиву штету већ доводе у питање њено функционисање и опстанак. Наведено ћемо поткријепити чињеницама у наставку овог рада.

Канцеларија високог представника (*Office of High Representative – OHR*) је незаобилазан елемент када говоримо о политичком и правном систему у Босни и Херцеговини. Своје правно упориште ова институција темељи на Анексу 10 ДМС који носи назив Споразум о цивилном спровођењу. Овим анексом дефинисани су: високи представник; мандат, методе, координација и везе; персонал; сарадња; коначна надлежност за интерпретацију и ступање на снагу.[42] Према овом Анексу, високи представник је заправо врховни тумач цивилног дијела мировног споразума и чланом I става 2. Анекса 10, прописано је, да ће високи представник бити именован у складу са релевантним резолуцијама Савјета безбједности Уједињених нација. И заиста Високи представници су започињали своје мандате након што се донесе оваква резолуција све до тренутног Високог представника,

[40] *Ibid.*, чл. 39.

[41] Саопштење за јавност Уставног суда БиХ, *https://www.ustavnisud.ba/bs/saopcenje-za-javnost-2235*, 19. јун 2023.

[42] Анекс 10 Дејтонског мировног споразума.

њемачког политичара Кристијана Шмита (*Christian Schmidt*) који је на дужност ступио 2021. године, као осми по реду високи представник, а да претходно у Савјету безбједности УН није донесена резолуција о његовом именовању јер су двије сталне чланице Русија и Кина одбиле да гласају за доношење резолуције о његовом именовању, стајући на становиште да је вријеме да ОХР престане са радом у БиХ. Наведена чињеница даје нам за право да констатујемо да се ради о нелегалном високом представнику који тренутно руководи ОХР-ом у БиХ. У самом настанку нико није могао ни слутити да ће овакав један орган каснијим многобројним „међународним инструментима“ као што су тзв. Бонска овлашћења постати готово одлучујући фактор цјелокупног политичког и правног живота Босне и Херцеговине. Другачије речено, „интервенционизам ОХР-а на политички систем БиХ ишао је до мјере обликовања, креирања и наметања уставних и законских норми, оснивање органа извршне, па чак и судске власти, смјене и постављења функционера, тумачење постојећих аката и многобројних других интервенционизама који су овај субјект учиниле „господаром“ политичког и правног амбијента БиХ, иначе у свијету непрепознатљивог модела.“[43] Другим ријечима, ОХР по дејтонској концепцији има консултативну улогу и улогу медијатора између страна које су биле у конфликту. Међутим, „у рецентној пракси тог међународног тијела видимо да је та улога у благом смислу ријечи изневјерена, те да је добила доминантан наредбодавни, императивни карактер, који не само да није успио да „оствари блиске контакте са странама потписницама” већ је активно учествовао у разарању међусобних односа између уговорница, што је у коначници довело до компромитовања властитог интегритета и поставило питање даље одрживости те дејтонске установе.“[44] Анализирајући одлуке ОХР-а Влашки и Ромић стају на становиште, да је ова институција драстично прекорачила овлашћења супституирајући домаће институције и органе којима ни једном нормом ДМС-а и Устава БиХ овлашћења суверенитета нису одузета. Најдрастичнији примјер прекорачења овлашћења ОХР-а био је у домену уставотворне власти. У том смислу ОХР је на уставни систем БиХ дјеловао на три начина: „1) доношењем одлука о наметању закона на нивоу БиХ којима је мијењана Уставом БиХ утврђена подјела надлежности, 2) наметањем амандмана на Устав Републике Српске и Устав Федерације БиХ и 3) конституисањем Брчко Дистри-

[43] Н. Врањеш, (2022), 45.

[44] В. Vlaški, M. Romić, „Prav(n)a priroda akata visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu – (u)pravna i(li) politička“, *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu, memoriam dr Stefan Andonović* (ur. J. R. Čalić), Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Beograd 2023, 97–98.

кта.“[45] ОХР ни једним правним актом није добио право на овакво нешто јер Бонска овлашћења на које се он позива немају правну већ политичку природу и производ су амбијента глобалне постхладноратовске епохе.

Најзад, Изборни систем БиХ биљежи особине које не налазимо за сличне државне моделе у свијету. Почећемо од изборног прага који износи свега 3 % и веома је низак упркос чињеници да се ради о пропорционалном изборном систему за који се он иначе везује. Овакав изборни праг даје простор малим политичким субјектима да „незаслужено“ улазе у власт и постају респектабилни фактори који утичу на формирање и структуру власти. Надаље, изборни систем даје могућност изјашњавања бирача поштом и то држављана БиХ нерезидената, који се тако пријаве, чиме се отвара простор, а што досадашња пракса показује, манипулацијама овом категоријом гласова и гласача. Најзад Сент-Лагова формула расподјеле мандата која се примјењује тренутно у Изборном систему БиХ даје простора добијања директног мандата политичким субјектима који су имали лош изборни резултат.[46] Такође, већ смо писали о мањкавости овог система у домену избора хрватског члана Предсједништва БиХ.

3. ПОСТДЕЈТОНСКА КОНЦЕПЦИЈА ПОЛИТИЧКОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Дејтонска концепција је одмах након успостављања постала предмет нарушавања и то конкретније већ од 1997. године, када је дошло до конституисања нелегалних и нелегитимних бонских овлашћења Високом представнику за БиХ. Услиједило је потом преко 64 одлука ОХР-а у првих пет година након рата, а којима су наметана рјешења домаћим институцијама. Као главне креаторе постдејтонске концепције политичког система БиХ издвајамо најмање три субјекта: поменути ОХР, Уставни суд БиХ и Европски суд за људска права.

У свом досадашњем дјеловању ОХР је донио 899 одлука, на основу којих је 187 званичника смијењено, затим је мијењао и доносио законе укључујући и измјену Устава ентитета, оснивао и преуређивао институције, укључујући и оне правосудне, постављао судије и тужиоце као и руководиоце и проводио и многе друге активности законодавне, извршне па и организационо правосудне природе. Овде морамо подсјетити и на мишљења Венецијанске комисије када је у питању ОХР. Комисија сматра да пракса примјене бонских овлашћења Високог представника не одговара демократским принципима, кад се

[45] *Ibid.*, 103.
[46] Н. Врањеш, (2022), 46.

користи без законског поступка и могућности правосудне контроле. Временом, оправдање ове праксе постаје упитно те Комисија позива на постепено и прогресивно искључивање ових овлашћења. Упркос наведеном, а након извјесног мировања, Високи представници за БиХ, у прошлом и садашњем мандату, Валентин Инцко и Кристијан Шмит посегнули су поново за овим недемократским и у свему спорним механизмом.“[47]

Упорни покушаји промјене политичког система врше се под изговором функционалности државе, европских и међународних интеграција што води ка хиперинфлацији органа и организација и у коначници спутава било какав развој ове земље. Постдејтонским интервенционизмом, Босна и Херцеговина је дошла до управног система који данас броји „133 министарстава (и исто толико министара), преко 1000 јавних установа, преко 300 управних организација, 145 јединца локалне самоуправе, а постоје и многи други субјекти јавне управе, које је готово немогуће идентификовати и у потпуности набројати, будући да се органи управе формирају како генералним тако и посебним законима па чак и подзаконским актима. Свакако да се овако гломазна, компликовано устројена и хијерархијски разуђена организација управе одражава на њену ефикасност и функционалност уопште. Питање економске одрживости оволиког броја јавних субјеката у малој и неразвијеној земљи са готово девастираним реалним сектором је излишно и постављати.“[48]

Уставни суд БиХ је кроз своју дугогодишњу праксу утицао на политички систем Босне и Херцеговине и њених ентитета на начин да је доносио одлуке које су изван оквира тумачења Устава и значајно задиру у сферу постојеће расподјеле надлежности. Као кључне, навешћемо само неке од њих, с кратким освртом на најновије.

Историјском за БиХ сматра се Одлука Уставног суда БиХ у предмету У 5/98 којом је Уставни суд стао на становиште да су неуставне одредбе устава ентитета којима се Република Српска одређује као држава српског народа односно одредба Устава Федерације БиХ по којој су у Федерацији БиХ, Бошњаци и Хрвати као конститутивни народи, заједно са осталима. Другим ријечима, Уставни суд БиХ је поменутом одлуком из 2000. године увео конститутивност Срба, Бошњака и Хрвата и Осталих на цијелој територији БиХ. Као исход такве одлуке, дошло је до наметања рјешења од стране ОХР-а и промјене ентитетских устава али и конституисања Дома народа у Парла-

[47] *Ibid.*, 47.

[48] Н. Врањеш, „Организациони проблеми јавне управе у Босни и Херцеговини”, *Администрација и јавне политике* 2/2015, 57–58.

менту Федерације БиХ као и Вијећа народа у Републици Српској. Тако је Република Српска у којој живи преко 90 % Срба постала „грађански ентитет“ са једнаким правима Бошњака и Хрвата. Истина и Федерација је то постала, с разликом да у Федерацији Срба готово да и нема па они и не могу остварити никаква права, а њихове позиције у Дому народа попуњавају националне странке друга два народа. У Републици Српској Вијеће народа у клубовима Бошњака и Хрвата има „аутентичне“ и „легитимне“ представнике народа попуњене махом њиховим националним партијама.[49]

Надаље, Уставни суд БиХ је поступајући у предмету У 3/13[50], стао на становиште „да члан 3.б) Закона о празницима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 43/07) није у складу с чланом I/2. Устава Босне и Херцеговине, чланом II/4. Устава Босне и Херцеговине у вези с чланом 1.1. и чланом 2.а) и ц) Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације и чланом 1. Протокола број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (Уставни суд, 2015: 2). Оспорени чл. 3.б) је прописивао да је Дан Републике 9. јануар. Другим ријечима, Уставни суд је утврдио како овај празник који се обиљежава 9. јануара када је и велики православни празник Св. Стефан дискриминише друга два конститутивна народа јер се овај празник везује само за српски народ у религијском погледу, а и на тај дан је створена Република Српска, како наводе, мимо воље хрватског и бошњачког народа. Након ове одлуке Уставног суда БиХ, Република Српска је дана: 25. септембра 2016. године одржала референдум са референдумским питањем: „Слажете ли се да 9. јануар треба обиљежавати и славити као Дан Републике Српске? Одлуком Народне скупштине РС о констатовању резултата републичког референдума Народна скупштина Републике Српске констатовала је, да је на референдумско питање: „Да ли подржавате да се 9. јануар обиљежава и слави као Дан Републике Српске?“ одговор: „ДА“ дао 677.771 гласач, односно 99,81% од укупног броја грађана који су гласали на референдуму, а одговор „НЕ“ дало је 1.298 гласача, односно 0,19% од тог броја. Истом Одлуком референдум је проглашен пуноважним.[51] Прије објављивања резултата и ступања на снагу ове Одлуке, Уставни суд БиХ је поступајући у предмету У 10/16[52] донио Одлуку „којом се утврђује се да Одлука о расписивању републичког референдума број 02/1-021-894/16 од 15. јула 2016.

[49] Вид. М. Благојевић, „Како неправо постаје право”, *Politeia* 3/2012, 152.

[50] Одлука Уставног суда БиХ У 3/13, *Службени гласник БиХ*, бр. 100/2015.

[51] Одлука о констатовању резултата републичког референдума, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 43/2017.

[52] Одлука Уставног суда БиХ У 10/16, *Службени гласник БиХ*, бр. 94/16.

године („Службени гласник Републике Српске“ број 68/16) није у сагласности са чланом I/2. и чланом VI/5. Устава Босне и Херцеговине. Поништавају се резултати референдума одржаног 25. септембра 2016. године, зато што је референдум проведен на основу Одлуке о расписивању републичког референдума број 02/1-021-894/16 од 15. јула 2016. године („Службени гласник Републике Српске“ број 68/16) за коју је у тачки 2. диспозитива ове одлуке утврђено да није у сагласности са Уставом Босне и Херцеговине, те супротно налогу Уставног суда из Одлуке о привременој мјери број У 10/16 од 17. септембра 2016. године („Службени гласник БиХ“ број 74/16)“. По трећи пут расправљајући о Дану Републике Српске у предмету У 2/18,[53] Уставни суд БиХ донио је одлуку којом се „утврђује се да члан 2. став (1) Закона о Дану Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 113/16) који гласи: „На основу потврђене воље грађана Републике Српске, 9. јануар се утврђује као Дан Републике“ није у складу са чланом I/2. Устава Босне и Херцеговине, чланом II/4. Устава Босне и Херцеговине у вези са чланом 1.1. и чланом 2.а) и ц) Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације и чланом 1. Протокола број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и чланом VI/5. Устава Босне и Херцеговине. Укида се члан 2. став (1) Закона о Дану Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 113/16) који гласи: „На основу потврђене воље грађана Републике Српске, 9. јануар се утврђује као Дан Републике“ у складу са чланом 61. став (2) Правила Уставног суда Босне и Херцеговине“. Наведеним одлукама Уставни суд је онемогућио Републику Српску да стварни дан њеног настанка обиљежава као празник. Персонификацијом оваквог рјешења у реалну раван Уставни суд БиХ настоји да избрише и/или промијени дан настанка Републике Српске. Изучавајући обиљежавање јавних празника у мултикултуралним државама, на примјерима Шкотске, Сјеверне Ирске, Квебека, Каталоније и Белгије, уочено је, да у свим анализираним државама празници већинског народа који су од историјског значаја за тај већински народ не дискриминишу припаднике других народа иако је било честих оцјена тамошњих уставних судова закона о празницима. Штавише, овакви јавни празници „упркос супротној историјској конотацији и уставноправној егзистенцији, представљају допринос мултикултуралности.“[54]

[53] Одлука Уставног суда БиХ У 2/18, *Службени гласник БиХ*, бр. 30/19.

[54] В. Ђурић, Н. Врањеш, „Уставноправни и управноправни модели уређивања јавних празника у мултикултуралним државама – поводом двије одлуке Уставног суда Босне и херцеговине о Дану Републике“, *Годишњак Факултета правних наука* 9/2019, 67.

Разматрајући захтјев седам делегата бошњачког клуба у Вијећу народа Републике Српске, у предмету У 8/19[55], Уставни суд је ставио ван снаге чл. 53 Закона о пољопривредном земљишту Републике Српске, а који је прописивао да предметно пољопривредно земљиште које је по својој природи јавно добро, односно државно власништво, по сили закона постаје власништво и посјед РС. Уставни суд, у овом предмету констатује, да је питање пољопривредног земљишта питање државне имовине, а да Република Српска нема право да буде титулар ове имовине. Иако у Уставу БиХ не постоји норма којом се уређује да је БиХ титулар имовине нити постоји термин државна имовина, овај суд као јединог титулара види БиХ тривијално се позивајући на континуитет БиХ. Аргументацију о непостојању континуитета између пријератне и послијератне БиХ смо већ размотрили на почетку овог рада.

Сличну ситуацију, дакле као и код пољопривредног земљишта, налазимо и код оцјене уставности Закона о шумама Републике Српске, о чему је Уставни суд донио одлуку у предмету У 4/21[56] поступајући по захтјеву седам делегата Клуба Бошњака у Вијећу народа РС. Дакле, у овој одлуци Уставни суд стаје на становиште да шуме у РС нису власништво РС. Образложења су готово идентична као и у претходно описаном предмету пољопривредног земљишта РС.

Разматрајући захтјев 24 посланика у Представничком дому Парламентарне скупштине БиХ у предмету У 16/20[57] „Уставни суд Босне и Херцеговине утврђује да постоји спор у вези са одлукама о концесијама у погледу концесионог добра и надлежности за њихово доношење које је донијела Република Српска, те налаже Комисији за концесије Босне и Херцеговине да у својству Заједничке комисије за концесије, у смислу члана 4. став 3. и члана 6. став 2. Закона о концесијама Босне и Херцеговине, најкасније у року од три мјесеца од дана достављања ове одлуке ријеши спорна питања између Босне и Херцеговине и Републике Српске настала у вези с додјелом концесија.“[58] Оваквим ставом Уставни суд БиХ спријечио је изградњу хидроенергетских објеката на ријеци Дрини, проглашавајући да је за управљање хидроенергетским потенцијалима надлежна БиХ, а не Република Српска. Очигледно је да је овим угрожен развој Републике Српске у области енергетике будући да Комисија за концесије БиХ није успјела испош-

[55] Одлука Уставног суда БиХ У 8/19, *Службени гласник БиХ*, бр. 16/20.
[56] Одлука Уставног суда БиХ У 4/21, *Службени гласник БиХ,* бр. 63/21.
[57] Одлука Уставног суда БиХ У 16/20, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/21.
[58] Одлука Уставног суда БиХ У 16/20.

товати одлуку Уставног суда да разријеши спорно питање надлежности и одлучи по овој концесији.

Како питање државне имовине још увијек законом није ријешено, а Уставни суд је оспорио власништво над пољопривредним земљиштем шумама и хидроенергетским потенцијалима Републици Српској, Република Српска је лишена права располагања имовином, земљиштем, шумама и ријекама на један веома волшебан начин те се тренутно питањем коначног статуса државне имовине у БиХ бави експертска група ОХР-а, умјесто да се о томе води расправа у надлежном представничком тијелу. Трагом наведеног, стиче се утисак, „да све оно што не стигне наметнуту ОХР и међународни фактори, успијева Уставни суд БиХ који по Уставу треба бити заштитник Устава, али је у стварности његов највећи дестабилизатор.“[59]

У постдејтонској фази Босне и Херцеговине, Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), донио је низ одлука којима је утицао или утиче на политички па и уставни систем БиХ. Овим, овај суд претендује да моделује и мијења уставне, политичке и правне системе суверених држава и народа. Такво нешто налазимо посебно у одлукама у предметима: Сејдић и Финци против БиХ, затим Пилав против БиХ, Зорнић против БиХ и др. сличне одлуке, које потпуно прекомпонују и депласирају ДМС те налажу промјену Устава БиХ. Наведене одлуке претендују да сврге консоцијацијски модел демократије у БиХ и замијену га грађанским моделом који се показао узроком највеће ратне трагедије у блиској прошлости овог друштва.

ДМС и Устав БиХ у изворном облику представљају гарант права конститутивних народа у БиХ али и самих ентитета. Такође ДМС је и чувар БиХ у садашњем облику. Отуда свака правна и политичка конструкција која прави разлику између слова (мислећи на изворни облик Споразума) и духа (произвољно тумачење унутрашње суштине Споразума) је рушилачка. Замисао Споразума је на минимуму заједничких садржалаца када је у питању државни ниво власти и широка политичка и правна самосталност ентитета уз примјену снажних механизама консензуса и заштите права конститутивних народа и ентитета. Све изван тога враћа ову земљу у предвечерје недавног трагичног сукоба и на терен сигурне дисолуције.

Формално Устав БиХ је мијењан само једном и то амандманом којим је разријешен правни положај Брчко дистрикта Босне и Херцеговине у смислу имплементације коначне арбитражне одлуке за ову приједратну босанско-херцеговачку општину. Међутим, у материјалном погледу, уставни систем БиХ доживио је значајне промјене,

[59] Н. Врањеш, (2022), 1.

нарочито на пољу подјеле надлежности, организације институција, имплементације уставних одредби из додатних надлежности и др. Конкретније, Устав БиХ није мијењан осим у дијелу Брчко дистрикта БиХ али је мијењан уставни па и политички систем БиХ.[60] Као извор промјена уставног система највећим дијелом јавља се Канцеларија високог представника за БиХ (ОХР) и Уставни суд БиХ. Ово сматрамо својеврсном аномалијом имајући у виду да уставни систем могу стварати и мијењати само демократски бирани законодавни органи. Тешко се изјаснити шта је већа повреда када закон наметне Високи представник или када Уставни суд узме себи за право праксу стварања умјесто заштите и тумачења постојећих правних норми.

У двадесетседмогодишњој историји постојања ДМС је немилосрдно кршен снажним интервенционизмом углавном од стране међународних субјеката и ОХР-а, те чини се од стране оних који би требали да га посебно чувају, а то су на домаћем плану Уставни суд БиХ и на међународном плану Европски суд за људска права, Европска унија и Савјет безбједности УН-а. Годинама је стваран правни и политички амбијент који је увелико ревидирао концепцију ДМС-а те српском народу у БиХ створио неподношљив животни амбијент у држави у којој је по историјским чињеницама од њеног настанка државотворан народ.

Република Српска треба да гради снажан институционална одговор на актуелне изазове, ризике и пријетње по њен правни и политички поредак. У том смислу, академска, научна и стручна јавност требају да предузму иницијативу. Поред тога, потребно је стварати и развијати национално јединство свих политичких субјеката у циљу јединственог снажног и енергичног одговора.

4. КОНСОЦИЈАЦИЈА У ПОЛИТИЧКОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Зашто је Босна и Херцеговина нефункционална држава, питање је које се често намеће. Питање можемо и другачије формулисати, а у склопу разматране теме, какав би то политички систем требало у Босни и Херцеговини успоставити, развити и одржавати да би ова држава не само опстала већ и напредовала и постала значајнији ослонац њеним грађанима те какав такав фактор међународних односа.

Најприје, идентификоваћемо факторе политичке и политичко-системске нефункционалности. Прво, у БиХ уочавамо непостојање

[60] D. Banović, S. Gavrić, M. Barreiro, *The Political System of Bosnia and Herzegovina, Institutions – Actors – Processes*, Springer, Switzerland 2021, 11.

јединствене нације или неког облика националног идентитета. Наиме, народи у БиХ се не идентификују као Босанци и Херцеговци већ као Срби, Хрвати, Бошњаци и Остали. Па чак ни БиХ вербално најприврженији народ када је мијењао назив из Муслимана изабрао је Бошњаци, а не Босанци. Тиме су се и номинално лишили грађанске варијанте коју снажно прокламују јер би другачије поистовијетили свој идентитет са називом државе и звали би се Босанци. Преостала два народа Срби и Хрвати идентификују се претежно са Србијом и Хрватском. Дакле, БиХ се понајприје налази и кризи националног идентитета. Наравно да постоје државе које својим називом не персонификују национални идентитет (нпр. Аустрија), а ради се углавном о једнонационалним државама. Другим ријечима ни један од конститутивних народа се не поистовјећује са овом државом. Друго, вишедеценијско је неповјерење између конститутивних народа у БиХ, нарочито проузроковано прошлим трагичним сукобом, што ову заједницу сврстава у ред постконфликтиних и дубоко подијељених друштава. Треће, радикални национализам је нашао своје повољно тло током и након оружаног сукоба када су на овом простору заживјели радиклани вјерски и милитантни покрети и категорије (муџахедини, селефије, вехабије и сл.). Четврто, у БиХ се осјети одсуство традиције, изграђеног демократског менталитета, развијене политичке културе и избјегавања примјене консоцијацијске демократије. Пето, слаба међурелигијска толеранција, злоупотреба религије те често нарушавање секуларних елемената значајан је фактор дестабилизације. Шесто, присутни су стални и истрајни утицаји спољнополитичких кретања источног, западног па и исламског блока. Седмо, неискрене политике европских интеграција којима се намећу и често мијењају услови за чланство и којима се ова земља нарочито па и у склопу Западног Балкана ставља пред захтјеве које тешко да може испунити. Осмо, слаба развијеност привреде, низак бруто национални доходак, низак ниво запослености, економска зависност од задуживања пружају повољно тло за радикалне идеологије и стварају сваку могућу нестабилност. Девето, неповјерење грађана у државу и њене институције, нарочито младих, у чему фигурира податак да 73 % младих у Босни и Херцеговини жели да је напусти.[61] Десето, Уставни суд БиХ и ОХР својим противправним и политички детерминисаним одлукама нарушавају базични консензус као основ опстанка БиХ итд.

Имајући у виду дејтонску концепцију политичког система Босне и Херцеговине, јасна је замисао изградње консоцијализма као јединог могућег модела. Наиме, иако се ова земља темељи на једном специ-

[61] *Balkan Barometer Publications*, *https://www.rcc.int/balkanbarometer/publications-#infographics-2*, 29. јун 2023.

фичном федерализму, „облику међународно договореног федералног система који је саставни дио мировног плана који је јединствен за БиХ и због чега БиХ представља нови модел федерализма.“[62] Многобројни елементи консоцијализма су уграђени у политички и правни систем БиХ (структура парламента, изборни систем, начин представљања, начин доношења одлука, вето, квоте, пропорционална заступљеност и др.).

Један од засигурно најбољих познавалаца консоциајцијске демократије Аренд Лијпхарт (*Arend d'Angremond Lijphart*) тврди, да је модел консоцијацијске демократије синоним за мање сложен и лакше разумљив израз демократске подјеле власти и да консоцијацијска демократија обухвата најмање четири елемента: велику коалицију, аутономију, пропорционалност и узајамни вето. Пожељно је не сужавати консоцијацијску демократију укључивањем плуралног друштва као петог елемента[63] Према Андевеку, (*Rudy Andeweg*) слагалица стабилне демократије је сљедећа: стабилност се његује одсуством конфликта у друштву па тако и друштвеном и културном хомогеношћу. Представничка демократија, с друге стране претпоставља минимална неслагања и оспоравања.[64] Та супротстављена стајалишта која представљају жилу куцавицу демократије пријетња су њеној стабилности.[65] Разматрајући консоцијацијску демократију Меккалох (*Allison W. McCulloch*) тврди да консоцијализам подразумијева заступање и учешће свих главних друштвених сегмената у процесу управљања. Као облик подјеле власти користи се на најразличитијим мјестима као што су Белгија, Бурунди, Малезија, Сјеверна Ирска, Јужни Тирол и Швајцарска. Од стране међународних политика препоручује се за зоне сукоба попут оних у Авганистану, Босни и Херцеговини и Ираку. Консоцијализам је утицао на рјешавање или је био један од приједлога за рјешавање сукоба на Кипру, Фиџију, Кенији, Либану, Македонији, Јужноафричкој Републици, Шри Ланци, Зимбабвеу и другим подијељеним друштвима. Чини се да постоји растући тренд међу уставним креаторима, како на националном тако и на међународном нивоу, да подрже консоцијацијска рјешења у појединим државама.[66]

[62] S. Keil, *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, Ashtage Publishing, London 2013, 78.

[63] A. Lijphart, “Definitions, evidence and policy – A response to Matthijus Bogaards′ critique“, *Journal of Theoretical Politicis* 4/2000, 425.

[64] R. B. Andeweg, “Consociational Democracy“, *Annual Review of Political Science* 3/2000, 509.

[65] L. Diamond, “Democracy as paradox“, *Israeli Democracy under Stress* (ed. E. Spinzak, L. Diamond), Boulder–London 1993, 24, 29–32 (наведено према: A. Lijphart, 509).

[66] A. McCulloch,“Consociational settlements in deeply divided societies: the liberal-corporate distinction“, *Democratization* 3/2014, 501.

Босна и Херцеговина је консоцијална демократија корпоративног типа, што значи да етницитет (националност) је уграђена у институције државе.[67] Главне позиције на различитим нивоима власти резервисане су за представнике конститутивних народа (Бошњаке, Србе и Хрвате). То иде тако далеко да никаквим другим кандидатима није дозвољено да се кандидују за колективно предсједништво, што је чињеница коју је Европски суд за људска права критиковао у предмету Сејдић-Финци 2009.[68] Представнички органи би требало да одржавају састав друштва, а изборни систем им помаже у таквом настојању.[69]

У контексту консоцијализма босанско-херцеговачког друштва Владе Симовић тврди да он треба да ријеши питање државности и државног уређења подијељеног друштва.[70] Дефинишући консоцијализам он тврди да је „ријеч о облику владавине који се најчешће успоставља у подијељеним државама попут Белгије, Швајцарске и сличних, с циљем остваривања суживота, паритетне стабилности и одговарајуће функционалности.“[71]

Пишући о консоцијацијској демократији као судбини, Горан Марковић наводи, да је она неминовно везана за Босну и Херцеговину. Чињеница, да конститутивни народи у Босни и Херцеговини имају своје представнике у појединим органима власти, који су бирани од стране тих народа и који, претпоставља се, заступају те народе, као и чињеница да појединац учествује у формирању и вршењу државне власти по два основа, као апстрактни грађанин и као припадник конститутивног народа, представља елементе консоцијацијске демократије насупрот већинској демократији у којој апстрактни грађанин има политички субјективитет.[72] Као уставне елементе консоцијализма, Марковић наводи: „паритетно и пропорционално представљање конститутивних народа у органима власти и посебне механизме одлучивања (ентитетско гласање, заштита виталних националних интереса путем улагања вета), путем којих конститутивни народи штите своје интересе.“[73] Паритет и пропорционалност се протежу не само на

[67] F. Bieber, “Power Sharing and Democracy in Southeast Europe“, *Taiwan Journal of Democracy* Special Issue 2013, 11 (наведено према: M. Bogaards, „Consociationalism and Cetripetalism: Friends or Foes?, *Swiss Political Science Review* 4/2019, 519).

[68] C. McCrudden, B. O′ Leary, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford University Press, Oxford 2013, наведено прем: M. Bogaards, 530.

[69] M. Bogaards, 530.

[70] V. Simović, 171.

[71] *Ibid.*, 170.

[72] Г. Марковић, (2021), 111.

[73] *Ibid.*, 112.

политичке институције већ и на све органе у свим облицима власти (правосуђе, управа, локалне заједнице и др.). Чињеница је да је принцип пропорционалности значајно заступљенији у односу на принцип паритета.[74]

Нужност постизања консоцијализма у БиХ заговара и Нешковић у свом дјелу Недовршена држава (алудирајући на БиХ – оп.а.), заузимајући становиште да „консоцијалиазам у БиХ постоји као реална нужност и потенцијална могућност.“[75] Другим ријечима, у тро националној држави каква је БиХ и у којој су све три нације равноправне консоцијализам је једино могуће рјешење. Наспрам њега стајала би хегемонија и сецесија. Хегемонија било које нације у БиХ вратила бих ову државу у предвечерје прошлог рата што се никако не смије дозволити. С друге стране, сецесионистичка реторика, за сада без конкретнијих корака, концентрисана на вербалну димензију у чистом политичком и националистичком наративу и са дневнополитичким циљевима напросто није реална нити је извјесна. И она би при првом кораку операционализације довела БиХ у опасно стање и исходила конкретан и снажан интервенционизам иностраних фактора.[76]

Слично Нешковићу, Вањек помиње недовршену државу тврдећи да, „БиХ пати од озбиљног мањка унутрашњег политичког консензуса“ и упркос снажном интервенционизму међународне заједнице, иако међународно призната, БиХ је и даље „недовршена држава“[77].

Својеврстан пресјек федерализма и консоцијализма налазимо у ставовима Бакшић Муфтић. „Морална основа федерализма се изводи из одређених вриједности: поштовање, толеранција, достојанство и међусобно уважавање што води извјесној форми људског удруживања, као федералној држави или федерацији. Аморална основа федерализма сугерише да то није ништа друго него одређени уставни или политички начин којим се жели постићи шири циљ: нпр. територијално проширење, економска добробит или сигурност.“[78]

Специфичност федерализма у БиХ огледа се у његовој консоцијацисјкој димензији тако да постојећи политички систем у БиХ добија још већу атипичност али и као такав он је и даље заснован на прин-

[74] *Ibid.*, 113.

[75] R. Nešković, 389.

[76] *Ibid.*, 389.

[77] D. Vanjek, „Federalizam i konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini: od unitarne republike do federalne države“, *Političke analize: tromjesečnik za hrvatsku i međunarodnu politiku* 19/2014, 16.

[78] J. Bakšić Muftić, *Uvod u politički koncept federalizma*, *https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2020/04/Uvod-u-politi%C4%8Dki-koncept-federalizma.pptx*, 29. јун 2023.

ципима ДМС-а и представља једину могућу варијанту њеног опстанка.

5. ЗАКЉУЧАК

Анализирајући и поредећи дејтонску и постдејтонску концепцију политичког система БиХ потврђујемо полазну хипотезу да је политички систем БиХ проистекао из ДМС специфичан и атипичан, израз најширег могућег компромиса и једино могуће одржив. Конкретније, овај поредак је чврсто утемељен на ДМС и Уставу БиХ. Међутим дејтонски поредак је озбиљно нарушен постдејтонским активностима појединих актера међу којима предњаче ОХР, Уставни суд БиХ и Европски суд за људска права. Пројектовани модел консоцијацијске демократије у БиХ, као једино могуће рјешење (са чим се не слаже већина аутора који припадају Бошњачком народу) у БиХ није у потпуности заживио и значајно је угрожен. У наведеном се крије опасност по будућност ове земље.

Излазна стратегија, са чим се слаже Венецијанска комисија, је да ОХР поступа у складу са својим изворним принципима и/ли да буде укинут. Најзад, БиХ не може бити равноправан партнер са Европском унијом уз постојање ОХР-а и вријеме је да БиХ у изворном дејтонском формату пређе у европску фазу.

Потребно је реформисати Уставни суд БиХ на начин да судије које нису држављани БиХ позиције препусте домаћим правницима који су животно везани за ову државу и који боље познају њен правни и политички систем, културне и традиционалне вриједности које обликују друштвену стварност и правну свијест.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ademović, Nedim, „Značaj i metode tumačenja kroz praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 9/2012;
2. Andeweg, Rudy B., “Consociational Democracy“, *Annual Review of Political Science* 3/2000;
3. Антић, Чедомир, Кецмановић, Ненад, *Историја Републике Српске*, Службени гласник Републике Српске, Бања Лука 2016;
4. Banović, Damir, Gavrić, Saša, Barreiro, Mariña, *The Political System of Bosnia and Herzegovina, Institutions – Actors – Processes*, Springer, Switzerland 2021;
5. Bieber, Florian, “Power Sharing and Democracy in Southeast Europe“, *Taiwan Journal of Democracy* Special Issue 2013;

6. Bogaards, Matthijs, „Consociationalism and Cetripetalism: Friends or Foes?, *Swiss Political Science Review* 4/2019
7. Благојевић, Милан, *Правна природа Брчко дистрикта дечењу послије (упоредни приказ)*, Службени гласник Републике Српске и Универзитет за пословни инежењеринг и менаџмент, Бања Лука 2010;
8. Благојевић, Милан, „Како неправо постаје право“, *Politeia* 3/2012;
9. Vanjek, Dejan, „Federalizam i konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini: od unitarne republike do federalne države“, *Političke analize: tromjesečnik za hrvatsku i međunarodnu politiku* 19/2014;
10. Vlaški, Bojan, Romić, Marko, „Prav(n)a priroda akata visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu – (u)pravna i(li) politička“, *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu, memoriam dr Stefan Andonović* (ur. J. R. Čalić), Institut za uporedno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Beograd 2023;
11. Врањеш, Невенко, „Организациони проблеми јавне управе у Босни и Херцеговини”, *Администрација и јавне политике* 2/2015;
12. Врањеш, Невенко, „Права конститутивних народа и ентитета у политичком систему Босне и Херцеговине”, *Безбедносни форум* 1/2022;
13. Vukadin, Ivan, Iličić, Gordana, Ćubela, Ivan, „Izborna reforma u Bosni i Hercegovini i stavovi Hrvata o izbornome legitimitetu“, *HUM* 26/21;
14. Golić, Darko, „Ustavnopravni položaj predsednika Republike Srpske u svetlu uporednog prava“, *Strani pravni život* 2/2021;
15. Diamond, Larry, “Democracy as paradox“, *Israeli Democracy under Stress* (ed. E. Spinzak, L. Diamond), Boulder–London 1993;
16. Đurić, Vladimir, Vranješ, Nevenko, „Ustavnopravni i upravnopravni modeli uređivanja javnih praznika u multikulturalnim državama – povodom dvije odluke Ustavnog suda Bosne i hercegovine o Danu Republike“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 9/2019;
17. Karnavas, Michael, “Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina: A Model for the Region and Other Postconflict Countries“, *American Journal of International Law* 1/2003;
18. Kasapović, Mirjana *Bosna i Hercegovina podijeljeno društvo i nestabilna država*, Politička kultura, Zagreb 2005;
19. Keil, Soeren, *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, Ashtage Publishing, London 2013;
20. Кузмановић, Рајко, *Уставно право, четврто измијењено и допуњено издање*, Факултет пословне економије, Бања Лука 2006;
21. Куниħ, Петар, *Управно право – друго измијењено и допуњено издање*, Правни факултет и Управа за полицијско образовање, Бања Лука 2010;
22. Lijphart, Arend, “Definitions, evidence and policy – A response to Matthijus Bogaards′ critique“, *Journal of Theoretical Politicis* 4/2000;

23. Lukić, Renéo, „Vanjska politika Clintonove administracije prema ratovima u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini (1993. -1995.)“, *Časopis za suvremenu povijest* 38/2006;
24. Marković, Goran, „Ustav Bosne i Hercegovine“, *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini – Analiza postdejtosnkog političkog sistema* (ur. D. Banović i S. Gavrić), University Press – Magistrat izdanja, Sarajevo 2011;
25. Марковић, Горан, *Уставни лавиринт – Апорије политичког система Босне и Херцеговине*, Службени гласник Републике Србије, Београд 2021;
26. Марковић, Ратко, *Извршна власт*, Савремена администрација, Београд 1980;
27. Mrkonjić, Petar, *Apelacijska nadležnost Ustavnog suda BiH u odnosu na odluke entitetskih ustavnih sudova*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2019;
28. McCrudden, Christopher, O'Leary, Brendan, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford University Press, Oxford 2013;
29. McCulloch, Allison, “Consociational settlements in deeply divided societies: the liberal-corporate distinction“, *Democratization* 3/2014;
30. Nešković, Radomir, *Nedovršena država – politički sistem Bosne i Hercegovine*, Friedrich- Ebert- Stiftung, Sarajevo 2013;
31. Перишић, Срђан, „Промене међународног поретка и Босна и Херцеговина – 25 година од Дејтонског споразума”, *Politeia* 20/2020
32. Поплашен, Никола, *Криза и политика*, Глас Српски, Бања Лука, 1998;
33. Поповић, М., „О правној природи Брчко дистрикта”, *Зборник радова са научног скупа под називом ”Република Српска– петнаест година постојања и развоја*, Академија наука и умјетности Републике Српске – Едиција Научни скупови, књига XII, Бања Лука 2007;
34. Simović, Miodrag N., Simović, Marina, „Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odbrani i daljnoj izgradnji evropskog identiteta u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 4/2011;
35. Симовић, Владе, *Народ, партије и демократија у Босни и Херцеговини*, Факултет политичких наука, Бања Лука 2019;
36. Словић, Срђан, „Дејтонски мировни споразум (Историјска позадина, припрема и резултати)“, *Баштина* 31/2011;
37. Trnka, Kasim, *Ustavno pravo-drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo 2006.

Правни прописи

1. Амандман на Устав Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/09;

2. Закон о министарствима и другим органима управе БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12, 6/13, 19/16 и 83/17;
3. Закон о одбрани БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 88/05;
4. Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 38/02, 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07 и 24/08;
5. Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 38/02, 30/03, 42/2003, 81/06, 76/07, 81/07 и 24/08;
6. Закон о управи, *Службени гласник БиХ*, бр. 32/02, 102/09 и 72/17;
7. Одлука о констатовању резултата републичког референдума, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 43/2017;
8. Одлука Уставног суда БиХ У 10/16, *Службени гласник БиХ*, бр. 94/16;
9. Одлука Уставног суда БиХ У 16/20, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/21;
10. Одлука Уставног суда БиХ У 2/18, *Службени гласник БиХ*, бр. 30/19;
11. Одлука Уставног суда БиХ У 4/21, *Службени гласник БиХ,* бр. 63/21;
12. Одлука Уставног суда БиХ У 8/19, *Службени гласник БиХ*, бр. 16/20;
13. Правила Уставног Суда Босне и Херцеговине – пречишћен текст, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14;
14. Устав Босне и Херцеговине, Уставни суд БиХ.

Интернет извори

1. Bakšić Muftić, Jasna, *Uvod u politički koncept federalizma*, *https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2020/04/Uvod-u-politi%C4%8Dki-koncept-federalizma.pptx*;
2. *Balkan Barometer Publications*, *https://www.rcc.int/balkanbarometer/-publications#infographics-2*;
3. BBC News na srpskom, *Godišnjica Dejtonskog sporazuma: Neponovljivi kraj rata, https://www.bbc.com/serbian/lat/balkan-46296019*;
4. Саопштење за јавност Уставног суда БиХ, *https://www.-ustavnisud.ba/bs/saopcenje-za-javnost-2235*;
5. Wilson Center, Fixing Dayton: A New Deal for Bosnia and Herzegovina, Report and Recommendations Global Europe Program Working Group on the Western Balkans, *https://www.wilsoncenter.org/sites/default-/files/media/uploads/documents/GE_201116_report%201_v2%20%281%29.pdf*.

Associate Professor Nevenko Vranješ, LL.D.

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka
Ombudperson for Human Rights of Bosnia and Herzegovina

DAYTON AND POST-DAYTON CONCEPT OF THE POLITICAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The current political system of Bosnia and Herzegovina was established based on several political processes that took place in Europe in the 1990s. These included the fall of communism, political pluralism, military reorganization, market economy, and other elements of the post-socialist transition. Bosnia and Herzegovina, as one of the six republics of the former SFRY with a multi-ethnic population, welcomed these changes as they reflected the multi-ethnic structure of the Yugoslav community. However, the tragic war conflict that engulfed the region severely affected this particular republic, resulting in unfathomable consequences with over a hundred thousand dead, millions of displaced persons, and complete devastation of the economy, infrastructure, production capacities, and numerous other social resources. After the end of the armed conflict the international community established the Dayton Bosnia and Herzegovina with a minimum of common institutions and competencies, thus configuring its legal and political system that will have unique points in the domain of foreign affairs, communications, foreign trade and monetary affairs, while leaving all other functions to the entities. This was the product of the broadest and only possible compromise with the aim of stopping the war and preserving some form of state and statehood. However, informal and unofficial changes followed the signing of the Dayton Peace Agreement, which later entered the sphere contrary to the internal and international legal order. As a result, we can now talk about the post-Dayton concept of the political system of Bosnia and Herzegovina as it exists today.

The aim of this paper is to analyze the political system of Bosnia and Herzegovina based on the principles of the Dayton Peace Agreement and the current situation embodied in its post-Dayton concept. The basic hypothesis is that the political system of Bosnia and Herzegovina, which is based on the Dayton Peace Agreement, is specific and atypical. This system represents the broadest possible compromise and is the only sustainable one.

The author will use the content analysis method, legal exegesis, statistical method, and basic synthetic methods to conduct the analysis.

Key words: *Bosnia and Herzegovina; Constitution of Bosnia and Herzegovina; Political system; Dayton Peace Agreement*.

УДК/UDC 342.573
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Научни сарадник др Мијодраг Радојевић

Институт за политичке студије, Београд

ПАРАДОКСИ РЕФЕРЕНДУМА У САВРЕМЕНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Референдум је основни механизам директне демократије, о чијим вредносним могућностима нема сагласности у правној теорији. Разилажења настају у одговорима на питања да ли је ово особено народно гласање средство популизма или демократије, односно да ли референдум надомешћује недостатке представничке демократије или погодује њеном урушавању. Упркос својим инхерентним недостацима, емпиријски показатељи потврђују све већу улогу облика референдума у савременим правним системима у последњих неколико деценија широм света. Феномен популарности објашњава се напредовањем уставне демократије, али и деловањем сложеног сплета околности. С друге стране, у пракси су потврђене претпоставке у вези са проблемима његовог одржавања на националном нивоу, на простору бивше Југославије али и у државама са демократском традицијом. На основу искустава у развитку ове институције у оквиру Савета Европе дефинисане су смернице, препоруке и процедуре. Ипак, неопходна су истраживања и аналитички приступ с циљем да се укаже на друге услове, прилагођене околностима и темама о којима се одлучује на референдуму, као гаранцијама да делотворно он допуњује систем представничке демократије.

Кључне речи: Непосредна демократија; Представничка демократија; Парламент; Уставни референдум; Владавина права.

1. РЕФЕРЕНДУМ КАО ОБЛИК ДЕМОКРАТИЈЕ

Демократија је владавина народа остварива на два начина – посредно и директно. Избори су основ представничке демократије. За разлику од избора, на којима се бирачи опредељују између више политичких странака или коалиција, представника и личности, на референдуму се грађани непосредно изјашњавају о понуђеној алтер-

Мијодраг Радојевић, *miodrag.radojevic@gmail.com*.

нативи. Уобичајено је да су ове могућности формулисане у питању са различитом садржином. Због тога је особеност овог средства директне демократије да одговор на гласачком (референдумском) листу може да гласи – да или не (за или против). Претежно је предмет референдума потврђивање правног акта, најчешће устава (уставотворни референдум) или закона (законодавни референдум),[1] односно одлука о темама из области јавне политике.[2] У доктрини и пракси, референдум или „народно гласање“ је препознат као основни или најважнији облик непосредног учешћа грађана у вршењу власти,[3] на први поглед једноставан али у суштини сложен правни механизам.[4]

Полазећи од чињенице да се референдум све чешће користи у упоредном праву, савремена теоријска мисао је мање заокупљена

[1] Венецијанска комисија наводи да се референдум може одржати поводом: усвајања нацрта нормативног текста или предлога за укидање одредби неког прописа, начелног питања и конкретног предлога који нема облик посебно формулисаних амандмана, познат као „генерално формулисани предлог“ (European Commission for Democracy through Law, Revised guedelines on the holding of Referendum, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)031-e*, 14. април 2023).

[2] У већини уставних система није дозвољено да сва питања или области могу да буду предмет референдума. Друга врста ограничења односи се на забрану његовог одржавања у одређеном временском периоду. По правилу, то се дешава у раздобљу од претходног референдума (понављање референдума), од доношења правног акта или према сазиву парламента, то јест у време нередовних околности, као што је ванредно стање или ратно стање. Видети кратак преглед ових забрана у европским уставима: В. Микић, *Појмовник европске уставности,* Службени гласник, Београд 2022, 810–811.

[3] Изворни назив делимично одговара садржини данашњег института, јер је означавао поступак одобрења или ратификације одређених питања у швајцарским кантонима у позном средњем веку – L. Morel, “Referendum”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. M. Rosenfeld and A. Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012, 501. У ширем смислу, овај термин обухвата врсте народног гласања. Према истраживању међународног Института за референдум и народну иницијативу, референдум подразумева три типа процедуре: иницијативу, референдум и плебисцит (B. Kaufman, R. Büchi, N. Braun, *The IRI Guidebook to Direct Democracy – Switzerland and beyond*, The Initiative and Referendum Institute Europe (IRI), Lucerne 2010, 200, *https://iri-europe.org/index.php/publications/guidebooks/guidebook-to-direct-democracy*, 12. марта 2023).

[4] Процедура обухвата више етапа, које зависе од теме и карактера референдума. По правилу, то су: расписивање референдума, кампања и гласање. Референдум могу да покрену грађани или посланици у парламенту, а у неким државама ово овлашћење је у рукама извршне власти – председника републике и владе. На пример, у Хрватској, председник Републике може да распише референдум на предлог Владе и уз супотпис председника Владе (чл. 87 ст. 2, чл. 98 Устава Републике Хрватске, *Народне новине,* бр. 56/90, 135/90, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14), о предлогу промене Устава и питању за које сматра да је важно за „независност, јединственост и опстојност земље“.

проблемом његове оправданости. Међутим, у класичној доктрини, од друге половине 18. до средине 20. века, непосредна демократија, а нарочито референдум, сматрани су штетним појавама за правни поредак и политички живот. Из ове „доктринарне фазе“, како је примећено, закорачило се у „позитивну фазу“ у којој је тежиште расправе усмерено на претпоставке за делотворнију примену,[5] упркос опречним теоријским тумачењима и дубоко укорењеним предрасудама. Релевантност референдума се преиспитује са становишта демократије и људских права, његовог односа са представничком владом,[6] суверенитетом или конституционализмом... У уставном праву, кључни проблем је обим имплементације и моделирање решења у складу са владавином права и конституционализмом,[7] а у политичкој теорији већа пажња је посвећена значају и улози референдума у функционисању демократије. Демократска теорија се, у том смислу, бави настојањем да дефинише претпоставке које би допринеле широј примени не само ове институције, већ и других облика непосредне демократије.

Повест референдума почиње са модерном либерално-демократском државом, али се његови извори откривају у античкој Грчкој и Римској империји. У атинском полису је повезана са директном демократијом, а у старом Риму је такође добила конкретан облик. Гласање у народним скупштинама (зборови) у овим античким државама одређено је за рудиментарну форму референдума.[8] У савременом значењу, референдум настаје крајем 18. века у Француској, да би било прихваћен у Швајцарској и Сједињеним Америчким Државама.[9]

[5] Упоредити: L. Morel, 523–524.

[6] Подела на представничку и непосредну демократију све више је потиснута тезом о тзв. мешовитој (хибридној), полунепосредној или интегралној демократији, концепту по коме обе врсте нису алтернативе, већ се узајамно допуњују и делују – М. Радојевић, „О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости“, *Право између идеала и стварности* (ур. Д. Челић, С. Миљковић), Правни факултет, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Институт за упоредно право, Београд 2023, 92.

[7] Референдум је и кључан догађај у настанку новог устава и средство легитимизације уставног поретка. У већини правних система је обавезна фаза у доношењу новог устава или његове ревизије. За разлику од других процедура, уставни референдум даје већи степен легитимитета уставним променама.

[8] У Римској републици, непосредно одобрење народа изражено на скупштини је било неопходно за вођење рата и закључење мира, што се сматра врстом обавезног референдума (J. G. Matsusaka, *Let the People Rule – How Direct Democracy can meet the Populist challenge*, Princeton University Press, Princeton 2020, 102).

[9] Према једном тумачењу, развејан је мит о томе да је директна демократија оригинерна појава у Швајцарској. Теоретичари Француске револуције и Наполеонова окупација заслужни су за успостављање демократије у овој земљи. Референдум и друге институције непосредне демократије наишле су на плодно тло. Упор.: W. Linder, *Swiss Democracy – Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, Palgrave

Након што се почео примењивати у кантонима, прво национално изјашњавање грађана је одржано у Швајцарској, 1848. године. На основу овог гласања је усвојен устав. Од тада, у овој земљи најважније друштвене промене су предмет референдумског процеса, било да се ради о питањима унутрашње или спољне политике, попут разматрања одлуке о њеном уласку у Европску унију. У другим земљама, институције директне демократије се примењују у скромнијем обиму.[10]

Референдум је, како је већ поменуто, сложен институт. За његову примену у правним системима везано је више дилема, које смо назвали парадоксима. Први парадокс се односи на дебату о његовим лошим и добрим странама. Критичари инсистирају на његовим манама, попут тврдње да дезинтегрише представнички систем, слаби улогу политичких партија, нарушава мањинска права и погодује разноврсним злоупотребама у пракси. Осим тога, ради се о скупом механизму и његови постојећи обрасци нису допринели рационалним политичким одлукама. Полазиште већине критика је сумња у демократију као метод доношења одлуке у коме партиципирају грађани. Представнички систем супериорнији је уместо непосредне владавине већине.

Присталице, напротив, тврде да је референдум корективно и допунско средство демократије, јер омогућава грађанима да учествују у креирању јавних политика и доношењу одлука на различитим нивоима власти. С обзиром на то да у савременим друштвима није могуће остварити идеал директне владавине народа и да репрезентативни (представнички) систем има своје иманентне недостатке, сматра се да је референдум, као и други облици непосредне демократије, попут народне иницијативе, у функцији остваривања суверености народа. Ову дефиницију преузимају и устави. Устав Србије, на пример, као први начин или облик вршења суверености наводи референдум (члан 2. став 1).[11]

Macmillan, New York 2010, 95–96; G. A. Fossedal, *Direct Democracy in Switzerland*, Transaction Publishers, New Brunswic–London 2002, 87. Такође, вид. M. Syksi, *Bringing in the People: A Comparasion of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht–Boston–London 1993, 43–56.

[10] У Швајцарској је одржана скоро половина од укупног броја референдума на националном нивоу у свету. Податак преузет од: M. Qvortrup, “Introduction: Theory, Practice and History”, *Referendums Around the World* (ed. M. Qvortrup), Palgrave Macmillan, London 2018a, 2.

[11] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, 115/21, 116/22. Слична дефиниција постоји у Уставу Пете Француске републике („Национални суверенитет припада народу који га остварује преко својих представника и путем референдума“ – одељак 3. ст. 1, Устав Француске, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur*, 9. мај 2023).

Други парадокс разматра еволуцију референдума у пракси, објашњава узроке његове експанзије и значај. Пролиферација се објашњава деловањем опречних процеса и циљева – демократије и популизма.[12] У референдуму се открива његова амбивалентна позадина, било да се ради о средству за ублажавање радикалних друштвених промена (механизам са конзервативном функцијом) или за спровођење либералних реформи. На пример, он може подстицати захтеве за национални или наднационални идентитет,[13] али и поставити се као брана сепаратизму. Држава, у сваком случају, резервише право да организује и прихвати референдум на делу своје територије којим би се угрозио њен територијални интегритет.[14]

Трећи парадокс бави се тиме да ли референдум може да буде успешан алат за решавање политичких проблема, то јест да ли је у функцији интеграције или дезинтеграције, да ли поткопава или оснажује уставни систем. Од последње деценије прошлог века, у теорији тече расправа о оправданости употребе референдума за решавање политичких тешкоћа, попут етничких сукоба. Искуства су дијаметрално супротна. У Швајцарској, са најбогатијом праксом, успешно је коришћен упркос хетерогеном становништву по етничком, језичком и верском пореклу. Међутим, у другим подељеним друштвима рефе-

[12] Број одржаних референдума није крунски доказ демократије. Швајцарска је доиста лидер у непосредној демократији, али се по другим обележјима не може сврстати у земље са високооствареним демократским стандардима. На пример, жене су добиле право гласа тек 1971. године, а по степену радничких права и партиципације радника у управљању предузећима, ова земља заостаје за Немачком или Француском. С друге стране, из статистике се може сагледати корелација степена демократизације и броја одржаних референдума. У Западној Европи, референдумска пракса је развијена у Лихтенштајну, Данској и Ирској, а у Источној Европи – у Словенији и Литванији. С друге стране, Србија се високо котира на овој лествици са више референдума на националном нивоу од 1990. године, али она има проблема у развоју демократије.

[13] На пример, са новим миленијумом референдуми за доношење устава Европске уније покренули су и дилему о стварању европског *demosa.*

[14] У Шпанији је влада, а такав став је подржао и Уставни суд, у више прилика истакла да о судбини делова њене територије (Каталоније) може да се одлучи само на националном нивоу (Р. Петровић, *Шпанија – сузбијање сецесионизма,* Catena mundi, Институт за европске студије, Београд 2022, 176–178). У Великој Британији је Врховни суд донео одлуку (23. новембра 2022. године) да се нови референдум о независности Шкотске не може одржати без одобрења британског парламента („Supreme Court judgment on Scotich independence referendum“, *https://commonslibrary.-parliament.uk/supreme-court-judgment-on-scottish-independence-referendum/*, 14. маја 2023). Референдум је нарочито значајна тема у „децентрализованим“ (федералним) државама, али је и то разлог због чега унитарне државе нису наклоњене овој институцији. У сложеним државама, референдум се користи на нивоу федералних јединица или покрајина (САД, Немачка, Канада, Шпанија…), са овлашћењем да извршна или законодавна власт на савезном нивоу донесе коначну одлуку о питањима територијалних промена.

рендум често не смирује, већ распламсава сукобе, као што је то био случај у бившој Југославији.

Четврти парадокс указује на дискрепанцу између раширености, недовољне институционализованости и покушаја да се установе наднационални стандарди и правила. Референдум је познат по својим бројним варијацијама, али и покушају међународних организација, нарочито у Европи, да дефинишу стандарде и начела за унапређење демократске праксе.

Напослетку, циљ овог рада није дескрипција најважнијих обележја референдума, његове улоге и значаја, већ да укаже на савремени теоријски приступ, објасни кључна противречја, упути на смернице у правцу унапређења институционалног дизајна и начина на који ова институција може да буде регулисана и примењена у правним системима.

2. ПАРАДОКСИ РЕФЕРЕНДУМА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

У повести директне демократије и референдума, на основу прегледа литературе и важних догађаја, издвајају се три периода. Први почиње са Француском револуцијом и окончава се до Првог светског рата; други је особен по томе што се ова институција, осим у Сједињеним Америчким Државама и Швајцарској,[15] поступно прихвата у другим земљама; трећа фаза настаје са сломом колонијалног система и комунизма, процесом транзиције који је представљао и повратак у либералну демократију западног типа. За последње раздобље је карактеристична „пролиферација“[16] институције, не само у Источној и Централној Европи, већ распрострањеност широм света.[17] Ширење

[15] Сходно временском редоследу, Сједињене Америчке Државе су „колевка“ савременог референдума, јер су уставне одредбе о референдумима усвојене у другој половини 18. века у некадашњим енглеским колонијама (1780. године – Масачусетс, 1783. године – Њу Хемпшир, 1788. године – Род Ајленд). Вид.: M. Setälä, *Referendums and Democratic Government – Normative Theory and the Analysis of Institutions*, Palgrave Macmillan, London 2016, 102; O. Boyd, “Referenda around the World – History and Status of Direct Democracy”, 2, 10, *https://www.democracy.uci.edu/files/docs/conferences/-grad/Boyd_Referenda%20around%20the%20World.pdf*, 6. мај 2023.

[16] Процесом подразумева експанзију референдума и у државама које се сматрају слабим демократијама (S. Tierney, “Reflections on referendums”, *International IDEA Discussion Paper* 5/2018, *https://www.idea.int/sites/default/files/publications/reflections-on-referendums.pdf*, 12. марта 2023).

[17] Референдуми су некритички рецепирани као „оруђа која су друштва у совјетском блоку користила да изразе своју жељу да промене политички систем и напусте социјалистичку традицију“. У земљама Централне и Источне Европе они су употребљавани за поновно стицање независности, „продубљивање“ реформи и у процесу европских интеграција („приступни референдуми“). Због тога се препознају три типа рефе-

референдума може се сагледати у следећим критеријумима: 1) конституционализацији и институционализацији у правним системима, 2) порасту праксе одржаних референдума на националном нивоу, 3) промовисању и употреби као начина за решавање политичких проблема, нарочито конфликтних ситуација у вези са територијалним питањима и сувереношћу и 4) успостављању међународних стандарда за одржавање референдума. Појаву и развитак овог феномена пратило је и укрштање аргумената *pro et contra*, у чијем средишту се нашло и разматрање природе и модела демократије, али и дилеме у вези са коришћењем овог механизма у пракси.

2.1. Парадокс предности и мана

У теорији су сучељене присталице и противници референдума. У последњих неколико деценија, са интензивирањем ове расправе, осим класичних теза, појављују се и новија тумачења његове улоге и значаја. Неповерење се уврежило и на ову расправу су утицала историјска искуства, традиција и развитак правне и политичке културе и политичке филозофије, идеолошки сукоби... У Великој Британији, на пример, у расправу су се мешали теоријски и практични аргументи. У десници и левици о томе није било сагласности махом због политичких мотива. Из тактичких повода, торијевци су сматрали да је оружје за обуздавање политичких промена, а други (социјалисти) су против његове употребе због недостатака, јер су тврдили да подлеже манипулацији политичких елита.[18] Лабуристи су препоручивали да референдум буде средство за решење застоја у односима два дома у Парламенту.

Основна теза критичара је да облици непосредне демократије, па и референдум, имају слабији демократски потенцијал од представничке демократије.[19] Народно изјашњавање на референдуму не испољава интерес већине, већ мањине. Закон усвојен у парламенту изражава вољу представника народа као целине, а на референдуму само дела бирачког тела.[20] Затим, референдум подрива представничку демокра-

рендума у овим земљама. Опширније: M. Musiał-Karg, “The Role of National Referendum in Central and Eastern European Countries. Selected Experiences”, *Central European Political Studies* 3/2016, 45–54.

[18] Вид. и у другим земљама (Немачка, Италија…): M. Qvortrup, (2018a), 6–12.

[19] Сажет приказ добрих страна и недостатака постоји и у уџбеницима уставног права (В. Петров, Д. Симовић, *Уставно право,* Службени гласник, Београд 2018, 156–160).

[20] Овај аргумент можемо уважити под претпоставком да је усвојена народна иницијатива у форми предлога правног акта на референдуму. Чини нам се да је ипак важнији начин на који се референдум доноси, јер и усвајање закона у парламенту

тију и доводи до пропадања политичких странака. Класична теоријска мисао инсистираће на још једном „доказу“. Одлучивање већине у име мањине, о њиховим правима, је и вид тираније. Насупрот томе, поборници референдума оспориће ове тврдње и навести да се управо референдум појавио као реакција на негативне појаве у функционисању представничке демократије (партократија). Сврха референдума је у складу са начелом народног суверенитета, да народ што више непосредно управља и одлучује. Такође, нису оправдане оптужбе да је одговоран за пропадање представничког система и политичких странака, јер партије имају важну улогу у покретању референдума и организовању дебата у кампањама. Чести су случајеви да маргиналне политичке групе и удружења захтевају „народно гласање“ о одређеним темама с циљем већег публицитета у јавности.[21]

Обратимо пажњу и на друге аргументе. Референдум је доиста подложан манипулацији. Више нивоа и врста злоупотреба могу бити процедуралне природе или у виду утицаја на формирање јавног мњења. Последице непоштених и недемократских референдума су деликатније у поређењу са изборима. Резултати гласања могу бити анулирани већ на наредним изборима, али одлуке на непосредном народном изјашњавању се теже мењају.[22] Недемократска пракса упућује на то да је опасност да се властодршци и политичке елите окористе институцијом за легитимизацију власти. Таква теза, утемељена на искуству у упоредном праву, доводи и до следећег закључка. С обзиром на то да је интерес политичке елите да референдум служи за спровођење њихових планова, израз директна демократија је неадекватан, због раскорака у теорији и пракси.[23] Грађани на гласању само потврђују став који жели владајућа елита. Под изговором народног поверења, легитимне су и уставне промене с циљем повећања овлашћења председника државе (нпр. Француска, Турска, Русија) или

није имуно од непоштених радњи (парламентарна корупција, лобирање или трговина интересима у парламенту…). Упор.: L. Morel, 458.

[21] Упор.: M. Mendelsohn, A. Parkin, “Introduction: Referendum Democracy”, *Referendum Democracy Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns* (eds. M. Mendelsohn, A. Parkin), Palgrave Macmillan, London 2001, 7–8; I. Budge, “Political Parties in Direct Democracy”, *Referendum Democracy Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns* (eds. M. Mendelsohn, A. Parkin), Palgrave Macmillan, London 2001, 75–87; C. Toplak, “Referendum: prednosti i nedostaci”, *Političke analize* 4/2013, 46–47.

[22] Упор. M. Setälä, 161–164.

[23] Менделсон и Паркин објашњавају ову двојаку природу референдума (M. Mendelsohn, A. Parkin, 4).

извршне власти, ограничења парламентаризма и људских права и слободе.[24]

Референдуми на националном нивоу, од Другог светског рата до краја хладног рата, одржани су у малом броју земаља, на пример у Француској и Италији.[25] Међутим, у Немачкој је и даље непозната пракса организовања директних народних изјашњавања на државном нивоу. Примену референдума у Француској пратиле су дубоке поделе у односима власти, опозиције и стручне јавности о улози и значају ове институције.[26] Негативан однос према легитимацију референдуму последица је и „антидемократске“ праксе[27] са плебисцитима под Наполеоном Бонапартом,[28] али и Де Головим „окупљањем народа“ који ће из темеља променити архитектуру француског уставног система и довести до успостављања Пете француске републике. За Де Гола, „глас народа“ био је неопходан за доношење одлуке о будућности француске државе. Напослетку, он ће постати и његова жртва.[29]

[24] У неким случајевима, референдум је поставио правну подлогу за увођење диктатуре и кршење људских права (Немачка под Хитлером), а то је било оправдавано и захваљујући теоријским схватањима (на пример, нацисти су се позивали на Карла Шмита). Карл Шмит (*Carl Schmitt*) је предлагао да се пребисцитарна демократија замени класичним парламентаризмом. Он је сматрао и да закони донети путем плебисцита имају већу снагу него закони донети одлуком парламента. Упор.: *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari* (ur. S. Samardžić), „Filip Višnjić“, Beograd 2001, 337.

[25] Референдум је одржан три пута од 1945. до 1946. године. О уставима Четврте и Пете француске републике (1946. и 1958. године) и плану за решење Алжирске кризе, грађани су се непосредно изјаснили (1961. и 1962), као и о уставним реформама (непосредно изабрани председник, 1962). Неуспех референдума из 1969. године о преношењу надлежности на други дом француског парламента – Сенат, био је увертира за оставку Де Гола, тадашњег француског председника.

[26] У овој земљи је одржано 10 референдума у раздобљу од 1950. до 2017. године. Видети преглед ових референдума: S. Hollander, *The Politics of Referendum Use in European Democracies*, Palgrave Macmillan, London 2019, 113.

[27] M. Laurence, “France: towards a less controversial use of the referendum“, *The Referendum – Experience in Europe*, (eds. M. Gallagher, P. V. Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996, 69.

[28] Бонапарта је проглашен за доживотног конзула на основу референдума из 1802. године, а његов синовац, пола века касније (1852), употребиће референдум да легитимише државни удар.

[29] Де Гол је био поборник директне демократије из уверења и политичког прагматизма. У својим говорима током Другог светског рата истицао је да је „демократија управљање народом од стране народа, а национални суверенитет значи народ који несметано остварује свој суверенитет“. Под изговором да су политичке кризе у Четвртој француској републици резултат деструктивног деловања политичких партија и парламента, Де Гол је оптужио партијашење и трули и корумпирани парламентаризам за раздор и нарушавање стабилности и ефикасности државе и ауторитета институција. Један од начина да се поново успостави јединство француске нације, ојача држава и успостави легитимитет институција јесте пружање прилике грађанима да се непосредно изјасне о политичким променама. По његовом схватању, институционал-

У Сједињеним Америчким Државама, критика референдума је заснована на размишљањима „очева оснивача“ о директној демократији. У складу са погледима великих античких умова (Платона и Аристотела), превладала је бојазан о учешћу обичног народа у власти.[30] Грађани морају да буду подвргнути ограничењима у политици, а демократија се исцрпљује избором његових представника. С друге стране, штетна је непосредна владавина народа, мноштва неуких људи, јер поткопава представнички систем и претња је слободи, правима мањина и појединаца. На поменутим предубеђењима почива отпор према механизмима непосредне владавине народа негован у америчкој традиционалној политичкој и правној теорији. У пракси, референдум и други облици учешћа грађана у власти ипак су постали део политичког фолклора од 20. века у Сједињеним Америчким Државама и другим земљама, а овај процес пратиће садржајне и комплексне дебате о природи демократије.[31] Такође, у оптици разматрања наћи ће се и неки други институти, попут директних (примарних) избора и опозива.

Амерички теоретичари запазиће да је проблем са референдумом и народном иницијативом био и у томе што је „грађанима дата моћ

не реформе у Француској Петој Републици могле су се извести само уз непосредну подршку народа јер, како је тврдио, „ништа чврсто ни трајно се не може саздати у Француској, сем на основу воље коју изрази народ“. „Дух новог устава“, како је сматрао Де Гол, „[…] састоји се у томе да се нађе начин да власт не буде власништво острашћених партијаша, већ да проистиче непосредно из народа“. Видети: Ф. Моријак, *Де Гол,* Гутенбергова галаксија, Београд–Ваљево, 1996, 158, 162, 183; M. C. Walker, *The Strategic Use of Referendums: Power, Legitimacy, and Democracy*, Palgrave Macmillan, New York 2003, 20–43.

[30] Види: J. G. Matsusaka, 2020, 99. Поменути аутор истиче и да је разлог у томе што Устав САД није предвидео директну демократију. Осим тога, он сматра и да су „очеви оснивачи“ тумачили утицај директне демократије у свом времену и на основу развитка грчке и римске демократије. Њихови аргументи су превазиђени и „данас немају снагу“, јер су се околности промениле (*Ibid.*, 100, 105–106).

[31] Визија „очева оснивача“ о демократији пољуљана је из темеља од друге половине 19. века. Са рађањем нове политичке филозофије реформисан је модел „чисте“ представничке демократије и одбачена убеђења да је непосредна власт народа лоше решење. Уместо тога, с намером да се отклоне недостаци и неправде у функционисању политичког система и спроведу економске и социјалне промене, тзв. прогресивисти у САД-у заступаће схватање да је неопходно да грађани директно контролишу управљање и политику. У основи, иза ове слике су били опет прагматични интереси, засновани на томе да је извршна власт „најрепрезентативнија власт“ са кључном улогом у уставном систему, а директно гласање грађана о законима спречиће да реформе буду блокиране у представничком телу. „Очеви оснивачи“, међутим, сматрали да је законодавна власт „прва грана власти“. Опширније: *In Defense on the Founders Republic – Critics of Direct Democracy in the Progresive Era* (eds. L. H. Bailey, J. M. Mileur), Bloomsbury Academic, New York 2015.

законодавца без одговорности“.[32] Основни проблеми у стварању стабилне и одговорне владе неће бити решени, већ продубљени. Демократија која даје предност директном одлучивању грађана води урушавању институција, пре свих, представничког законодавног тела. Такође, нема гаранција да ће се о референдумском питању одржати квалитетна расправа и донети одлука у општем јавном интересу. Штавише, закључује се да је судбина друштва дата у руке мање способних грађана.

Подозрење према референдуму није заобишло државе Источне и Централне Европе у раздобљу хладног рата. Позадина, на први поглед, није најјаснија, али објашњење је да је таква пракса у нескладу са административним централизмом совјетског типа, „руководећом“ улогом комунистичке партије и положајем њених лидера.[33] У Совјетском Савезу, по први пут на националном нивоу, референдум је на иницијативу Михаила Горбачова, тадашњег генералног секретара Комунистичке партије и председника Совјетског савеза, одржан у марту 1991. године. На известан начин, тако је отворена Пандорина кутија у бившим совјетским републикама. Референдум је инструментализован за решавање националног питања и устоличавање председника са ауторитарним намерама.

Референдум није чаробни штапић или панацеја, нити је универзални метод за решавање политичких проблема, попут спорова унутар једне државе који се тичу сецесије. У овом случају, наиме, ради се о тзв. територијалним референдумима.[34] У теорији је речено и да се ова врста референдума налази на средокрађи међународног права и унутрашњег (домаћег) права јер се дотиче правних начела самоопредељења и суверенитета, воље народа за стварањем државе и територијалним интегритетом. У суштини, овај проблем се своди на једнос-

[32] R. J. Lacey, “Elihy Root: Balancing Constitutionalism and Democracy”, *In Defense on the Founders Republic – Critics of Direct Democracy in the Progresive Era* (eds. L. H. Bailey, J. M. Mileur), Bloomsbury Academic, New York 2015, 147.

[33] Референдуми су одржани у Пољској (1946), Румунији (1986), Бугарској (1946. и 1971), а уочи пада Берлинског зида у бившем ДДР-у покушало се да се нарушени легитимитет власти стабилизује применом народне иницијативе и референдума. Некадашња Социјалистичка Федеративна Република Југославије је била посебан случај, јер се након сукоба са Инфорбироом, одрекла совјетског модела и развила експериментални модел социјалистичке самоуправне демократије. Самоуправна социјалистичка демократија је замишљена као интегрална демократија, синтеза непосредне и посредне демократије. Облици директне демократије су, међутим, углавном примењени на локалном нивоу.

[34] Опширније о називу и врстама овог референдума: D. Moeckli, N. Reimann, *Research Handbook on Secession, 2020* (eds. J. Vidmar, S. McGibbon, L. Raible), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2020, 93–95.

тавно али комплексно питање – да ли је референдум довољан услов да се правно оправда територијална промена?[35]

Поменута тема постала је интересантна и са становишта искуства на простору бивше Југославије, али се и изнова појављује као актуелна због проблема у етнички подељеним друштвима. Референдум о државноправном статусу, отцепљењу неке територије ради стварања нове државе или припајања другој држави, није увек најпогоднији средство или је погрешан пут за решавање међунационалних сукоба. На пример, референдуми у бившим совјетским републикама (на Кавказу), у некадашњој Југославији,[36] преко „свежих“ примера у Украјини (Доњецка, Луганска, Херсонска и Запорошка област – септембар 2022) били су увертира или окидач насилних сукоба, па се називају и „оруђима рата“.[37] И у другим случајевима (Босна и Херцеговина – 1992, Источни Тимор – 1999, Црна Гора – 2006, Крим – 2014),[38] карактеристично је одсуство консензуса етничких група о одржавању референдума, изостанак јавне расправе и спровођење гласања уз поштовање осталих демократских стандарда.[39]

Други референдум о државном статусу у Црној Гори (2006) противречно је тумачен. По једнима је то била етапа у једном од „најпоштенијих поступака за отцепљење“,[40] који је обележило посредовање

[35] G. Landi, *Secession and Referendum – A new Dimension of International Law on Territorial Changes?*, Firenze University Press, Firenze 2019, 216, *https://media.fupress.com/files/pdf/24/3971/3971_21719*, 13. март 2023.

[36] У бившој Југославији одржани су референдуми о независности у четири републике (Босна и Херцеговина, Македонија, Словенија и Хрватска) од 1991. до 1992. године. Незваничан плебисцит албанског народа на Косову и Метохији одвијао се почетком 90-их година прошлог века (септембар 1991), а референдум о државноправном статусу којим је Црна Гора одлучила да настави да живи у заједничкој држави – Југославији 1992. године.

[37] Како примећује један аутор, референдум је „коришћен као оружје од стране Муслимана и хрватског руководства против локалних српских лидера и против Београда, али и европске заједнице против Београда“ (J. Wheatley, “The Disruptive Potential of Direct Democracy in Deeply Divided Societies. The Emergence of Direct Democracy – a Typological Approach”, *Direct Democracy and Minorities* (ed. M. Wilfried), Springer VS, Wiesbaden 2012, 68).

[38] О референдуму на Криму види анализу: M. C. Walker, 106–109.

[39] Референдум у Босни и Херцеговини из 1992. године је бојкотовала већина Срба, па се поставља питање да ли је он био легитиман, с обзиром на то да није представљао вољу сва три конститутивна народа, како је то на почетку констатовала и Бадинтерова комисија у својој препоруци. Бојкот једног народа је „био глас против независности“, па се и референдум може сматрати једностраним чином. (О недостацима овог референдума вид.: A. Pavković, P. Radan, *Stvaranje novih država – teorija i praksa otcepljenja*, Službeni glasnik, Beograd 2007, 143, 227–228, 344–345). Овом референдуму је претходио плебисцит српског народа одржан у новембру 1991. године.

[40] G. Landi, 198–199.

Европске уније и Савета Европе,[41] док се по другима, као и у случају референдума о сецесији у бившој Југославији, одиграо уз кршење демократске процедуре.[42] Тачке спорења формалноправне природе биле су већина за пуноважност референдумске одлуке и да ли грађани Црне Горе са пребивалиштем у Србији имају право да гласају у Црној Гори. Кампања је спроведена уз значајна кршења права на равноправности и једнакост и поштовање других основних права, а на гласању је забележен и низ неправилности.[43]

Управо наведени примери подстичу неповерење према референдуму. Због тога, постоје државе које немају прописе о референдуму на савезном нивоу (Сједињене Америчке Државе, Босна и Херцеговина[44]…), имају рестриктивни режим када се ради о организовању територијалних референдума (Шпанија) или најчешће немају праксу њиховог коришћења на националном нивоу (Индија). Али, и поред тога, од друге половине прошлог века све учесталији су (не)успели референдуми о отцепљењу (од референдума на Исланду, 1944; преко референдума у Квебеку, 1995; Шкотској, 2014; Каталонији 2014, 2017) са разноликим искуствима.

Без обзира на своје недостатке, директно изјашњавање грађана је „најприкладнији начин“ за доношење одлуке о самоопредељењу неке територије.[45] Присталице референдума употребиће и друге аргументе да истакну значај овог механизма директне демократије, па се тако тврди да он подиже степен политичке партиципације, доприноси

[41] Политичко посредовање превазилазило је карактер „препорука“ јер је тим ЕУ имао кључну улогу приликом одлучивања и у процесним питањима. Упор.: S. Tierney, *Constitutional Referendums – The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford 2012, 180.

[42] V. Džamić, V. Pavićević, „Referendum kao negacija neposredne demokratije: iskustva Srbije i Crne Gore“, *Međunarodna politika* 1155–1156/2014, 125–127.

[43] Обимна грађа о махинацијама на овом референдуму налази се у књизи *Бијела књига – зборник докумената,* Подгорица 2007, *https://www.srpskaistorija.com/bijela-knjiga-kako-je-pokraden-referendum/*, 23. мај 2023.

[44] Поставља се питање под којим условима би био легитиман референдум одржан на нивоу ентитета или државе. О томе постоје дијаметрално супротна становишта. На пример, Г. Марковић сматра да обавезујући референдум у питањима од националног интереса не би требало дозволити у Босни и Херцеговини (Г. Марковић, *Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине*, Службени гласник, Београд 2021, 101–102). Према мишљењу Р. Нешковића, референдум је изводљив али само уз поштовање већинског начела сва три народа. У складу са уставним принципима, Одлуком Уставног суда Босне и Херцеговине из 2000. године то би морала да буде квалификована већина у сваком од конститутивних народа (Р. Нешковић, „Референдум у контексту државотворности народа у Босни и Херцеговини“, *Сварог* 9/2014, 57).

[45] У међународном праву сматра се да је сецесија законита „само ако је одобрена на референдуму“. D. Moeckli, N. Reimann, 102, 105.

легитимности политичког и правног система, представља канал за бољу комуникацију власти и грађана, средство је за постављање политичких преференција и захтева, али је и вентил за ослобађање од политичких притисака и сукоба.[46] Једна од његових врлина је подстицање коалиционих договора и сарадње политичких странака и цивилног друштва. Такође, гласноговорници референдума не оспоравају слабости ове институције, али такве искварене облике називају плебисцитима, и углавном их везују за њихово коришћење у ауторитарним и тоталитарним политичким системима.[47]

2.2. Парадокс историјске позадине

Други парадокс тиче се коришћења референдума у пракси. Статистички показатељи, мада се бројке не слажу у истраживањима (а рецимо има и грешака када се ради о регистровању одржаних референдума на националном нивоу),[48] показују тенденцију раста на гло-

[46] M. Qvortrup, (2018a), 13–15; J. G. Matsusaka, 154–168.

[47] Плебисцит има и другачија значење, не само као синоним за референдум, већ и у позитивном смислу као врста референдума када грађани гласају о међународном и правном статусу неке територије. Вид.: P. V. Uleri, “Introduction”, *The Referendum – Experience in Europe,* (eds. M. Gallagher, P. V. Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996, 3–4; M. Qvortrup, (2018б), 270. Сукси (*Syksi*) је прецизнији у лингвистичкој дистинкцији термина, па тако наводи да је плебисцит „старији термин“ коришћен у Француској од 1793. године и означавао је „консултације са народом“, док се израз референдум доцније појавио у Швајцарској средином 19. века. У Швајцарској је то првобитно био назив за „народно гласање“, а овај појам је прихваћен у енглеском језику и литератури до краја 19. века (M. Syksi, 1993, 9–10). Италијански конституционалиста Ђузепе де Верготини (*Guiseppe De Vergottini*) такође наводи различита контекстуалне разлике између плебисцита и референдума, према предмету и процедури, односно циљу коришћења (Детаљније: Đ. de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo,* Službeni glasnik, Beograd 2015, 399–400). О пореклу овог термина у старом Риму: A. Romac, *Rječnik rimskog prava,* Informator, Zagreb 1983, 254; Ž. Bujuklić, *Forum Romanum – rimska država, pravo, religija i mitovi,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2006, 443.

[48] У једном од истраживања чији су предмет некадашње земље реалсоцијализма у Централној и Источној Европи, погрешно је наведен број националних референдума у Србији: *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989* (ed. M. Marczewska-Rytko), Barbara Budrich Publishers, Opladen–Berlin–Toronto 2018, 322. Иначе, неутемељени су и кључни резултати ове анализе. Основне хипотезе о томе да непосредна демократија функционише на нормативном и практичном нивоу и да је коришћење инструмената непосредне демократије показатељ развитка политичке свести нису подробније објашњене. У закључцима књиге се указује на то да процес придруживања ових земаља Европској унији није утицао на развој директне демократије. Ова теза је делимично тачна јер, као што се то опет може видети на примеру Србије и других држава, у процесу придруживања ЕУ врши се и хармонизовање законодавства о директној демократији у складу са смерницама и принципима Савета

балном нивоу, нарочито у Европи у последњих неколико деценија.[49] Умножавање референдума на националном нивоу је и у складу са његовом институционализацијом, односно напредовањем референдумског законодавства и конституционализацијом. *Како објаснити ову тенденцију*? Разлози су више него комплексни, и они се малтене разликују од земље до земље. У Швајцарској, осим традиције непосредног одлучивања која почиње у 12. веку и француског пелцера, наводи се и либерални „покрет регенерације“ као трећи извор утицаја.[50]

Према Дејвиду Алтману (*David Altman*), референдум је служио је као „алат“ за уставне промене „које повремено служе као механизам усаглашавања између политичара и грађана“[51] или сузбијање злоупотребе власти.[52] Повећани јавни захтеви за директно народно изјашњавање могу се објаснити: а) важношћу питања о којима се одлучује; б) неповерењем у кључне институције демократије – парламентаризам и политичке странке, као и актере – политичаре и в) ублажавањем критике према овој институцији, нарочито у првој половини 20. века. Теоријска критика референдума, о којој је већ било речи, дуго је била под утицајем схватања о недостацима демократије као владавине непросвећених маса, недовољно компетентних да учествују у одлучивању о важним државним питањима и доношењу закона. Напослетку, једно од објашњења повећано је и са растућим популизмом у Европи. У стратегији освајања и контроле власти, референдум је прикладно средство за владаре и политичке елите. Народна одлука или саветовање са грађанима је параван за легитимизацију власти. Такви процеси угрожавају темељне вредности уставног система, нарочито влада-

Европе (опширније: М. Радојевић, „Референдум у Србији – између народне воље и манипулације“, *Национални интерес* 2/2022, 201; М. Радојевић, 2023, 99).

[49] Подаци о референдумима се морају узети са резервом, јер у већини поменутих земаља не постоји систематизована и доступна база, као на пример у Швајцарској. На посебном веб-порталу, налазе се подаци о институцијама непосредне демократије, и то не само на савезном већ и на кантоналном нивоу (Вид. за референдум: *https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/politische-rechte/referenden.html*, 23. мај 2023).

[50] Вид.: A. H. Trechsel, H. Kriesi, “Switzerland: the referendum and initiative as a centrepiece of the political system”, *The Referendum – Experience in Europe,* (eds. M. Gallagher, P. V. Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996, 185–186.

[51] D. Altman, *Direct Democracy Worldwide,* Cambridge University Press, Cambridge 2011, 197.

[52] У теорији постоје и схватања да су референдуми, уз одређене изузетке (плебисцити), коришћени за контролу изабраних лидера. О специфичним разлозима видети и: M. Qvortrup, “Two Hundred Years of Referendums”, *Referendums Around the World* (ed. Matt Qvortrup), Palgrave Macmillan, London 2018б, 270, 264–271.

вину права.[53] Међутим, критичари пажњу усмеравају на погрешан проблем, узроци кризе либералне демократије и губитка поверења у политичке институције не могу се приписати погрешној примени референдума. Савремена демократија је у проблему због деловања процеса чије су извориште глобализација и неолиберални капитализам.[54]

Такође, ваља преиспитати аргумент да ли народно гласање погодује политичким поделама и сукобима, али и злоупотребама. Типичан пример промене у схватању представља Велика Британија, у чијој је у прошлости већина теоретичара, са изузетком Албера ван Дајсија, сматрала да се ради о егзотичној уставној институцији, а политичке партије су биле дубоко подељене о могућностима њене примене. У модерној уставној пракси ове државе референдум је легитимни механизам уставне праксе (референдум у Шкотској и Брегзит).[55]

Поменимо и становишта која проблематизују тезу о линеарном повећању референдума. Према статистици, у земљама Европске уније од Другог светског рата, употреба „народног гласања“ скопчана је са процесом интеграција и уставотворне ревизије, при чему је учесталија у државама попут Италије и Ирске.[56] Дакле, примећујемо неједнаку географску дистрибуцију коришћења институције. У Европи, по броју референдума, изузев Швајцарске,[57] предњаче Италија, Ирска и, у последње две деценије – Словенија. Осим тога, карактер референдумских питања је различит. У већини земаља, предмет референдумског одлучивања су уставна реформа, територијалне промене и улазак у међународне организације (Европска унија).[58] Према Тирнију (*Stephen Tierney*) постоје „четири главне области уставне праксе“ у којима се користи референдум: оснивање држава, доношење и измена устава,

[53] Упор.: B. Smerdel, „Ustav, populizam i kraj liberalne demokratije – ’*Referendumanija*’ ugrožava temelje ustavnog poretka“, *Zbornik radova Pravnog fakultetu u Splitu* 4/2019, 770; K. Collin, “Populist and authoritarian referendums: The role of direct democracy in democratic deconsolidation”, *https://www.brookings.edu/wp-content/-uploads/2019/02/FP_20190226_direct_democracy_collin.pdf*, 14. мај 2023.

[54] Упор.: M. Kastels, *Sunovrat – kriza liberalne demokratije,* Clio, Beograd 2022, 21.

[55] Дајси је предлагао обавезан референдум о уставним питањима и суверенитету, који би представљао „народни вето“ на одлуке Доњег дома. M. Gallagher, “Conclusion”, *The Referendum – Experience in Europe,* (eds. Michael Gallagher, Pier Vincenzo Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996, 236–237; L. Morel, 2012, 457.

[56] Упоредити: S. Hollander, 100–101.

[57] Вид. табелу националних референдума у западним демократијама од 1940. до 2006. у: R. Hague, M. Harror, *Uporedna vladavina i politika – uvod,* Fakultet političkih nauka, Beograd 2014, 291.

[58] У Словенији, Ирској и Италији као и Швајцарској на референдуму се појављују хетерогена питања из домена јавне политике.

поддржавна аутономија (за успостављање нових и сложених облика као децентрализације или аутономије, као на пример у Шпанији – Баскији [1979], Каталонији [1979] и Великој Британији – Велс [2011]) и приступање Европској унији (одобравање чланства у ЕУ). Тирни сматра да референдум има и важну улогу у легитимизацији устава и обликовању уставног идентитета.[59]

Преокрет у прихватању референдума у упоредним уставним системима наступио је са окончањем хладноратовског сукоба. Развитак је био ограничен на неколико земаља до тада, са изузетком САД, већином у Западној Европи. Са процесом деколонизације и након пада Берлинског зида, референдум се афирмише као средство за потврђивање народне воље за стварањем нових држава и напуштањем социјалистичке традиције у Централној и Источној Европи. Због тога се сматра да се, у складу са критеријумом предмета питања, издвајају претходно поменуте категорије. Наредна врста се односи на широк спектар тема из области јавне политике.

У раздобљу транзиције, посткомунистичке земље учесталије ће употребити референдум и у односу на остале државе у Европи, што је резултат низа околности везаних за промену њиховог државноправног статуса и европске интеграције. Словеначки референдум из децембра 1990. године у страној литератури се наводи као пример домино ефекта, јер је утицао и на остале земље Централне и Источне Европе да посегну за овим средством. Од почетка последње деценије, у овој земљи је одржано око двадесет националних референдума,[60] чиме се она након Швајцарске сврстава у земље са најучесталијим референдумом на националном нивоу. Непосредно изјашњавање грађана о изменама Закона о водама (2021) показало је да тадашња влада није уживала поверење грађана, што ће се обистинити на парламентарним изборима. Већ наредне године је одржан референдум на коме су се бирачи опредељивали о ступању на снагу три закона, па су и постављена питања о: закону о јавном сервису, закону о дуготрајној нези и изменама и допунама закона о влади.[61] Овај последњи референдум је иницирала опозиција, али су грађани подржали парламентарну већину. Осим тога, већ дуже време се најављује и референдум о изградњи још једне нуклеарне електране. Словеначки образац је занимљив, јер се развој грађанског друштва и традиција тзв. соција-

[59] S. Tierney, 9.

[60] Упор.: B. Žuber, I. Kaučić, “Referendum Challenges in the Republik of Slovenia”, *Białostockie Studia Prawnicze* 24/2019, 140–141.

[61] Ifimes, Slovenija 2022: Referendum kao zloupotreba dozvoljenog demokratskog instrumenta, *https://www.ifimes.org/ba/istrazivanja/slovenija-2022-referendum-kao-zloupotreba-dozvoljenog-demokratskog-instrumenta/5105#,* 13. мај 2023.

листичке демократије повезују са релативно честим коришћењем институција директне демократије.

2.3. Парадокс демократије и примене референдума

Вратимо се изнова нашој дилеми о томе да ли је референдум доиста ризичан инструмент који отвара простор за популисте и ширење ауторитаризма, односно, да ли су користи од ове институције веће од потенцијалне штете коју може нанети, и да ли референдум уместо да отклања недостатке представничке демократије погодује њеном урушавању? Одговор није једнозначан, као и што се примећује анализом компаративних истраживања.

Наше становиште је да се примена референдума дешава у складу са природом правног и политичког система. Више референдума је у последњих пар година у неколико европских земаља било на путањи јачања популизма (Пољска, Мађарска, Турска).[62] У Турској је серијом референдума (2007, 2010. и 2017)[63] преображен парламентаризам у председнички систем и редефинисан је управни модел који је штитио секуларне вредности у овој држави. Такође, референдум у Русији је ојачао уставни положај председника (2020).[64] Овим примерима теоретичари илуструју близак однос популизма и непосредне демократије. Суштина је у томе да популистички лидери настоје да успоставе директан однос са грађанима, представљајући се као политичари изнад странака и институција. Али, референдум се не може довести једнострано у исту раван са популизмом. Штавише, у друштвима са развијеном демократијом је кочница злоупотреби власти и представља брану од снажења популизма, кроз делиберацију или отворен процес одлучивања. Процедуре непосредне демократије могу да подстакну сарадњу институција, политичких актера и грађана.[65] Дакле, у рефлексији са правним и политичким амбијентом, референдум испољава своју функционалност и улогу.

---

[62] Опширније о овим референдумима у Бугарској, Румунији и Мађарској: A. Slavov, “National referendums: Between legitimate popular decision-making and populist takeover”, *Deliberative Democracy in the EU Countering Populism with Participation and Debate*, (eds. Steven Blockmans, Sophia Russack), Centar for European Policy Studies, Brussels 2020, 262–264.

[63] K. Collin, 3, 14.

[64] Гласање о уставотворном референдуму у Русији је трајало недељу дана. Детаљније о уставним променама: М. Станић, „Правна анализа најновијих уставних амандмана у Руској Федерацији“, *Српска политичка мисао* 3/2020, 83–104.

[65] T. Schiller, “Conclusions”, *Referendums and Representative Democracy – Responsiveness, accountability and deliberation* (eds. M. Setälä, T. Schiller), Routledge, New York 2009, 211.

2.4. Парадокс уједначавања правила

На одржавање референдума утиче више варијабли, међу којима се нарочито издваја правна регулатива као део процеса институционализације. У већини земаља донети су прописи о референдуму и другим облицима непосредне демократије. У правним системима са конституционализованим референдумом (уставна основа) и одговарајућом подршком у другим прописима, веће су могућности да ће овај механизам директне демократије бити учесталији у пракси.

Критичарима се мора признати да су у праву када наглашавају корелацију правно-политичких претпоставки и праксе референдума. Дефицит владавине права и непоштени избори наговештај су да се не може очекивати да облици непосредног изјашњавања грађана испуне функцију делотворног коректора система представничке демократије. Процедуралне гаранције морају да имају и правну подлогу, па је један од проблема и тај што у компаративном праву, па и у западним демократијама, референдум није адекватно правно институционализован. У упоредном праву постоје правни системи који немају уставну нити законску регулативу о овој институцији.[66] То, свакако, не значи да у овим срединама нема референдума. Ипак, квалитетан правни оквир је нужан предуслов да би референдум носио демократска обележја. Осим тога, релевантна је и теза која указује на то да примена референдума и других институција непосредне демократије изражава степен правне и политичке културе једне земље.[67]

Обим и разноликост институционализације и праксе референдума у уставним системима зависи од низа детерминанти, међу којима се издвајају правна традиција, историјско искуство и политичка филозофија и тип демократије. Референдумско гласање може бити обавезне или факултативне природе, организовано на националном, регионалном или локалном нивоу, претходно или накнадно изјашњавање, консултативног (саветодавног) или обавезујућег карактера, са неисцрпном садржином питања.[68] У Италији, на пример, уобичајен је аброгативни законодавни референдум,[69] у Швајцарској (факултативни и аброгативни), у Француској постоји само факултативан и то под

[66] P. A. Kucherenkoa, B. V. Sangadzhieva, M. C. Velibekova, “Legal Nature and Functions of Referendum in Constitutional Law Theory”, *International Journal of Environmental & Science Education* 16/2016, 8764–8770.

[67] B. Smerdel, 2019, 773.

[68] О различитим уставним решењима у уставима европским земаља: M. Gallagher, 1996, 226–230; В. Микић, 2022, 806–812.

[69] Вид.: V. P. Uleri, 14. Аброгативни референдум је у Италији уведен Уставом из 1946. године, с циљем да представља оружје парламентарне мањине у случају победе комуниста на изборима (M. Laurence, 510).

одређеним условима, а у Србији је карактеристичан уставотворни референдум итд.[70] Уставни референдум прихваћен је у већини земаља, а занимљиво је да се примењује у скоро свакој федералној јединици у Сједињеним Америчким Државама, али не и када се ради о савезном уставу.

Квалитетан правни оквир не значи да је то довољна, већ само основна претпоставка за референдуме. Полазиште Венецијанске комисије је да референдум мора да буде спроведен у складу са одредбама у правном систему и да се не може одржати ако није предвиђен уставом и другим правним изворима. Правни оквир би требало да интегрише добру праксу[71] и примену истих или сличних правила на изборима и референдуму. У оквиру Савета Европе, овом проблему је посвећена пажња у њеним смерницама и препорукама. На основу искуства са референдумом у европским земљама предложена су конкретна решења која би требало интегрисати у националне правне системе. Ове смернице разрешавају и низ дилема као што је начин утврђивања референдумског питања, поступак жалби, финансирање кампање, праг излазности, посебне већине за доношење одлуке итд.[72] Савет Европе се одлучио на овај корак услед забринутости о правичности спроведених референдума у више европских земаља у последњих неколико година.

У Србији је, у складу са смерницама и препорукама Савета Европе, усвојен Закон о референдуму и народној иницијативи 2021. године.[73] На тај начин је промењен превазиђени и архаични правни оквир,

[70] У Србији је уставни референдум одржан 1990, 2006. и 2022. године. Преостали референдуми на републичком нивоу односила су се на питања из области јавне политике (државни симболи, ванредни избори и о међународном посредовању у решавању проблема на Косову и Метохији). Такође, било је и више иницијатива за расписивање референдума. Прикупљање потписа за иницијативу о расписивању референдума о тзв. француско-немачком споразуму за Косово покренула је једна опозициона политичка странка у марту 2023. године, али без значајније политичке подршке других политичких организација и јавности.

[71] V. Beramendi *et al., Direct Democracy – The International IDEA Handbook*, IDEA, Stocholm 2007, 196 *https://www.eods.eu/library/IDEA.Direct-DemocracyEN.pdf*, 25. април 2023.

[72] Види следећа документа Венецијанске комисије: European Commission for Democracy through Law, Revised guidelines on the holding of Referendum; European Commission for Democracy through Law, Code of good practice on Referendums, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008rev-cor-e*, 11. април 2023; Parliamentary Assembly, Resolution 2251(2019), Updating guidelines to ensure fair referendums in Council of Europe member States, *https://pace.coe.int/pdf/5c6e193ee80ddddfddc0a36da8eaf79dece4b8bb0ff172b816217c496eea89da/resolution%202251.pdf*, 26. мај 2023.

[73] Закон о референдуму и народној иницијативу, *Службени гласник РС,* бр. 111/21 119/21.

због неких решења сматран уским грлом за развијање референдумске праксе. Међутим, изјашњавање грађана о уставним амандманима на одредбе о правосуђу одржано 16. јануара 2023. године, упркос примени нових прописа, обиловало је недостацима, а на гласање се одазвао најмањи број бирача у односу на друге одржане референдуме од 1990. године.[74] Последњи уставни референдум у Србији није пример инклузивног и деликативног референдумског процеса. Осим уређених процедуралних правила у складу са владавином права, гарантовања поштене кампање, претходно би требало отворити простор за консензус да ли неко питање из домена јавне политике заслужује да се о њему одлучује на гласању. У супротном, референдум је погодан за манипулацију и може да разори представнички систем и конституционалну владавину.

3. ЗАКЉУЧАК

Референдум је централни механизам непосредне демократије, прихваћен у већини упоредних правних система. У доктрини и пракси, о значају, улози и природи ове институције и даље постоје значајна неслагања, која смо назвали парадоксима. С тим у вези, издвојили смо четири теме: оправданост или легитимност институције, њен развитак, однос са демократијом и хармонизовање правних правила и принципа за њено организовање и одржавање.

Први парадокс разматра добре и лоше стране референдума. Критичари сматрају да треба избегавати примену референдума и других облика непосредне демократије. У прилог таквом схватању изнет је прегршт аргумената, са закључком да због свог манипулативног потенцијала представља опасност по функционисање представничког система. Присталице оспоравају критике, наводећи користи које доноси примена ове институције. Истичу да омогућава успостављање поверења у политичке институције. Такође, погрешно је тражити у њему кривца за кризу демократије, јер доприноси њеном јачању. Ова дебата одвијала се под утицајем искустава у више земаља, али и захваљујући развоју правне и политичке културе, односу политичких снага и идеолошких утицаја.

Други парадокс објашњава тенденцију пораста референдума на глобалном нивоу. Иако су у свакој држави мотиви специфични, издвајају се три групе разлога пролиферације: а) важност питања о коме

[74] M. Radojević, „Pravosuđe i promena ustava“, *Sudski postupak – pravda i pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović* (ur. J. Perović Vujović), Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd 2022, 633.

се одлучује, б) криза парламентарне представничке демократије и политичких институција и в) афирмативнији доктринарни став према овој институцији. Референдум се углавном користи за доношење одлука о промени или доношењу новог устава, територијално-политичким променама, интеграцијама у међународне организације или другим питањима јавне политике. Сходно овом предмету одлучивања разликујемо и типове референдума. Кључни догађај у прихватању институције следио је након престанка хладног рата, у процесу деколонизације и транзиције некадашњих ауторитарних система.

Трећи парадокс бави се корелацијом демократије и развитка референдума. Нема једнозначног одговора – да ли је то демократски инструмент. Народно гласање показује своја два лица, једно у ауторитарним системима, а друго у правним системима са владавином права. Либерална теорија је користила злоупотребу ове институције у недемократским режимима да изнова укаже на близак однос популизма и непосредне демократије. С друге стране, референдум се у демократијама потврдио и као допунски механизам или елемент кочница и равнотеже, повећања одговорности и транспарентности рада државних органа, политичке партиципације грађана, већег учешћа у процесу доношења одлука и управљања.

Четврти парадокс указује на важност институционализације и конституционализације референдума. Правни оквир је један од базичних предуслова за правилну примену ове институције директне демократије. На делотворност референдума утичу и други принципи и претпоставке. Након низа референдума са популистичким обележјима, под окриљем Савета Европе покренут је процес хармонизовања правила за одржавање референдума у земљама чланицама. У више докумената дефинисане су основне препоруке и смернице за регулисање. Иако су неке државе модернизовале своје законодавство о институцијама непосредне демократије, тешкоће се и даље појављују у пракси.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Altman, David, *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge 2011;
2. Beramendi, Virginia, *et al.*, *Direct Democracy – The International IDEA Handbook*¸ IDEA, Stocholm 2007, *https://www.eods.eu/library/-IDEA.Direct-DemocracyEN.pdf*;

3. *Бијела књига – зборник докумената,* Подгорица 2007, *https://www.srpskaistorija.com/bijela-knjiga-kako-je-pokraden-referendum/*;
4. Boyd, Ovid, “Referenda around the World – History and Status of Direct Democracy”, *https://www.democracy.uci.edu/files/docs/conferences/grad/Boyd_Referenda%20around%20the%20World.pdf*;
5. Budge, Ian, “Political Parties in Direct Democracy”, *Referendum Democracy Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns* (eds. M. Mendelsohn, A. Parkin), Palgrave Macmillan, London 2001;
6. Bujuklić, Žika, *Forum Romanum – rimska država, pravo, religija i mitovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2006;
7. Collin, Katherine, “Populist and authoritarian referendums: The role of direct democracy in democratic deconsolidation”, *https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/02/FP_20190226_-direct_democracy_collin.pdf*;
8. De Vergotini, Đuzepe, *Uporedno ustavno pravo,* Službeni glasnik, Beograd 2015;
9. Džamić Vladimir, Pavićević Vladimir, „Referendum kao negacija neposredne demokratije: iskustva Srbije i Crne Gore“, *Međunarodna politika* 1155–1156/2014;
10. Fossedal, Gregory A., *Direct Democracy in Switzerland*, Transaction Publishers, New Brunswick– London 2002;
11. Gallagher, Michael, “Conclusion”, *The Referendum – Experience in Europe*, (eds. Michael Gallagher, Pier Vincenzo Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996;
12. Hague, Rod, Harror, Martin, *Uporedna vladavina i politika – uvod*, Fakultet političkih nauka, Beograd 2014;
13. *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989* (ed. M. Marczewska-Rytko), Barbara Budrich Publishers, Opladen–Berlin–Toronto 2018;
14. Hollander, Saskia, *The Politics of Referendum Use in European Democracies*, Palgrave Macmillan, London 2019;
15. *In Defense on the Founders Republic – Critics of Direct Democracy in the Progresive Era* (eds. L. H. Bailey, J. M. Mileur), Bloomsbury Academic, New York 2015;
16. Kastels, Manuel, *Sunovrat – kriza liberalne demokratije*, Clio, Beograd 2022;
17. Kaufmann Bruno, Büchi Rolf, Braun Nadja, *The IRI Guidebook to Direct Democracy – Switzerland and beyond,* The Initiative and Referendum Institute Europe (IRI), Lucerne 2010;
18. Kucherenkoa, Petr A., Sangadzhieva, Badma V., Velibekova, Murad C, “Legal Nature and Functions of Referendum in Constitutional Law Theory”, *International Journal of Environmental & Science Education* 16/2016

19. Lacey, Robert J., “Elihy Root: Balancing Constitutionalism and Democracy”, *In Defense on the Founders Republic – Critics of Direct Democracy in the Progresive Era* (eds. L. H. Bailey, J. M. Mileur), Bloomsbury Academic, New York 2015;
20. Landi, Giulia, *Secession and Referendum – A new Dimension of International Law on Territorial Changes?*, Firenze University Press, Firenze 2019;
21. Laurence, Morel, “France: towards a less controversial use of the referendum“, *The Referendum – Experience in Europe*, (eds. M. Gallagher, P. V. Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996;
22. Linder, Wolf, *Swiss Democracy – Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, Palgrave Macmillan, New York 2010;
23. Matsusaka, John G., *Let the People Rule – How Direct Democracy can meet the Populist challenge*, Princeton University Press, Princeton 2020;
24. Mendelsohn, Matthew, Parkin, Andrew, “Introduction: Referendum Democracy”, *Referendum Democracy Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns* (eds. M. Mendelsohn, A. Parkin), Palgrave Macmillan, London 2001;
25. Moeckli Daniel, Reimann Nils, *Research Handbook on Secession, 2020* (eds. J. Vidmar, S. McGibbon, L. Raible), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2020;
26. Morel, Laurence, “Referendum”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (eds. M. Rosenfeld and A. Sajó), Oxford University Press, Oxford 2012;
27. Musiał-Karg, Magdalena, “The Role of National Referendum in Central and Eastern European Countries. Selected Experiences”, *Central European Political Studies* 3/2016;
28. Марковић, Горан *Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине*, Службени гласник, Београд 2021;
29. Микић, Владимир *Појмовник европске уставности,* Службени гласник, Београд 2022;
30. Моријак, Франсоа, *Де Гол,* Гутенбергова галаксија, Београд–Ваљево, 1996;
31. Нешковић, Радомир, „Референдум у контексту државотворности народа у Босни и Херцеговини“, *Сварог* 9/2014;
32. *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari* (ur. S. Samardžić), „Filip Višnjić“, Beograd 2001;
33. Pavković Aleksandar, Radan Petar, *Stvaranje novih država – teorija i praksa otcepljenja*, Službeni glasnik, Beograd 2007;
34. Петров, Владан, Симовић, Дарко, *Уставно право,* Службени гласник, Београд 2018;
35. Петровић, Рајко, *Шпанија – сузбијање сецесионизма,* Catena mundi, Институт за европске студије, Београд 2022;
36. Радојевић, Миодраг, „О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости“, *Право између идеала и стварности* (ур. Д. Челић, С. Миљковић), Правни факултет, Универзитет у

Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Институт за упоредно право, Београд 2023;

37. Радојевић, Миодраг, „Референдум у Србији – између народне воље и манипулације“, *Национални интерес* 2/2022;
38. Radojević, Mijodrag, „Pravosuđe i promena ustava“, *Sudski postupak – pravda i pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović* (ur. J. Perović Vujović), Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd 2022;
39. Romac, Ante, *Rječnik rimskog prava,* Informator, Zagreb 1983;
40. Schiller, Theo, "Conclusions", *Referendums and Representative Democracy – Responsiveness, accountability and deliberation* (eds. M. Setälä, T. Schiller), Routledge, New York 2009
41. Setälä, Maija, *Referendums and Democratic Government – Normative Theory and the Analysis of Institutions*, Palgrave Macmillan, London 2016;
42. Slavov, Atanas, "National referendums: Between legitimate popular decision-making and populist takeover", *Deliberative Democracy in the EU Countering Populism with Participation and Debate*, (eds. Steven Blockmans, Sophia Russack), Centar for European Policy Studies, Brussels 2020
43. Smerdel, Branko, „Ustav, populizam i kraj liberalne demokratije – '*Referendumanija*' ugrožava temelje ustavnog poretka“, *Zbornik radova Pravnog fakultetu u Splitu* 4/2019;
44. Syksi, Markku, *Bringing in the People: A Comparasion of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht–Boston–London 1993;
45. Tierney, Stephen, "Reflections on referendums", *International IDEA Discussion Paper* 5/2018, *https://www.idea.int/sites/default/files/publications/reflections-on-referendums.pdf*;
46. Tierney, Stephen, *Constitutional Referendums – The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford 2012;
47. Toplak, Cirila, "Referendum: prednosti i nedostaci", *Političke analize* 4/2013;
48. Trechsel, Alexander H., Kriesi, Hanspeter, "Switzerland: the referendum and initiative as a centrepiece of the political system", *The Referendum – Experience in Europe,* (eds. M. Gallagher, P. V. Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996;
49. Uleri, Vincenzo Pier, "Introduction", *The Referendum – Experience in Europe,* (eds. M. Gallagher, P. V. Uleri), Macmillan Press Ltd, Basingstoke 1996;
50. Walker, Clarence Mark, *The Strategic Use of Referendums: Power, Legitimacy, and Democracy*, Palgrave Macmillan, New York 2003;
51. Wheatley, Jonathan, "The Disruptive Potential of Direct Democracy in Deeply Divided Societies. The Emergence of Direct Democracy – a

Typological Approach”, *Direct Democracy and Minorities* (ed. M. Wilfried), Springer VS, Wiesbaden 2012;

52. Žuber, Bruna, Kaučić, Igor, “Referendum Challenges in the Republik of Slovenia”, *Białostockie Studia Prawnicze* 24/2019;
53. Qvortrup, Matt, “Introduction: Theory, Practice and History”, *Referendums Around the World* (ed. M. Qvortrup), Palgrave Macmillan, London 2018a;
54. Qvortrup, Matt, “Two Hundred Years of Referendums”, *Referendums Around the World* (ed. Matt Qvortrup), Palgrave Macmillan, London 2018б.

Правни прописи

1. Закон о референдуму и народној иницијативу, *Службени гласник РС,* бр. 111/21 119/21;
2. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, 115/21 и 116/22;
3. Устав Француске, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur*;
4. Устав Републике Хрватске, *Народне новине,* бр. 56/90, 135/90, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 и 05/14.

Остали извори

1. European Commission for Democracy through Law, Revised guedelines on the holding of Referendum, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)031-e*;
2. European Commission for Democracy through Law, Revised guidelines on the holding of Referendum; European Commission for Democracy through Law, Code of good practice on Referendums, *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008rev-cor-e*;
3. Ifimes, Slovenija 2022: Referendum kao zloupotreba dozvoljenog demokratskog instrumenta, *https://www.ifimes.org/ba/istrazivanja/slovenija-2022-referendum-kao-zloupotreba-dozvoljenog-demokratskog-instrumenta/5105#*;
4. Parliamentary Assembly, Resolution 2251(2019), Updating guidelines to ensure fair referendums in Council of Europe member States, *https://pace.coe.int/pdf/5c6e193ee80ddddfddc0a36da8eaf79dece4b8bb0ff172b816217c496eea89da/resolution%202251.pdf*;
5. Supreme Court judgment on Scotich independence referendum, *https://commonslibrary.parliament.uk/supreme-court-judgment-on-scottish-independence-referendum/*.

Research Associate Mijodrag Radojević, LL.D.

Institute for Political Studies, Belgrade

THE PARADOXES OF THE REFERENDUMIN MODERN LEGAL SYSTEMS

Summary

The referendum is one of the fundamental mechanisms of direct democracy, and there is no consensus in legal theory about its potential value. Scholars give different in answers to the question of whether this specific popular vote is an instrument of populism or democracy, i.e., whether the referendum compensates for the shortcomings of representative democracy or favors its collapse. Despite their inherent shortcomings, empirical evidence confirms the increasing role of various forms of referendums in modern legal systems in recent decades in the world. The phenomenon of this popularity is explained by the evolution of constitutional democracy, but also by the operation of a complex set of circumstances. On the other hand, the practice of referendums has confirmed the problems related to their maintenance at the national level, especially in the countries of the former Yugoslavia, but also in countries with a democratic tradition. Based on experiences in the development of this institution within the Council of Europe, basic guidelines, recommendations and procedures have been defined. Nevertheless, research and analytical approach are necessary that would point to the other conditions, adapted to the circumstances and topics being decided on in the referendum, as the guarantees that it is an effective tool for supplementing representative democracy.

Key words: *Direct democracy; Representative democracy; Sovereignty; Constitutional referendum; Rule of law*.

ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА /
THEORY OF STATE AND LAW

UDC/УДК 340.12
ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE / *ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД*

Full Professor Csaba Varga, LL.D.

Faculty of Law, Pázmány Péter Catholic University
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest

RECHTSDOGMATIK AND ITS PLACE IN PRACTICAL AND THEORETICAL JURISPRUDENCE

Legal doctrine, doctrine juridique, or, as termed in its specialised German cultivation–Rechtsdogmatik, by transforming the given texture of the law into a logically organised conceptual system, will result in changes not of the law per se but its understanding as well. Thereby, it duplicates the legal phenomenon, giving mere drafted wordings conceptuality and systematicity. The paper overviews the novelty, formative role, understanding as a tentative scheme, and scientific status of the doctrinal work on law. Considering the fact that law itself is neither theoretical in its nature nor a directly scientific product, but is a practical category, the doctrinal study of law is not "cognitively recognized". Consequently, none of its results can be verified or falsified. It is fundamentally a parasite: a collateral entity contingent on the law in force and guidance on how to understand the latter.

Key words: Languages of law; Doctrinal study of law; Ius/lex; Rules/norms; Conceptualisation; Systemicity; Law / The Law.

*** * ***

Inquiries into the languages of law[1] have long revealed that beyond the law (as law in books) and its juridical application (as law in action) themselves,[2] one may add both the doctrinal study of law and legal scholarship to the former as further representations of what the law is, each of them using somewhat differing languages. Basically, within the domain of law,

Czaba Varga, *varga@jak.ppke.hu.*

[1] B. Wróblewski. *Język prawny i prawniczy* [Language of law and of lawyers], Polska Akademia Umiejętności, Kraków 1948.

[2] R. Pound, "Law in Books and Law in Action", *American Law Review* 44/1910, 12–36.

in a strict sense there is nothing but mere words. They are used as speech-acts, to represent and operate the law's working. In practice, this is a discourse wherein terms of law are treated and processed.[3] When approached from the perspective of either the doctrinal study of law or legal scholarship, those terms (together with their conceptual representations) will be seen as a *meta*-conglomerate, that is, a re-formulation at a higher, systemic level. This will be the law's *meta*-system provided by its intellectual processing, by which that what has been authoritatively manifested by its by-chance formulation as the posited text of the law comes now digested in, as organized into and reconstructed within a coherent conceptual system, mainly by means of linguistic-logical analysis.[4]

1. THE LAW'S DOCTRINAL TREATMENT

The law's doctrinal study is practically coeval with law. Once law gets objectified and positivated, discourses on what it exactly is (i.e., stands for as applicable *hic et nunc*) are necessarily expressed in statements at a *meta*-level to it.

In Roman legal development, statements of and on law were still mostly in direct transmutation into one another. Early dogmatics in separation could have a start later, with the emergence of the differentiated role of jurisprudents only. From the reception of Roman law, it had started what became *pandectism* at an ulterior time. And from modern times, with codification either achieved (as in France) or in want but badly needed (and the lack of which was filled by doctrinal work in Germany), two narrowly positivistic stands came to being, the *exegetic school*, reducing legal scholarship to the valid law's mere textual analysis and the *jurisprudence of concepts*, reducing whatever analysis of law to mere abstract conceptual schemes.

The doctrinal study of law stands for practical action itself as part, extension, or completion of treating whatever law-posited text taken as the embodiment of the law-i.e., acknowledging anything as legal [*ius*] only provided that it can be deduced from the legal [*lex*] - and thereby treating law-texts as the starting point of all departures in and reflective exercises on law. When by critical analysis and systemic reinterpretation dogmatists produce linguistic-logical projections on such texts, they reconceptualise

[3] Cf. C. Varga, "Hermeneutics of the Law", *Public Governance, Administration and Finances Law Review* 7/2022, 77–90.

[4] For a first approach to, resp. treatment in depth of, the whole problematics, see, by C. Varga, "Doctrine and Technique in Law", *Iustum Aequum Salutare* 4/2008, 23–37 and C. Varga, "Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics)", *Acta Juridica Hungarica* 49/2008, 253–274.

their word-use, resolve latent contradictions, fill in obvious gaps, by completing the conceptual framework within which the given rules/norms do apply. By giving professional meaning to terms used by law-posited texts according to one logic, they produce a coherent system by their linguistic-logical operation. Thereby *Rechtsdogmatik* is in fact reconstructing and also conceptually formulating the systemic idea which may have governed the thought patterns of those having drafted the law. Considering the fact that from the historically cumulated amalgamate of the body of the law more than one reconstructions can be achieved, rivalling systemic constructs may emerge. These are singularly authored ones, even if mostly produced by a historical chain of authoring.

2. NOVELTY

According to usual definitions, "Legal doctrine in Continental European law (*scientia iuris*) consists of professional legal writings, e.g., handbooks, monographs, etc., whose task is to systematize and interpret valid law. By production of general and defeasible theories, legal doctrine aims to present the law as a coherent net of principles, rules, meta-rules, and exceptions, at different levels of abstraction, connected by support relations."[5] Accordingly, the outcome will be "a system of sentences by the help of which the valid law is conceptually and systematically processed and traced back to more abstract institutions in order to control its application".[6] Or, simplified for the French tradition, "Legal doctrine denotes all opinions (writings, commentaries, theories, etc.) given by academics and jurists."[7]

Considering that "the essence of jurisprudential dogmatics lies in the systematic assignment of the individual case to basic rules and basic principles on the basis of the valid law",[8] and that its tools, conceptualisation and abstraction, are "propositions for the understanding […]; a factor for coordinating […], the value of which is measured by its usefulness in ex-

[5] *Ibid.*

[6] "Ein System von Sätzen mit denen das geltende Recht begrifflich-systematisch durchdrungen und auf abstraktere Institute zurückgeführt wird, um so seine Anwendung zu steuern." – U. Volkmann, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", *Juristenzeitung*, 60/2005, 262.

[7] "Doctrine juridique française", *https://fr.wikipedia.org/wiki/Doctrine_juridique-_française*, last visited 10 November 2022 [„la doctrine juridique désigne l'ensemble des opinions (écrits, commentaires, théories, etc.) données par les universitaires et les juristes."]

[8] R. Stürner, "Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik", *Archiv für die civilistische Praxis*, 214/2014, 11 [„Allgemein gesagt liegt das Wesen rechtswissenschaftlicher Dogmatik in der systematischen Zuordnung des Einzelfalles zu Grundregeln und Grundprinzipien auf der Basis des geltenden Rechts."].

plaining […]",[9] doctrinal study may and will rightly seem to be hardly more than an explanatory framework attached exteriorly and posteriorly to the law. But, as the question may be raised, by whom and to whom? By and to anyone who is addressed by or interested in it. And, as continued, whose order is it to represent? Roughly speaking, no one's in person, but in the name of law taken as an institution embedded in and lived for by a given culture.

For law by itself is just a set of words, silent like a rock, until addressees start making it speak for - and by and within - that culture. Law is not even a conceptual phenomenon by itself (even if its wording is already based on some conceptualising tradition); its thoroughgoing coherent systemic conceptualisation can only be a posteriorly added product.

At the same time, this is a most intricate, composite process, in which neither points of departure nor axiomatic bases are in anticipation given. All particles and elements drawn from the laws' terms are just variables in a huge reconstructive game, to be positioned in one or another way for that it can be ascertained what their systemic identity will have been from the beginning. When conceptualising, first we create some taxonomy out of the law's text. However, forming taxonomic units is potentially in a constant change and flux, since the matter of what and at which level will become a taxonomic identifier is contingent on the whole structure's internal dynamic as seen by its actual reconstruction operator; and the issue of what will function in quality of exactly what will have only been defined in the end, by - and in function of - the entire contexture of the system (involving the issue as well, e.g., which is to stand for a rule or a principle, or whether some same words used in various law texts will indeed have identic or differing meanings).[10] And such taxonomic *locus/loci* will turn to be decisive when consequences prescribed by the law are to be drawn, when classifying an event.[11]

In sum, something new will be the result of mental operations using conceptual division, classification, categorisation, and hierarchisation. For

[9] S. Ehrlich, "On the So-Called Legal Dogmatics, Sociology of Law and Political Science (A Polemic Paper)", *Polish Round Table* 1/1967, 125.

[10] Cf. C. Varga, "Structures in Legal Systems: Artificiality, Relativity, and Interdependency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context", *Acta Juridica Hungarica*, 43/2002, 219–232 as well as in O. Moréteau & J. Vanderlinden, *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles 2003, 291–300.

[11] As the example by T. Koopmans, "Denken en doen in het recht" [Thinking and doing in law], in *Juridisch stippelwerk*, Kluwer, Deventer 1991, 68 shows, "If biologists classify a whale as a mammal instead of as a fish, nothing changes in the world of facts [...]. But if jurists qualify a barstool as a movable object and not as an immovable, they mean to say that in case of insolvency of the pub owner, it is not the bank that as mortgagee is entitled to the stool, but the brewery".

it is conceptualisation within a systemic idea that will serve as the foundation of the law's *meta*-system.

3. FORMATIVE ROLE

Thanks to doctrinal work in *Rechtsdogmatik*, a new quality is brought into being. This, by "redescribing" the corresponding legal area in a "clearer context",[12] makes "the law more coherent than mere legislation-cum-judicial practice is".[13] As an exemplification taken from the Common Law world holds, "Behind the facade of simply describing what the law was, deriving it in the most orthodox way from the reported decisions of the courts, [legal writers] gave it a structure that English law had not previously had. In a sense they brought nothing new to the law, in that all the principles so demonstrably introduced from abroad could easily be identified somewhere in the English case law. On the other hand, and what was new, though, they elevated these principles to the status of doctrinal orthodoxy. As doctrinal orthodoxy these principles could both influence the way in which lawyers thought about the law and the way in which the more concrete rules of law were framed."[14] By the very acknowledgment of the fact that "Legal doctrine sets the terms for future resolution of cases in an area",[15] it is assumed to operate in function substitutive to clearly defined rules and standards where they are missed in the Common Law.

In a timeline perspective, the doctrinal reconstruction of the law offers a conceptual framework in which the very same law is reflected as a logically structured system. In a longer run, once accepted, this reflection will form the basis and framework of any imagination of law as well, causing

[12] C. P. Wells, "Langdell and the Invention of Legal Doctrine", *Buffalo Law Review* 58/2010, 617.

[13] A. Peczenik, "A Theory of Legal Doctrine", *Ratio Juris* 14/2001, 94.

[14] D. Ibbetson, "Legal Printing and Legal Doctrine", *Irish Jurist* 35/2000, 351–352. Anyhow, Common Law is specific in that its doctrines are mostly engendered by the analysis of precedents. This results both in that "doctrinal choices in fact matter in judicial decisionmaking" and that "[j]udges create new doctrine all the time." Cf. E. Tiller, F. B. Cross, "What is Legal Doctrine", *Northwestern University Law Review* 100/2006, 527 and E. Rubin, M. Feeley, "Creating Legal Doctrine", *Southern California Law Review* 69/1996, 2037, respectively. It means that the casual aggregate of precedents is arranged, conceptualised and completed through its doctrinal elaboration in the Common Law world. Or, as it is noticed of the historically accumulated mass of precedents, "if the index to a book is complete and accurate, it may not matter that the table of contents discloses profound disorder." T. Weir, "The Common Law System", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification; Chapter 2: Structure and the Divisions of the Law, Mohr, Tübingen & Mouton, The Hague 1974, 79.

[15] E. Tiller, F. B. Cross, 527.

this to prevail in defining the mental channels and patterns within which law is thought when applied and about which law is thought when remade, that is, in a perspective of both *de lege lata* and *de lege ferenda* considerations.

It is precisely in the sense above that one may ascertain that legal dogmatics has an "ordering and stabilising" function in *complemental* parallelity;[16] accordingly, "[t]he doctrine is consubstantial with the law";[17] because, in an irreversibly progressing process in time continuation, "law is not simply [any longer - Cs.V.] a body of rules: it is a body of reasoned doctrines that are interconnected and interrelated."[18] Or, in a historical perspective, from the birth of reconstructive doctrinal elaboration, the law given at any time and its doctrinal counterpart are mutually preconditioned. That is why the doctrinal instantiation of the law always claims to be final but finite in its given state, even if it may or will in fact reopen the next moment. Or again, as it has been sharply formulated, "legal doctrine takes part in the production of law".[19]

Thereby doctrinal research plays a creative role in the development of the axiomatics of law, in its timely completion. The cultivation of legal dogmatics is a practical step in the direction of the once positivism's geometrical ideal of law,[20] owing to its identifying laws' words (expressions or substitutes) as embodying or representing some conceptuality; searching for and reconstructing an order for the random and contingent texts positivated as the law; and arranging the latters' composing parts as transformed into some quasi axiomatic systemicity.

And it may make a balance that since the earliest time of legal development, the law's doctrine has ever operated with whatever material avail-

[16] N. Jansen, "Rechtsdogmatik im Zivilrecht", *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, *http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht*, last visited 10 November 2022 [„ordnende und stabilisierende Rekonstruktion"].

[17] A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle (1ère partie)", *Les Petites affiches* 2002, 4 [„la doctrine est consubstantielle au droit"].

[18] G. Lamond, "Analogical Reasoning in the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 34/2014, 581.

[19] J. Chevallier, "Doctrine juridique et science juridique", *Droit et Société* 50/2002, 103.

[20] Cf., e.g., W. Röd, *Geometrischer Geist und Naturrecht: Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1970.

able. For, thanks to generalisation and extrapolation, it is capable of producing perfect systemicity out of almost anything.[21]

4. AS A TENTATIVE SCHEME

As to the timely products of the doctrinal study of law, neither any attempt nor the timely cumulation of efforts at perfection is logically necessary but is alternative and competing. There are always theoretical possibilities. All they are "open to constant correction",[22] for law withstands to be locked in an idealistically perfect, finished and closed system,[23] due to the fact that as a practical action, it responds to particular varying challenges.[24]

In the case of concurrence, the issue will be decided by *volitio*, helped by pragmatically oriented systemic considerations. "Being reasonable is weighing and considering all reasons, not merely the reasons some methodology or epistemology or logic claims to be stations of the cross along the one pass to Justified True Belief."[25] Moreover, "Juridical rationality basically lies not in individual consciousness but in an institutional process, organized according to the legally prescribed division of labor."[26] This accords to the truth according to which whatever is justifiable is justifiable on the basis of the background network of actual timely acceptances and preferences.[27]

And indeed, legal dogmatics' relative permanence in whatever time section is a function of the chosen perspective. Once we are to see it in some historical continuum, we recognise that we are faced with a progressive chain of development.

---

[21] Classically, this is exemplified by the long and successful usage, and the record of various reception stories, of a most casuistic monster, the General State Laws for the Prussian States (*Allegemeines Landrecht für die Preußische Staaten*, 1791).

[22] S. Ehrlich, 125.

[23] For the limits of axiomatism in law, cf. C. Varga, "The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion", *Acta Juridica Hungarica* 50/2009, 1–30.

[24] A challenge may simply call for a change in the normative content, but it may also require a legal response to a new factual situation (either a new combination of known facts or the emergence of previously unknown facts).

[25] D. N. McCloskey, *The Rhetoric of Economics*, University of Wisconsin Press, Madison 1985, 51–52.

[26] H. Schelsky, *Die juridische Rationalität*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980, 7 [„Die juridische Rationalität entsteht […] grundsätzlich nicht im Einzelbewußtsein, sondern in einem institutionellen, nach Regeln arbeitsteilig organisierten Prozeß."].

[27] K. Lehrer, *Self-Trust: A Study of Reason, Knowledge, and Autonomy*, Clarendon Press, Oxford 1997, 3.

5. SCIENTIFIC STATUS

In contrast to the 19th century ideal of continental jurisprudence, which found its advocates until almost recently,[28] law itself is neither theoretical in nature, nor a directly scientific product. It is *practical* a category. Consequently, the doctrinal study of law does not "cognitively recognize". Consequently, none of its results can be verified or falsified. What is more, it is fundamentally a parasite: an entity contingent on the law in force, a guidance on how to understand the latter.

Its potential implied is not of a material or objective nature, at least not in the sense of describing independently existing (prevailing) entities. Essentially, by the law's conceptualisation we are creating a collateral entity.[29] This is why there can be a standing competition amongst players of the 'law' for becoming the agent who will master its practical life as well, through dominating its dogmatics.

In sum, the doctrinal study of law cannot be a scientific field on its own. As a reflection on what is positivated as valid law, it is just a function of the law, given at any time. This is why it might rightly be asserted: "Three words amended by the legislator and whole libraries become wastepaper!"[30] It concludes therefrom that "One can hardly give the attribute of science to a skill, the accomplishments of which can be annulled at any time by *extrascientific* intervention. 'Legal dogmatics' is neither a theoretical nor an applied science. In fact, it is no science at all."[31] Perhaps "by means of criteria of clarity, precision and coherence" it can perhaps be qualified as "objective or at least intersubjective."[32]

Sometimes doctrinal work on law is rightly compared to theologies constructed upon godly revelations, that is, to the reasonable human search for decoding, and giving meaning to, some holy text, in order to under-

[28] Perhaps most effectively, see A. Peczenik, *Wartosc naukowa dogmatyki prawa: Praca z zakresu porównawczej metodologii nauki prawa* [Scientific value of legal dogmatics: On comparative methodology of the science of law], Nakl. Uniw. Jagiellonskiego, Kraków 1966.

[29] Cf. C. Varga, *The Paradigms of Legal Thinking*, Szent István Társulat, Budapest 2012, in particular para. 2.3.

[30] J. H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848, reprint Freiburg–Berlin 1990, 23 [„Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur!"].

[31] S. Ehrlich, 114.

[32] A. R. Mackor, "Legal Doctrine As a Non-Normative Discipline", *https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2012/1/ReM_2212-2508_2012_ 002_001_003 Facts and Norms in Law*, last visited 10 November 2022, reprinted in *Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method* (eds. S. Taekema, B. van Klink, W. de Been), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016, 127–149.

stand its self-imposing authoritativity.[33] In addition, it is benevolently characterised by modelling representation as well, likened to the methodical approach characteristic of theoretical economics.[34]

There remains, however, a basic difference when any kind of analogy in outlook, approach or method is drawn between the doctrinal study of law, on the one hand, and theology and theoretical economics, on the other. Namely, legal doctrine is self-limiting and self-reducing from the outset, an abstractly sterilised analysis of nothing but the law's own texture, with no grounding in any factual contexture, albeit - as the old maxim on law's dependence on the case's facts (*ius in causa positum*)[35] suggests - it is, in the end, exclusively given with the facts.[36] For "Rules are not self-applying, as Wittgenstein noted, and their application is therefore intrinsically mixed with the facts of the case or, in other words, its context."[37]

6. CONCLUSION

Or, summing up theoretical developments within the topic, as a result of doctrinal working on law in *Rechtsdogmatik*, changes will occur not in law but in its understanding. Doctrine, by transforming the given texture of the law into a logically organised conceptual system, "supplies the lan-

[33] Cf. J. Kraft, "On the Methodical Relationship between Jurisprudence and Theology" ["Über das methodische Verhältnis der Jurisprudenz zur Theologie", *Revue internationale de la théorie du droit* 3/1928–1929, 52–56], transl. N. Duxbury, *Law and Critique* 4/1993, 118: "The dogmatics of law and religion are neither theoretical-empirical nor pure-rational disciplines, but depictions of systems of legal or religious ordinances as if their objectivity were beyond doubt. Thus, dogmatics is generally the depiction of a system of arbitrary propositions as a system of objective judgements."

For a-rational motifs and even formulations abundant in judicial decision-making practice, too, see, among others, J. M. T. Labuschagne, "Juridiese denkpatrone as oorblysfels van oerreligieuse rites: 'n Regsantropologiese perspektief op die behoefte aan angswerende meganismes by respraak" [Patterns of legal thought as remnants of primitive religious rituals: An anthropo-legal perspective on the need for anxiety averting mechanisms in judicial decisions], *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 65/2002, 539–555.

[34] Cf. C. Varga, "A jogtudomány természete (Komplexitás, modellértékűség: eszmények, korlátok)" [The nature of legal scholarship (Complexity and modelling function: Ideals and limits)], *Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies* 5/2016, 309–325.

[35] D.9.2.52.2 in *The Digest of Justinian* (ed. A. Watson), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1985.

[36] W. Twining, *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Clarendon Press, Oxford & Oxford University Press, New York 1997, 26–28.

[37] M. A. Loth, "Private Law and the Limits of Legal Dogmatics', *Facing the Limits of the Law* (eds. E. Claes, W. Devroe, B. Kiersbilck), Springer-Verlag, Berlin–Heidelberg 2009, 26, with reference to L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford 1978, para. 84–87.

guage of legal - or rather, judicial - decisionmaking".[38] Thereby it duplicates the legal phenomenon, giving mere wordings conceptuality and systemicity.

.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. *Allegemeines Landrecht für die Preußische Staaten*, 1791.
2. Chevallier, Jacques, "Doctrine juridique et science juridique", *Droit et Société* 50/2002;
3. Doctrine juridique française, *https://fr.wikipedia.org/wiki/Doctrine_-juridique_française*;
4. Ehrlich, Stanislaw, "On the So-Called Legal Dogmatics, Sociology of Law and Political Science (A Polemic Paper)", *Polish Round Table* 1/1967;
5. Gordon, Robert W., "Lawyers, Scholars, and the 'Middle Ground'", *Michigan Law Review* 1993;
6. Ibbetson, David, "Legal Printing and Legal Doctrine", *Irish Jurist* 35/2000, 345–354.
7. Jansen, Nils, "Rechtsdogmatik im Zivilrecht", *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, *http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht*, last visited 10 November 2022.
8. Koopmans, Tim, "Denken en doen in het recht" [Thinking and doing in law], in *Juridisch stippelwerk*, Kluwer, Deventer 1991;
9. Kraft, J., "On the Methodical Relationship between Jurisprudence and Theology" ["Über das methodische Verhältnis der Jurisprudenz zur Theologie", *Revue internationale de la théorie du droit* 3/1928–1929, 52–56], transl. N. Duxbury, *Law and Critique* 4/1993;
10. Labuschagne, J. M. T., "Juridiese denkpatrone as oorblysfels van oerreligieuse rites: 'n Regsantropologiese perspektief op die behoefte aan angswerende meganismes by respraak" [Patterns of legal thought as remnants of primitive religious rituals: An anthropo-legal perspective on the need for anxiety averting mechanisms in judicial decisions], *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 65/2002;
11. Lamond, Grant, "Analogical Reasoning in the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 34/2014;
12. Lehrer, Keith, *Self-Trust: A Study of Reason, Knowledge, and Autonomy*, Clarendon Press, Oxford 1997.

[38] R. W. Gordon, "Lawyers, Scholars, and the 'Middle Ground'", *Michigan Law Review* 1993, 2078.

13. Loth, Marc A., "Private Law and the Limits of Legal Dogmatics', *Facing the Limits of the Law* (eds. E. Claes, W. Devroe, B. Kiersbilck), Springer-Verlag, Berlin–Heidelberg 2009;
14. Mackor, Anne Ruth, "Legal Doctrine As a Non-Normative Discipline", *https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2012/1/ReM_2212-2508_2012_002_001_003 Facts and Norms in Law*, reprinted in *Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method* (eds. S. Taekema, B. van Klink, W. de Been), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016;
15. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, Anne, "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle (1ère partie)", *Les Petites affiches* 2002;
16. McCloskey, Donald N., *The Rhetoric of Economics*, University of Wisconsin Press, Madison 1985;
17. Peczenik, , *Wartosc naukowa dogmatyki prawa: Praca z zakresu porównawczej metodologii nauki prawa* [Scientific value of legal dogmatics: On comparative methodology of the science of law], Nakl. Uniw. Jagiellonskiego, Kraków 1966.
18. Peczenik, Aleksander, "A Theory of Legal Doctrine", *Ratio Juris* 14/2001;
19. Perelman, Chaim, "Avoir un sens et donner un sens", *Logique et Analyse* 5/1962;
20. Pokol, Béla, *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie: Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*, Schenk Verlag, Passau 2012.
21. Pound, Roscoe, "Law in Books and Law in Action", *American Law Review* 44/1910;
22. Röd, Wolfgang, *Geometrischer Geist und Naturrecht: Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1970;
23. Rubin, Edward, Feeley, Malcom, "Creating Legal Doctrine", *Southern California Law Review* 69/1996;
24. Schelsky, Helmut, *Die juridische Rationalität*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980;
25. Stürner, Rolf, "Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik", *Archiv für die civilistische Praxis*, 214/2014;
26. *The Digest of Justinian* (ed. A. Watson), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1985;
27. Tiller, Emerson, Cross, Frank B., "What is Legal Doctrine", *Northwestern University Law Review*, 100/2006, 517–534;
28. Twining, William, *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Clarendon Press, Oxford & Oxford University Press, New York 1997;

29. Varga, Csaba, "A jogtudomány természete (Komplexitás, modellértékűség: eszmények, korlátok)" [The nature of legal scholarship (Complexity and modelling function: Ideals and limits)], *Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies* 5/2016;
30. Varga, Csaba, "Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law", *Acta Juridica Hungarica* 48/2007;
31. Varga, Csaba, "Doctrine and Technique in Law", *Iustum Aequum Salutare* 4/2008;
32. Varga, Csaba, "Hermeneutics of the Law", *Public Governance, Administration and Finances Law Review* 7/2022;
33. Varga, Csaba, "Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics)", *Acta Juridica Hungarica* 49/2008;
34. Varga, Csaba, "Structures in Legal Systems: Artificiality, Relativity, and Interdependency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context", *Acta Juridica Hungarica*, 43/2002 as well as in *La structure des systèmes juridiques* (eds. O. Moréteau & J. Vanderlinden), Bruylant, Bruxelles 2003;
35. Varga, Csaba, "The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion", *Acta Juridica Hungarica* 50/2009;
36. Varga, Csaba, *The Paradigms of Legal Thinking*, Szent István Társulat, Budapest 2012;
37. Volkmann, Uwe, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", *Juristenzeitung* 60/2005;
38. Von Kirchmann, Julius Herman, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848, reprint Freiburg–Berlin 1990.
39. Weir, Tony, "The Common Law System", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification; Chapter 2: Structure and the Divisions of the Law, Mohr, Tübingen & Mouton, The Hague 1974;
40. Wells, Catharine, "Langdell and the Invention of Legal Doctrine", *Buffalo Law Review* 58/2010;
41. Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford 1978;
42. Wróblewski, Bronisława, *Język prawny i prawniczy* [Language of law and of lawyers], Polska Akademia Umiejętności, Kraków 1948.

Проф. др Ксаба Варга, професор емеритус

Институт за правну филозофију Католичког универзитета Мађарске, Будимпешта, Институт за правне студије Центра за друштвена истраживања Мађарске академије наука, Будимпешта

ПРАВНА ДОГМАТИКА И ЊЕНО МЈЕСТО У ПРАКТИЧНОЈ И ТЕОРИЈСКОЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ

Сажетак

Правна доктрина (француски: *doctrine juridique*, њемачки: *Rechtsdogmatik*), преображава правне текстове у логички срећену цјелину, што не доводи до мијењања права него до промјена у разумијевању права. Тиме се удвостручује правни феномен будући да се правне формулације концептуализују и систематизују. У раду се прво разматра иновативни допринос правне доктрине који се огледа у томе да концептуална подјеле, класификације, категоризације и хијерархизације увијек резултирају новим увидима који представљају основ за поимање права као мета-система. Затим се анализира допринос правне доктрине у изградњи правног система као логички кохерентне цјелине и њен допринос стварању принципа који добијају статус доктринарне ортодоксије. Усљед тога, право више не представља само скуп правила него је и оно скуп рационалних доктрина које су повезане и испреплетане, па се понекад тврди да доктрина учествује у стварању права тј. довршава изградњу права. Исходи доктринарних разматрања нису логичка нужност него имају алтернативан и конкурентски карактер и увијек могу да се коригују. Будући да право само по себи није ни теоријског карактера нити је директан продукт науке, него је практична категорија, доктринарно проучавање права није „пуко сазнавање". Посљедично, резултати до којих се долази не могу да се потврде или оповргну. Доктринарно проучавање права је, суштински, паразит: колатерални ентитет који зависи од важећег права, оно је упутство како да се то право разумије. Дакле, доктринарно проучавање права не може да буде научна област јер се својство науке тешко може приписати вјештини чија се достигнућа могу поништити ваннаучном интервенцијом творца права, нпр. законодавца.

Кључне ријечи: *Језик права; Доктринарно проучавање права; Ius/lex; Правила/норме; Концептуализовање; Систематизовање; Закон/право.*

UDK/UDC 340.132
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

Prof. dr Mirjana Nadaždin Defterdarević

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

U POTRAZI ZA PRAVIM ZNAČENJEM PRAVNOG PRAVILA

Rad je posvećen pitanju utvrđivanja pravog značenja pravne norme tumačenjem i razumijevanjem njenog sadržaja. Kako se subjekat koji je stvorio pravnu normu i subjekat koji je primjenjuje najčešće razlikuju, i kako između trenutka donošenja i trenutka njenog praktičnog aktueliziranja redovno postoji neki kraći ili duži vremenski interval, a imajući uz to na umu da nas pravna norma uvijek suočava sa nesavršenošću svog autora i nesavršenošću opšte prirode pravne norme, te da se društveni odnosi koji su njom normirani mijenjaju i da društvene vrijednosti koje ona emanira nipošto nisu stalne, sve to čini neminovnim da se pravna pravila nužno moraju uvijek iznova tumačiti da bi se razumio njihov cilj i opravdala njihova aktuelnost. Obrazlažući nužnost postupka tumačenja, praveći osvrt na pojedine pristupe odabrane u tu svrhu, bez namjere da postupak tumačenja i razumijevanja pravnog sadržaja predstavi u svoj njegovoj složenosti, rad se bavi pitanjem koliko pravo raspolaže pouzdanim instrumentarijem za utvrđivanje pravog značenja pravne norme, koliko se i kako pristup tumačenju vremenom mijenjao i koji su i kakvi bili stvarni efekti tih promjena. Osvrt koji rad pruža prati različite pristupe tumačenju pravnog sadržaja od pravne hermeneutike, metoda tumačenja, pravne argumentacije i njene primjene kao diskurzivne tehnike, sve do nove retorike. Teorijskopravni pristup u eksplikaciji teme temelji se na primjeni dogmatskog, teleološkog, aksiološkog i sociološkog metoda.

Ključne riječi: Pravna norma; Tumačenje prava; Metode tumačenja; Pravni argumenti; Diskurzivni karakter argumentacije; Nova retorika.

1. UVOD

Misaonu djelatnost kojom se utvrđuje značenje neke nejasne ili višeznačne poruke, polazeći od njenog materijalnog supstrata i od njenog druš-

Mirjana Nadaždin Defterdarević, *nadazdin.defterdarevic@unmo.ba*.

tvenog konteksta, nazivamo tumačenje.[1] Vještina ili umijeće tumačenja, u najširem smislu, naziva se hermeneutika. Preciznije određen pojam hermeneutike nije jedinstven, te ga nalazimo određenog kao posebnu metodu naučnog istraživanja, prilagođenu zahtjevima društvenih i humanističkih disciplina, kao filozofski pristup kojim se istražuje smisao neke pojave u njenom historijskom kontekstu, ili kao niz pravila kojima raspolaže tumač „starih i uzoritih tekstova koji mu pomažu da shvati njihov sadržaj“.[2] Hans-Georg Gadamer, jedan od najpoznatijih teoretičara hermeneutike, hermeneutiku određuje je kao vještinu razumijevanja.[3]

U svojim počecima hermeneutika se vezala za oblast teologije (hermeneutica sacra) i filologije (hermeneutica profana). Tradicionalno je bila usmjerena na tumačenje Svetog pisma ili zakonskih tekstova (egzegeza). Sadržaj kome je hermeneutika najčešće usmjerena je pisana riječ, tekst, zapravo svaki iskaz primjeren da se njime prenese poruka - smislena poruka čiji dijelovi su povezani u funkcionalnu cjelinu u kojoj oni koji je tumače pokušavaju otkriti njeno pravo značenje.

Cilj hermeneutike je pronalaženje argumenata za tumačenje koje bi bilo u skladu sa doslovnim sadržajem poruke/teksta, koga značenja prevazilaze, jer u svakom vremenu poruka koja se tumači ima i nove savremenike i nove tumače. Osnovno načelo hermeneutike, kome je ostala vjerna još od antike, je da tekst koji se tumači treba tumačiti kao cjelinu uvažavajući okolnosti u kome je nastao. Tumačeći sadržaj teksta tumač postavlja pita-

[1] N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split 1981, 289.

[2] D. Vrban, *Država i pravo*, Golden mrketing, Zagreb 2003, 574.

[3] Međutim, hermeneutika se može definisati i kao vještina tumačenja i izlaganja ili teorija izlaganja, kao umovanje o uslovima i normama razumijevanja i njegovog jezičkog iskazivanja, kako to čini Ljubomir Tadić, dok će za Fridriha Šlajermahera (Fridrich Schleiermacher), koji se opravdano smatra klasikom hermeneutike, hermeneutika biti savremena teoriju izlaganja, tumačenja i razumijevanja.

Vilhelm Diltaj (Wilhelm Dilthey) hermeneutiku će odrediti kao vještinu razumijevanja pismeno utvrđenih životnih ispoljavanja koja će postati „metodski osnov tzv. duhovnih nauka“. Time hermeneutika napušta oblast jezika i govora, u kojoj je ponikla, i široko zahvata čitavo raznovrsno područje životnih manifestacija. Za Diltaja hermeneutiku određuje odgovor na pitanje kako jedna individualno oblikovana svijest, jedna strana i drugačija individualnost, može doprinijeti objektivnom saznanju.

Razumijevanje individualnog rješava se kroz pitanje o istini i smislu opšteg važenja.

Stvarne kategorije života za njega su hermeneutičke kategorije razumijevanja života.

Radikalno proširivanje Šlajermaherovog koncepra hermeneutike u opštu metodologiju tzv. duhovnih nauka, koje je Diltaj ovako načinio, slijedio je Hajdeger svojom hermeneutikom tubivstva. On razumijevanju daje obilježje smisla djelovanja, čime ono dobija značenje projekta, pridajući mu i pojam tumačenja, istina bez jasne razlike u njihovom značenju.

Ovaj reprezentativni prikaz razvoja hermeneutike ponovo nas vraća Hansu-Georgu Gadameru koji otvaranju i ostvarivanju hermeneutičke dimenzije u njenom potpunom obimu pretpostavlja zadatak razumijevanja svijeta.

nja jer „Tekst (se) može shvatiti jedino shvatimo li pitanje na koje je taj tekst odgovor“.[4]

I pravo je, kao i sve kulturne pojave, predmet tumačenja. Tumačenje prava domen je pravne hermeneutike, a predmet tumačenja su pravne odredbe, odnosno rečenice kojima su izražene pravne norme.[5]

Iako je nužnost hermeneutičke vještine za pravo prepoznata još u antičkom dobu, o čemu svjedoči Aristotelova praktična filozofija, novija pravna nauka praktični značaj hermeneutike ponovo prepoznaje tek Gadamerovom zaslugom – njegovim isticanjem tekstualne forme prava podesne za njenu primjenu. Za Gadamera hermeneutika je univerzalna disciplina i svojevrsna obnova praktične filozofije.[6]

Izrazito naklonjena hermeneutičkom pristupu pravu bila je njemačka pravna misao, i teorijskopravna i filozofskopravna, nudeći čitav niz međusobno različitih pristupa. Artur Kaufman (*Kaufmann*) svoj pristup hermeneutici temeljio na čistoj pravnoj ontologiji, za razliku od Jozefa Esera (*Joseph Esser*) koji se opredijelio za metodološki pristup. Njegov koncept „predrazumijevanja“ sugeriše da otkrivanje sadržaja tumačene poruke nije puka reprodukcija već je rezultat/refleksija pretpostavki sa kojima tumačenju pristupa onaj ko sadržaj tumači (razumije). Ovim je naglašen uticaj historijske i društvene uslovljenosti pravnog sadržaja.

Bitno različit koncept tumačenja normativnih tekstova ponudio je V. F. Miler (*Mueller***)** u svojoj „normativnoj konkretizaciji“ u kojoj su integrisana dva aspekta: tumačenje teksta, te pravnopolitički i idejnotehnički jezički elementi znanja o pravu. Primjena prava tako više nije samo tumačenje pravnog sadržaja već i uvažavanje svega onoga što čini pravno iskustvo onoga ko pravni sadržaj tumači. Upravo ovi vanzakonski elementi koje je hermeneutika uključivala u svoj pristup pravu naknadno će se pokazati kao njena najveća slabost.

Tumačenje prava, zbog cilja koje pravo kao normativni sistem ima u društvu, mora biti determinisano zakonom i lišeno subjektivizma koji vanzakonski kriteriji ne mogu izbjeći. Pokušaj da se osigura objektivna interpretacija koja autentični smisao pronalazi u sadržaju koji tumači načinio je Emilio Beti (*Betti*).[7] On hermeneutičko tumačenje sažima u četiri kanona:

[4] Lj. Tadić, *Javnost i retorika*, Službeni glasnik, Beograd 2007, 404.

[5] U praksi je ustaljena formulacija „tumačenje pravne norme“ koja je pogrešna i posljedica je, kako Visković konstatuje, nepoznavanja razlika između pravnih odredbi i pravne norme (Visković, (1981), 288.). Uz uvažavanje ove razlike u radu će biti korišteno ustaljeno terminološko određenje – tumačenje pravne norme.

[6] D. Vrban, 575.

[7] Vidjeti šire: E. Betti: *Hermeneutika kao opšta metoda duhovnih nauka*, Književna zajednica Novog Sada, Novi Sad 1988.

autonomija teksta, kao razumijevanje iz njegove vlastite zakonitosti i stava autora, zahtjev totaliteta, što se odnosi na razumijevanje dijelova u kontekstu cjeline, aktuelizacija smisla kao rekonstrukcija smisla sa pozicije onoga ko tumači i princip/pravilo adekvatnosti, prilagođavanja ili usklađivanja smisla između sadržaja koji se tumači i tumačenja.

Traganje za hermeneutičkim pristupom koji bi odgovorio zahtjevima jurisprudencije dovelo je do toga da se pitanje odlučivanja pozicionira kao centralno pitanje teorije prava što će za sobom povući radikalno okretanje pravne teorije jurističkim metodama koji su se od hermeneutike značajno udaljile. U tom kontekstu nastaju topička jurisprudencija Teodora Fivega (*Theodor Viehwag*) i nova retorika Haima Pelermana (*Chaim Pelerman*). Riječ je o teorijama jurističke argumentacije koje mada različite od hermeneutike s njom dijele zajednički interes za problem razumijevanja i tumačenja pravnog sadržaja. Upravo ta sličnost opravdava pristup koji argumentaciji pridaje razumijevajući kvalitet hermeneutike.

2. RAZUMIJEVANJE I TUMAČENJE KAO PRAKTIČNI ASPEKT PRAVA

Proces tumačenja prava najčešće se veže uz aspekt njegove primjene. No, „iako se tumačenje vrši u praksi primene prava, za potrebe te primene, i najčešće baš u konkretnoj primeni, ipak to ne znači da radnja tumačenja ne može uopšte biti odvojena od neposredne primene normi, tako da predstavlja jednu relativno samostalnu radnju, koja nema pred očima neposrednu primenu prava, nego utvrđivanje smisla norme uopšte i za mnogobrojne slučajeve primene u praksi. Iako tako udaljeno, i to tumačenje nije ništa drugo do tumačenje, i, čak, ono može da uspešno, i korisno, zameni ono neposredno tumačenje u praksi primene, jer se onaj koji ima da pravo neposredno primeni može prosto koristiti ovakvim prethodnim tumačenjem, pogotovo što ono obećava da bude tačnije, jer je rađeno na miru i sa svestranošću.“[8]

Proces tumačenja, ni to se ne smije zanemariti, značajan je „... i za proces stvaranja prava. Tumačenje pravnih pravila pokazuje kako ono što je htio i izrekao stvaratelj norme – prima život, kako praksa tumači mrtve riječi zakona. Iskustva stvorena na taj način mogu koristiti zakonodavcima u njihovoj neprestanoj funkciji stvaranja pravnih normi.“[9]

[8] R. D. Lukić: *Teorija države i prava II, Teorija prava*, Sabrana dela Radomira D Lukića, tom 3, BIGZ, Beograd 1995, 224.

[9] B. Perić, *Država i pravni sustav,* Informator, Zagreb 1994, 187–188.

Pojam tumačenja u pravu veže se uz razumijevanje normativnih pravnih akata radi otkrivanja apstraktnih ili konkretnih normativnih značenja koja su data u njegovim odredbama.[10]

Postupak tumačenja podrazumijeva postupak razmijevanja, te je pravo tako, kao i sve društvene pojave, moguće promatrati kao komunikaciju ili razmjenu informacija.

Centralni element svake komunikacije je poruka kojom se sadržaj komunikacije prenosi drugim subjektima koristeći se pri tome društveno važećim kodovima – sistemima znakova i pravilima njihove upotrebe. Znak se ispoljava kao materijalni supstrat (glasovi, pismo, zvukovi, npr.) podesan da kao takav prenese duhovni sadržaj – značenje.

Svi znaci, bez obzira o kojoj je vrsti znakova riječ, su u pravilu višeznačni i nejasni, te im se može pridati veći ili manji broj mogućih značenja kako generalno, tako i u konkretnom odnosu na koji se primjenjuju.

Otkrivajući sadržaj poruke prvo se utvrđuju moguća značenja koja joj se mogu pripisati, a onda se između njih bira ono značenje koje se određuje kao „pravo“ značenje koje u najvećoj mjeri, prema mišljenju tumača, odgovara namjerama tvorca norme i (ili) konkretnom društvenom odnosu. U ovom aspektu hermeneutika je snažno oslonjena na argumentaciju, ali i na retoriku,[11] jer, kako Tadić kaže, retorika i hermeneutika imaju zajednički cilj: uvjeravanje i razjašnjavanje, što znači da dijele oblast uvjerljivih argumenata, a ne logički nužnih sudova.[12] Ona je moć nad drugim, i moć manipulacije, i zbog toga je bliska retorici jer „umijeće tumačenja svoja sredstva uvelike posuđuje iz retorike“.[13]

Za pravnu hermeneutiku društveni kontekst je bitna pretpostavka razumijevanja i tumačenja sadržaja poruke jer on predstavlja istovremeno i okvir i sredstvo tumačenja.[14]

Poruka će se tumačiti u semiotičkom (lingvističkom), logičkom, interesno-normativnom i predmetnom kontekstu. Svaki od njih učestvuje različitim intenzitetom i u različitom obimu u stvaranju i razumijevanju poruke.

[10] N. Visković, (1981), 288.

[11] O retorici ovdje govorimo kao o *dynamisu* (moći) i tumačimo je u smislu moći, kako je činio i Aristotel.

[12] Lj. Tadić, 295.

[13] H. G. Gadamer, 128, Meyer, 207.

[14] „Terminom „društveni kontekst“ označavamo sve društvene procese koji uslovljavaju značenje ljudskih akata kao poruka na dvostruki način: to su procesi koji svojom složenošću i dinamičnošću prouzrokuju nejasnosti i višeznačnosti poruka, a istovremeno svojom univerzalnošću ili barem širinom svoga djelovanja na subjekte komuniciranja omogućuju intersubjektivno razumijevanje tih istih poruka“. Visković, (1981), 290.

Osnovna funkcija tumačenja je utvrđivanje najpovoljnijeg značenja pravnog akta izborom u nizu različitih značenja koje jedan višeznačni pravni akt ima. Tumačenje prava samo je jedna podvrsta tumačenja znakova uopšte, i ona se, kako Lukić kaže, može lako odrediti kao utvrđivanje tačnog, ili pravog, značenja (smisla) pravnih normi.[15]

U svakom tumačenju treba razlikovati tri aspekta: značenje koje znacima daje tvorac, značenje koje imaju sami znakovi u zakoniku svog značenja, te sadržaj svijesti koje je tumačenjem subjekt tumačenja utvrdio kao značenje pomenutog sistema znakova. Ova tri aspekta, tri različita značenja, trebala bi u idealnoj situaciji da dovedu do potpunog poklapanja i to je cilj onoga ko poruku šalje. No, taj ideal u praksi je rijetkost. Obično postoji veća ili manja mjera nepoklapanja, pa umjesto jednog značenja često poruka ima tri različita: ono koje joj daje onaj ko poruku šalje, ono značenje koje joj daje onaj ko poruku prima i značenje koje poruci daje sistem znakova kojima je poruka iskazana.

Značenje koje je tvorac poruke dao znacima koje upotrebljava da bi je prenio drugim subjektima ne podudara se u potpunosti sa značenjem koje im pridaje kodeks značenja, te tumačenje mora da utvrđuje i razumije jednako i odstupanje značenja poruke od kodeksa koje čini i njen autor, ali i njen primalac u ulozi tumača.

Da bi tumač utvrdio stepen (ne)poklapanja pomenutih značenja on mora pribjeći upotrebi i drugih sredstava, ne samo sistema znakova, što - mada je opravdano, dodatno otežava postupak tumačenja jer su ta druga sredstva manje jasna i precizna od sistema znakova koji je u tumačenom sadržaju primijenjen.

„Tako se zbog nepouzdanosti sistema znakova, koji treba da budu najpouzdanije sredstvo tumača, utvrđivanje značenja vrši jednim neodređenim nizom drugih sredstava, koja su još nepouzdanija. Prema tome, pravi cilj tumača nije da utvrdi smisao samih znakova koji su upotrebljeni, držeći do njihovog zakonika značenja, nego da putem njih utvrdi sadržaj svijesti koji je odašiljač izrazio pomoću njih. Ovaj zadatak je, očigledno, mnogo teži nego prvi.“[16]

Mada se od pravne norme očekuje da je dotjerana misaona konstrukcija koja je jezički i tehnički uspješno realizovana ona uvijek iziskuje tumačenje koje opravdavaju najmanje dva razloga:

- nesavršenost autora pravne norme i
- nesavršenost opšte prirode pravne norme.

[15] *Ibid.*, 277.
[16] R. D. Lukić, (1995), 277.

Pravna norma je, kao rezultat čovjekove djelatnosti, uslovljena realnim mogućnostima svog tvorca.

Normativna težnja autora trebala bi biti izražena u jeziku što preciznije, jasnije i kraće. Zakonodavac u tome ne uspijeva uvijek tako da je čest slučaj da se pojavi nesaglasnost između prave volje zakonodavca i njene neadekvatne jezičke formulacije.

Problem dodatno otežava složenost društvenih odnosa koji su predmet regulisanja pravne norme, a koje autor pravne norme nije uvijek u stanju duboko, precizno, svestrano i cjelovito normativno zahvatiti.

Drugi razlog koji iziskuje tumačenje pravne norme je nesavršenost pravnog pravila koja proističe iz njegove apstraktnosti.

„Apstraktnost pravnog pravila podrazumijeva dvoje: u prvom redu, pravna pravila jesu izreke; izreke se sastoje od pojmova, a pojmovi su apstrakcije, koje nisu konkretno određene, već obuhvataju niz konkretnosti.“[17] Pravne norme odnose se na složenu društvenu stvarnost koju one regulišu i koju riječima nije moguće potpuno iskazati, pogotovo je teško taj sadržaj predočiti sažetom rečenicom (pravnom odredbom). Problem je još veći kada je u pitanju opšta pravna norma. Normotvorac pribjegava apstrakciji izdvajajući samo ono što je po njegovom mišljenju bitno i nužno za predmet njegovog normiranja, ostavljajući po strani sve ono mnoštvo konkretnih osobina koje taj sadržaj u stvarnosti prate.

Tako će norma uvijek biti na neki način neodređena i nejasna obzirom na odnose i situacije koje normira, pa će subjekt koji poruku prima zato uvijek imati zadatak da poruku i protumači.

Ovo u velikoj mjeri daje odgovor na pitanje zašto su pravne odredbe i pravne norme nejasne i višeznačne. Hermana Kantorovica (*Kantorowicz*) ovo će navesti da konstatuje, istina s nešto dobronamjernog pretjerivanja, kako Visković kaže, da u svakoj normi ima toliko praznina, koliko je u njoj riječi.[18]

Zadatak tumačenja je omogućiti adresatu da istraži sva moguća značenja pravnih odredbi, a onda da se opredijeli za ono koje smatra najboljim sa aspekta propozicija tumačenja i interesa koji ili mu se nameću, ili ih sam ocjenjuje opravdanim u svom slučaju.

Opšte pravne norme koje su predmet tumačenja ne samo da nisu završene, nego nisu ni jedino tvorevine svojih autora. One se dovršavaju i dopunjuju, do-stvaruju, kako Visković kaže, u postupku tumačenja koji prethodi njihovom ostvarivanju u konkretnom slučaju.[19] Adresati pravne

[17] B. Perić, 187.

[18] N. Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001, 243.

[19] *Ibid.*, 242.

norme, jednako kao i svi koji tumače njen sadržaj, u nju „učitavaju“ svoja iskustva i misli i na taj način je dovršavaju i čine primjenjivom na situaciju u kojoj se nalaze, za koju im sadržaj norme koju tumače treba.

Takvo tumačenje pravne norme nikako nije, i ne može biti, tek reproduktivna djelatnost, jer ono uvijek podrazumijeva kreativni čin.

Cilj tumačenja u pravu je pronalaženje argumenata koji bi bili najprikladniji „pravom“ značenju sadržaju norme, koga značenja prevazilaze.

3. PRAVILA TUMAČENJA OD METODA DO ARGUMENATA

Uporedo sa nastankom prava nastajala su i pravila o tumačenju njegovog sadržaja s ciljem da se otkriju moguća i najbolja značenja pravnih normi. Ta interpretativna pravila, po tradiciji, pravna nauka sistematizuje, objedinjujući ih po srodnosti, imenujući ih kao metode tumačenja.

Savinji (*Savigny*) je načinio katalog od pet vrsta metoda:

- jezičko tumačenje
- logičko tumačenje
- sistematsko tumačenje
- teleološko (ciljno) tumačenje
- historijsko tumačenje.

Ovu podjelu prihvata i savremena pravna nauka – pobrojane metode su standardna sredstva tumačenja. Kao tehnike tumačenja one su ravnopravne, što se poklapa s pravilima opšte hermeneutike da nijedan aspekt u tumačenju ne smije biti zanemaren.

Uspješno tumačenje traži primjenu svih tehnika tumačenja, mada teleološko tumačenje kod većine autora u uporednom pravu danas ima dominantan značaj.

Savinjijeva klasifikacija metoda tumačenja prava s vremenom je doživjela opravdanu kritiku koja je ukazivala na dva nedostatka. Prvi nedostatak odnosio se na skroman katalog nabrojanih metoda na koje se nikako ne može svesti stvarna raznovrsnost postojećih pravila u tumačenju prava koja su daleko raznovrsnija, sadržajnija i brojnija.

Drugi nedostatak pripisuje se nazivu „metode“, koji Savinji koristi i čime sugeriše njihovu nužnu i obaveznu primjenu, ali i izvjesnost ishoda tumačenja – apsolutno istinita ili prava značenja pravnih normi, sa čim se svakako njihovom primjenom ne može sa sigurnošću računati.

Izvjesno je da je tumačenje prava bitno različito od tumačenja drugih kulturnih sadržaja. Ono je znatno više disciplinovano društvenim situaci-

jama, shvatanjima i pravilima, pa je, kako kaže Visković,[20] više „prinudno“ i manje slobodno. Te specifičnosti koje su od suštinskog značaja za pravo neminovno će odrediti i njegovo tumačenje.

Okvir značenja pravne norme tumaču je unaprijed poznat.

Postavio ga je normotvorac snagom svog autoriteta, jasan je i prisilan, i tumač van njegovih okvira ne smije izlaziti. Međutim, taj okvir je još uvijek dovoljno širok da tumač ima dosta slobode u dopunjavanju, dosmišljavanju, učitavanju značenja pravne norme odlučujući uz propis, *praeter legem,* njegovom konkretizacijom.

Tumačenje u pravu smatra se ispravnim i društveno priznatim ako u velikoj mjeri poštuje važeća društvena shvatanja o tome koja su i kako se utvrđuju „prava“ značenja pravnih akata koja su sastavni dio „preskriptivne doktrine tumačenja“[21] koju ima svaki pravni poredak.

Ta društvena shvatanja koja usmjeravaju postupak tumačenja osnove su društvenog konteksta pravnih akata, bez koga se bilo koji pravni akt ne može ni stvoriti, ni razumjeti. Društvena shvatanja, koja u navedenom smislu Visković imenuje direktivama, mogu se odrediti kao ona koja su interesnog, pravnonormativnog, semiotičkog i lingvističkog, logičko- argumentativnog i predmetnog konteksta.[22]

Interesni kontekst tumačenja u pravu glavni je izvor značenja i najvažnije sredstvo tumačenja pravnih akata. Upravo njegov sadržaj određuje njihov *ratio legis*.

Metode tumačenja koje su se iz njega razvile su ciljno ili teleološko, interesno, vrijednosno, funkcionalno tumačenje.

Tumačenje koje polazi od predmetnog konteksta, „… tj. od strukturalnih, kauzalnih i funkcionalnih zakonitosti prirodnih pojava i prirodnih odnosa (pravnih radnji i pravnih objekata)“,[23] odgovara onome što teorija prava naziva prirodom stvari. Tumačenje de natura rerum nikako se ne može svesti samo na utvrđivanje objektivnih zakonitosti koje utiču na pravne akte jer je ono uvijek uslovljeno i opterećeno i opredjeljenjem, interesima i ciljevima onoga ko tumačenje vrši.

Normativni kontekst tumačenja uslovljen je činjenicom da je pravo uređeni sistem pravnih pravila koja važe u datom globalnom društvu. Ovaj kontekst konstituiše specifičnu metodu tumačenja i razumijevanja prava - sistematsko tumačenje koje se može posmatrati sa dva aspekta. Prvi aspekt upućuje na zaključak da je značenje svakog pravnog akta rezultat djelova-

[20] N. Visković, (1981), 293.
[21] *Ibid.*, 294.
[22] *Ibid.*
[23] *Ibid.*, 97.

nja, ili uslovljavanja, koje na njega, ili prema njemu, vrše druge pravne norme u tom pravnom sistemu, bilo da su više od njega ili da na njega referiraju, te se pravo značenje jednog pravnog akta može utvrditi tek u kontekstu drugih pravnih normi istog pravnog sistema

Drugi aspekt odnosi se na postupak povezivanja određenog broja pravnih odredbi, iz istog ili različitih pravnih akata, koje zajedno čine jednu pravnu normu.

Nasuprot prethodnom aspektu koji je sistematskim tumačenjem povezivao cjelovite pravne norme s ciljem da otkloni njihove nejasnoće ili višeznačnost ovdje se može govoriti o unutrašnjem sistematskom tumačenju jer je riječ o sastavljanju jedne pravne norme.

Sistematsko tumačenje potvrđuje dvostruku vezu pravnih akata i pravnih normi: pravne norme nastaju kao rezultat tumačenja pravnih odredbi, a istovremeno su sredstvo kojim se tumače drugi pravni akti.[24]

Semiotički i lingvistički kontekst tumačenja odnosi se na pravila i načine stvaranja i upotrebe znakova u jednom društvu. Ovo se osobito odnosi na semantičko-leksička, sintaktička i stilistička pravila jezika, bio on narodni, stručni ili strani, kojima se, uz više ili manje prisile, izražavaju pravni akti, normativni ili nenormativni.

Pravne norme se najčešće izražavaju jezikom, pa i njihovo tumačenje spada u domen jezičkog tumačenja koje je u pravu nužno i nezamjenjivo. (Čak i onda kada je pravni sadržaj iskazan na drugi način, pokretom tijela npr., opet će se njegovo značenje tumačiti jezikom.) Jezik je najprecizniji sistem znakova i svi ostali znaci se svode na jezičke znakove, te se njihovo tumačenje nužno svodi na jezičko tumačenje.

Jezičko tumačenje podrazumijeva primjenu pravila leksikologije, sintakse i gramatike na pravne odredbe koje su višeznačne ili nejasne. Leksička pravila su najznačajnija, ona određuju značenje pojedinih riječi. Leksička pravila i leksičko tumačenje daju tek lepezu mogućih značenja pojedinih riječi u određenoj zajednici, ali ne daju odgovor koje je značenje neke riječi najbolje u jednoj pravnoj odredbi u vezi s određenim pravnim odnosima. Ovo je samo još jedna potvrda da je jezičko tumačenje nužno, ali ne i dovoljno za razumijevanje pravnog sadržaja.

Pravne norme su, promatrano sa aspekta sintakse i gramatike, manje ili više uspješno izražene. Otežavajuću okolnost predstavlja činjenica da su pravne odredbe tek dijelovi pravne norme, te da više odredbi čini njen puni sadržaj.

[24] O stavu da su pravne norme sredstvo tumačenja vidjeti šire: H. Kelsen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1951. i Visković, (1981), 296.

U nekim slučajevima zakonodavac prešutno iskazuje neke elemente pravne norme ostavljajući subjektu tumačenja da ih utvrdi u kontekstu sadržaja postojećih normiranih odredbi i sadržaja društvenih odnosa.

Logičko-argumentativno tumačenje nastaje primjenom pravila formalne logike, logičkog koda, u kontekstu pravnih akata.

To je primjena pravila formalne logike na stvaranje, upotrebu, definisanje i klasifikaciju pojmova, sudova, deduktivno-silogističkog ili induktivnog zaključivanja, te primjene pravila argumentativnog rezonovanja, kojim se pravni akti, naročito oni izraženi jezikom, obrazlažu kao racionalni.

Argumentativno tumačenje ostvaruje vezu između formalnologičkog zaključivanja i vrijednosnog opredjeljenja koje se prethodno utvrđuje ciljnim tumačenjem. Tako se ponovo uspostavlja veza retorike, argumentacije i hermeneutike. S namjerom ostvarivanja „pravednosti“ i nekih drugih aktuelnih društvenih ciljeva i vrijednosti koji bi se uspješnije ostvarili zanemarujući neke važeće direktive tumačenja iz jezičkog, logičkog, interesnog i naročito normativnopravnog koda nastao je koncept slobodnog tumačenja prava kao mogućnost koju tumač dobija „… da ne mora strogo primjenjivati sistematsko-dogmatsko tumačenje i u njemu implicirano načelo zakonitosti“.[25]

Različiti postupci tumačenja daće različito „pravo“ značenje istom pravnom aktu. To je razlog da se sve doktrine tumačenja u pravu mogu podijeliti na formalističko-dogmatske i sociološko-kritičke.[26] Ova podjela zasniva se na interpretativnim metodama kojima se daje prednost kao pravilima tumačenja. Ovu podjelu, Visković, opravdava društvenim kontekstom, odnosno interpretativnim metodama kojima se daje prednost kao pravilima tumačenja „drugog stupnja“. (Riječ je o kolizionim pravilima tumačenja koja se primjenjuju na slučajeve dva ili više neusklađenih pravila tumačenja prvog stepena, koja neposredno upućuju na kontekstualna značenja pravnih akata.)

Formalističko-dogmatske doktrine prvenstvo daju jezičkom, logičkom i normativno-pravnom kontekstu, dok sociološko-kritičke doktrine prednost daju interesnom i predmetnom kontekstu, pa čak i „slobodnom tumačenju“ pravnih akata.

Tumačenje ima za cilj ustanoviti „pravo“ značenje pravne norme. Kontekst tumačenje se mijenja. Odnosi interesa i moći pravnih subjekata koji uslovljavaju doktrine tumačenja i koji određuju njihovu prinudnu ili autonomnu primjenu određuju taj kontekst.

[25] N. Visković, (1981), 297.
[26] *Ibid.*

Za tumača uvijek postoji izbor između dva „prava“ značenja: onog koje je normi htio dati njen autor, subjektivnog tumačenja, koje se jedino može rekonstruisati dogmatskim metodom, i onog koje normi daje njen tumač opredjeljen ciljem koji norma treba postići u tom trenutku, objektivno tumačenje, kada se „pravo“ značenje konstruiše primjenom aksiološkog i sociološkog metoda.

Koje značenje će neka poruka dobiti u određenoj situaciji bitno zavisi od vrijednosti i interesa koje pobuđuje među onima kojima je upućena.

Vrijednosti i interesi izražavaju se argumentima u retoričkoj komunikaciji, pa ovi tako postaju osnovna sredstva tumačenja.

Pravila tumačenja, po teoriji argumentacije, tek su argumenti ili razlozi koji nemaju prisilni karakter i koje subjekti tumačenja biraju po sopstvenom uvjerenju (vođeni svojim interesima i ciljevima), da bi uvjerili jedni druge ili neke treće osobe, zakonodavce ili sudije da donesu određenu odluku.[27]

Argumenti kojima se tumači pravni sadržaj isti su ili srodni onima što se koriste u drugim društvenim sadržajima, što je i razumljivo. U svakom slučaju cilj argumenta je isti – on treba uvjeriti u to kako nešto treba razumjeti ili kako se treba ponašati.

No, za razliku od drugih oblasti gdje se često i rado pribjegava argumentima, argumenti u pravu imaju poseban značaj, pa im je posvećena i puno veća pažnja nego u drugim oblastima. Oni su u pravu pomno „… proučeni, razrađeni i formalizirani, u okvirima proceduralnosti koja inače vlada pravom“.[28] To je razlog zašto se sve rjeđe, kada je u pitanju tumačenje pravne odredbe, pravila tumačenje imenuju metodama.

4. TUMAČENJE I/KAO ARGUMENTACIJA I SUDSKA RETORIKA

Sve do modernog doba umijeće tumačenja pravnog sadržaja, još od rimskog civilnog prava i renesansnih postglosatora, njegovalo se kao usklađena, uspješna i plodonosna praksa retorike, argumentacije i hermeneutike.

Mada su predmet tumačenja u pravu normativni pravni akti ili pojedine pravne norme koje su u pisanom obliku, pravu je važan i usmeni govor.

[27] Vid. šire: J. Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd, 1988, M. Pavčnik, *Argumentacija v pravu*, Ljubljana 1991 i H. Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Beograd 1983, N. Visković, *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1997. O tumačenju kao aspektu društvenog komuniciranja: N. Visković, *Jezik prava*, Zagreb 1989.

[28] N. Visković, (2001), 248.

Ovo se posebno odnosi na one situacije kada usmeno obraćanje nije puko informisanje već činjenje sa pravnim posljedicama. Hermeneutika će se tako, u najdelikatnijoj situaciji za svoju primjenu, u rješavanju sudskog spora, neminovno povezati sa retorikom i argumentacijom.

U tumačenju prava sud je oduvijek imao poseban položaj. Teorija o tumačenju razvila se uglavnom kao teorija o tumačenju zakona i kao teorija o sudskom tumačenju zakona, pa će se u djelima o tumačenju često isključivo razmatrati aspekt sudskog tumačenja.[29]

Sud rješava sporove, a spor i ne znači ništa drugo, kako Lukić konstatuje, sem razlike u tumačenju i mišljenju koje je od dva ili više iznijetih tumačenja pravne norme tačno.[30] Svaki spor ima jedan aspekt koji je vezan uz tumačenje – to je uvijek spor oko tačnosti tumačenja. „Rješavajući spor, sud rješava i pitanje koje je tumačenje tačno, odnosno daje tačno tumačenje odnosnih pravnih normi. Tumačenje suda je stoga konačno – ono tumačenje za koje sud smatra da je tačno i jeste, s pravnog gledišta tačno.[31] ... Sudsko tumačenje u izvjesnom smislu je najvažnije, jer, na kraju krajeva, sud je onaj organ koji, po pravilu, određuje smisao najvećeg broja pravnih normi kao njihov posljednji, krajnji tumač.“[32]

Donošenje sudske odluke može se predočiti kao pravni silogizam. Ali, viša premisa nije samo i jednostavno zakonska norma, isto kao što ni niža premisa nisu tek konkretne pravne činjenice. I jedna i druga premisa prethodno moraju biti protumačene. Norma se tumači u vezi sa konkretnim slučajem na koji treba da se primijeni.

„A pravilo je da svaka norma mijenja značenje s obzirom na konkretan slučaj, makar i u najmanjoj mjeri. Jer svaki konkretan slučaj se razlikuje od svakog drugog, pa za jedan slučaj norma ima jedno, a za drugi – drugo značenje, makar da između ovih razlika ne mora biti velika.[33] ... Što se samih činjenica tiče one su utvrđene u normi koja se treba primijeniti, i na osnovu nje činjenice se ponovo preciziraju i potom se utvrđuje da li zaista i postoje u stvarnosti, čime se rješavaju činjenična pitanja.“[34] Tek nakon tumačenja norme i činjenica, koje je uvijek vrijednosno ocjenjivanje, kada su utvrđene premise, slijedi izvođenje zaključka po pravilima praktičnog silogizma. U tom smislu Pavčnik za pravnu odluku odlučujućim smatra

[29] R. D. Lukić, (1995), 224.
[30] R. D. Lukić, *Uvod u pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1995, 285.
[31] *Ibid.*
[32] *Ibid.*, 283.
[33] R. Lukić, *Metodologija prava*, Naučna knjiga, Beograd 1989, 226.
[34] *Ibid.*, 230.

vrijednost koja je pravno relevantna i koja povezuje i oblikuje sadržaj općeg pravnog akta i životnog primjera.[35]

Obje premise u pravnom silogizmu utvrđuju se uporednim naučnim i argumentativnim postupkom. Ni za sam zaključak često nije dovoljna čista dedukcija bez argumentacije. Odluku ne treba samo donijeti već i obrazložiti.

Argumentacija u pravnom govoru predstavlja njegovo najdelikatnije i najbitnije svojstvo, jer ostvarivanje cilja pravnog govora u najvećoj mjeri zavisi od njene uspješnosti.

Izazov pravne argumentacije je što u pravu „nije *a priori* jasno šta je jasno“,[36] te „po prirodi pravnog rasuđivanja nikada ne postoji samo jedno moguće rješenje“,[37] pa čak i u slučaju kada zakonodavac postavlja najpreciznije norme ne otklanja probleme vezane uz njihovu primjenu.

Donošenje sudske odluke pretpostavlja primjenu opšte pravne norme na konkretan slučaj što podrazumijeva njenu konkretizaciju i individualizaciju. Sudska odluka je individualna norma za čije je stvaranje poslužila opšta norma.

Retoričko zaključivanje u pravu izvodi se u praktičnom silogizmu gdje su barem jedna premisa i zaključak preskriptivnog karaktera.

Za retoričku argumentaciju nužno je da poštuje pravila formalne logike (načelo neproturječnosti, pravila definisanja i klasifikacije pojmova, postupci dedukcije i indukcije), ali logičkom izvođenju rješenja iz norme često se suprotstavljaju razlozi zasnovani na usvajanju izvjesnih vrijednosti koje se ne mogu podvesti pod logiku.

Pravo kao regulator duštvenih odnosa ne može biti smješteno u strogi sistem iz koga se logički može izvući rješenje za svaki slučaj, nego se svaki slučaj mora posebno rješavati.

Sistem prava je nesavršen, nepodesan za primjenu čiste formalne dedukcije, jer traži i upotrebu indukcije gdje se ne polazi od sistema već od konkretnog problema.[38]

Zbog neizbježnosti formalnologičkih pravila koja se primjenjuju u retoričkom zaključivanju neki autori govore i o argumentativnoj logici ili logici uvjeravanja. Logika je svakako neophodna, „... no u odlučujućem joj trenutku uvijek iznova pripada drugo mjesto“.[39]

[35] M. Pavčnik, *Argumentacija v pravu*, GV Založba, Ljubljana 2021, 119.
[36] J. Hasanbegović, 190.
[37] *Ibid*., 186.
[38] R. Lukić, 65.
[39] Th. Viehweg, navedeno prema: N. Visković, (1981), 20.

5. ARGUMENTACIJA KAO NOVA RETORIKA

Za Haima Perelmana (*Chaim Perelman*) pravno rasuđivanje nije nužno formalno-logičko rasuđivanje koje polazi od istinitih, odnosno ispravnih premisa, koje ispravnom upotrebom logičkih pravila uvijek daje ispravan zaključak i tako se pojavljuje kao garant ispravne primjene prava i pravne sigurnosti. Pravno rasuđivanje je tek dijalektičko rasuđivanje koje ne garantuje valjanu i ispravnu primjenu prava – argumentacija je djelovanje sa namjerom da se modifikuje prethodno stanje stvari.

Baveći se pravnom argumentacijom Perelman je stvorio pojam „nove retorike“. U oba svoja djela koja se bave „novom retorikom“, i *Velikoj raspravi o argumentaciji – Novoj retorici* i u *Pravnoj logici – Novoj retorici*, Perelman se bavi teorijom argumentacije koju rehabilituje u okviru svoje nove retorike.

Koncept nove retorike retoriku poistovjećuje sa argumentacijom. Govornik pruža argumente, koji su zapravo razlozi. Pravo je primjeren domen za ostvarivanje takvog koncepta jer odgovori na postavljena pitanja za posljedicu imaju zauzimanje suprotnih stavova. (Da li je neko kriv ili nije? Da li je nešto učinio ili nije?) Svaka strana iznosi svoje argumente, prezentirajući ih pokušava da ishodi saglasnost i pristanak na njih. Pri tome argumentacija se realizuje retoričkim tehnikama koje su diskurzivne po svom karakteru.

Pravo je okrenuto jeziku kao osnovnom sredstvu izražavanja, koje u pravu dobija smisao komunikacije sa ciljem postizanja konsenzusa.

„Nova retorika kakvu je zamislio i formulisao Perelman, nije samo relevantna za praksu, gdje su na djelu diskusija, izbor i vijećanje, gdje se sučeljavaju jedno sa drugim različita rješenja, nego je namijenjena i teoriji, npr. pri izboru definicija koje u teoriji igraju važnu ulogu, zatim za modele analogije, kao i za izradu adekvatnog jezika, prilagođenog polju naših istraživanja.“[40]

Nova retorika za Perelmana nije ništa drugo do niz argumentativnih tehnika koje se koriste sa ciljem da bi sudija prihvatio određenu tezu. Tako Perelman u fokus sudskog govora smješta ubjedljivu i čvrstu argumentaciju koja će na kraju odrediti sudijsko mišljenje.

Pravno rasuđivanje sudskom govorniku ostavlja mogućnost da odredbe lošeg zakona progresivno tumači i primijeni, ali jednako ostavlja i suprotnu mogućnost. Paradigma govornika u pravu su zakonodavac i sudija, mada Perelman favorizuje rasuđivanje sudije obzirom da sudija svojim

[40] Lj. Tadić, *Retorika – Uvod u veštinu besedništva*, Zavod za udžbenike, Službeni glasnik, Beograd 2007, 263.

odlukama konkretizuje zakonsku normu i određuje konkretnu pravnu stvarnost.

Perelman retoriku „tiho uvlači u argumentaciju“.[41] Retorika je za njega razum na djelu i određuje je kao „proučavanje diskurzivnih tehnika zahvaljujući kojima se umovi (još više) priklanjaju podastrtim tezama“.[42]

Perelmanova teorija argumentacije je logika u širem smislu, to je upotreba kritičke sposobnosti čovjeka na jedan specifično ljudski način.

Cilj argumentacije je da postigne pristanak, što može dovesti do zaključka da ona ukida prethodne uslove za buduću argumentaciju. Međutim, retoričko obrazloženje nikada nije prisilno. Ono se uvijek odvija u atmosferi koja je priznata procedurama. Istina, njih neka strana u sporu ne mora prihvatiti, ili, ako ih prihvate i jedna i druga strana, iste mogu, u dobroj vjeri, biti tumačene na različit način. Argumentacija bi trebala biti određena kriterijima koji su prihvaćeni i valjani u grupi koja se može identifikovati sa univerzalnim auditorijem.

Sagovornik u argumentaciji prihvata se kao subjekat sa slobodom rasuđivanja na koju je djelovanje argumentacije usmjereno, te je argumentacija odricanje od nasilja.

Retorička sredstva su tehnike koje se koriste da bi auditorijum prihvatio neku tezu, sa ciljem da se, ubijeđen ili nagovoren, sa njom saglasi. Sve njih Perelman svrstava u oblast jezika, te su sve argumentativne tehnike istovremeno diskurzivne, govorne, tehnike. Ovo je temeljni element Perelmanove teorije argumentacije. Mada se ovaj stav može kritikovati, posebno kada je riječ o snazi argumenata, neki vrlo snažni argumenti, kao retorička sredstva, nisu diskurzivne tehnike (etos govornika, ili emocije koje govor pobuđuje) ovo ograničavanje kome Perelman pribjegava razlog je njegove namjere da ograniči domen argumentacije.

Koncept nove retorike počiva na načelu preuzetom iz prava „neka se čuje i druga strana“, koje je potvrda objektivnosti, ali istovremeno i izražava spremnost na kritiku. Napokon, svakom argumentu može se suprotstaviti protivargument.

Donošenju sudske odluke predstoji rasuđivanje kome Perelman pridaje dijalektički karakter jer stav treba obrazložiti. To rasuđivanje nije analitičko, formalnologičko ili nužno, jer spada u domen slobode „… nema smisla normirati ono što se nužno zbiva, što ne može drugačije… Ali pravo slo-

[41] M. Meyer, *Suvremeno doba, retorike 20. stoljeća, Povijest retorike od Grka do naših dana* (ur. M. Meyer, M. M. Carirelho, B. Timmermans), Zagreb 2008, 202.

[42] *Ibid*.

bodu i ograničava i to na nenužan način: ograničenja koja pravo postavlja mogu biti i drugačija i zato ih treba obrazložiti.“[43]

6. ZAKLJUČAK

Praktični cilj kome važeća opšta pravna norma služi bilo bi najlakše postići slijedeći racionalistička i dogmatska shvatanja po kojima pravnik jednostavno i mehanički, deduktivno-silogistički primjenjuje tu normu smještajući u njen okvir obilježja konkretnih slučajeva koje, prema njenom sadržaju, rješava. Ova zavodljiva simplifikacija koliko je pogrešna toliko je i opasna. Primjena pravne norme je najznačajniji aspekt prava. Pravne norme se donose da bi bile primijenjene, da bi sadržaj društvene stvarnosti usmjerile ciljevima zbog kojih su kao takve i donesene.Ništa mehaničkog i jednostavnog nema u primjeni prava. Da bi se primijenila pravna norma ona mora biti protumačena. Mora biti otkriveno njeno značenje, mora se razumijeti šta se njom želi ishoditi. Time se otvara jedno od najdelikatnijih pitanja na koje pravo traži odgovor od vremena svog nastanka.Tumačenje je, zapravo, razumijevanje tumačene poruke u njenim značenjima. Problem je što je sadržaj koji se tumači višeznačan, često nejasan, u nekim slučajevima i nedovršen. U tom okviru onaj ko tumači pravni sadržaj, svjestan nedostataka, nepreciznosti ili višeznačnosti, neminovno svojom kreativnom interpretacijom tumačenog sadržaja utiče na značenje koje sam daje polaznom sadržaju. To dostvarivanje, ta kreativna interpretacija, uslovljena je vrijednostima i interesima i iskustvom onih koji pravnom sadržaju pristupaju i koji ih u tom sadržaju koji tumače žele iščitati i time osnažiti svoju poziciju u konfliktu sa neistomišljenicima. Tumačenje je najčešće izvor spora, kao što će sporu i presuditi - pravnim značenjem koje će od suda biti nametnuto stranama u sporu. Nije slučajna tvrdnja da nema spora u pravu, spor je u tumačenju prava. Tumačenje u pravu prevazilazi po svojoj složenosti tumačenja svih drugih, ma koliko složenih, kulturnih pojava čineći da sam hermeneutički pristup, koji je u pravu za njegovo tumačenje praktikovan od samih početaka, nije bio dovoljan. Razlog tome su vanpravni elementi, koje hermeneutički pristup u tumačenju sadržaja podrazumijeva, koji izmiču nadzoru zakonitosti i objektivnosti čije poštovanje pravo suštinski određuje.

Paradigma složenosti i zahtjevnosti tumačenja i razumijevanja sadržaja pravne poruke je sudski spor u kome utvrđivanje pravog značenja pravne norme podrazumijeva pravni silogizam, logičko rasuđivanje i argumentovano obrazlaganje donesenih zaključaka. Rješavanje pravnog spora kao najbolji primjer tumačenja prava svjedoči da tumačenje u pravu podrazumijeva istovremenu primjenu hermeneutike, argumentacije i retori-

[43] J. Hasanbegović, 335.

ke.Ovakav pristup bio je praktikovan sve do modernog doba kada se, slijedeći ideju da se pravo, i kao nauka i kao djelatnost, učini objektivnim, egzaktnim, vrijednosno neutralnim i izvjesnim, udaljio i od hermeneutike i od retorike. Bio je to iluzoran pokušaj. Retorika se sa svojim nezamjenjivim kreativnim nabojem tumačenju prava vratila zamjenjujući tradicionalne metode tumačenja pravnim argumentima, te teorija pravne argumentacije postaje u velikoj mjeri teorija pravnog tumačenja. U težnji da svojim nastojanjima što bolje odgovori zahtjevima jurisprudencije pravna hermeneutika nudila je nove pristupe koji su nerijetko izlazili izvan domena hermeneutike i emacipovali se kao teorije jurističke argumentacije.

U svakom slučaju, tumačenje i razumijevanje pravnog sadržaja nipošto nije jednostavna, sigurna i izvjesna djelatnost. Od onoga ko tumači, i želi da to čini dobro, zahtijevaće se raznovrsna znanja, brojne vještine i svijest da se upušta u zahtjevan, složen i rezultatom neizvjestan posao. Viševjekovno sedimentirano iskustvo koje nudi pravna hermeneutika, shvaćena u najširem smislu, pravna argumentacija i pravna retorika u traganju za pravim značenjem pravnog pravila ne nudi izvjesnost uspjeha. Ono daje tek dragocjene smjernice koje onaj ko tumači treba racionalno i kreativno slijediti.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Betti, Emilio, *Hermeneutika kao opšta metoda duhovnih nauka*, Književna zajednica Novog Sada, Novi Sad 1988.
2. Gadamer, Hans-Georg, *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik*, Gasammelte Werke, Hermeneutik II, Tübingen 1986.
3. Hasanbegović, Jasminka, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Biblioteka Izazov, Beograd 1988 (2006).
4. Kelzen, Hans, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1951.
5. Lukić, Radomir, *Uvod u pravo*, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1995.
6. Lukić, Radomir, *Metodologija prava*, IV izdanje, Naučna knjiga, Beograd 1989.
7. Meyer, Michel, Carrilho, Manuel Maria, Timmermans, Benoît, *Povijest retorike od Grka do naših dana*, Disput, Zagreb 2008.
8. Pavčnik, Marijan, *Argumentacija v pravu*, GV Založba, IV izdanje, Ljubljana 2022.
9. Perelman, Haim., *Pravo, moral i filozofija*, Nolit, Beograd 1983.
10. Tadić, Ljubomir, *Javnost i retorika*, Službeni glasnik, Beograd 2007.
11. Tadić, Ljubomir, *Retorika– Uvod u veštinu besedništva*, Zavod za udžbenike, Službeni glasnik, Beograd 2007.

12. Visković, Nikola, *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 1997.
13. Visković, Nikola, *Jezik prava*, Zagreb 1989.
14. Visković, Nikola, *Pojam prava*, Logos, Split 1981.
15. Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, CDO Birotehnika, Zagreb 2001.
16. Vrban, Duško, *Država i pravo,* Golden marketing, Zagreb 2003.

Full Professor Mirjana Nadaždin Defterdarević, LL.D.

Faculty of Law, University "Džemal Bijedić" in Mostar

IN SEARCH OF THE TRUE MEANING OF LEGAL RULES

Summary

The paper is devoted to the issue of establishing the true meaning of legal norms. Interpretation of law transcends in its complexity the interpretation of all other, however complex, cultural phenomena, rendering the hermeneutic approach, which has been practiced from the very beginning of law, insufficient. The reason for this is extralegal elements, which the hermeneutic approach in interpreting content implies. They escape the control of legality and objectivity, whose respect is, essentially, determined by law. The paradigm of difficulty and complexity of interpreting and understanding the content of a legal message is a legal dispute in which determining the true meaning of a legal norm implies legal syllogism, logical reasoning, and argumentative explanation of the conclusions reached. The resolution of a legal dispute, as the best example of the interpretation of law, testifies that interpretation in law implies the simultaneous application of hermeneutics, argumentation, and rhetoric. This approach was practiced until the modern age when, following the idea of making law, both as a science and as an activity, objective, exact, value-neutral, and certain, it moved away from both hermeneutics and rhetoric. It was a delusional attempt. With its irreplaceable creative charge to the interpretation of law, rhetoric has returned, replacing traditional methods of interpretation with legal arguments, and the theory of legal argumentation has mainly become the theory of legal interpretation. In an effort to better respond to the demands of jurisprudence, legal hermeneutics offered new approaches that emancipated as theories of juristic argumentation.

The author raises the issue of the reliability of a legal instrument for determining the true meaning of the legal norm, the manner and the magnitude of changes in the approach to interpretation over time, and the real ef-

fects of these applications. In doing so, she explains the necessity of the interpretation procedure, reviewing individual approaches chosen for this purpose without intending to present the procedure of interpretation and understanding of legal content in all its complexity. The paper, in its review, follows different approaches to the interpretation of legal content, from legal hermeneutics, methods of interpretation, legal argumentation and its application as a discursive technique, all the way to new rhetoric showing the directions in which interpretation in law moved. The theoretical legal approach in the explication of the topic is based on the application of dogmatic, teleological, axiological, and sociological methods.

Key words: *Legal norm; Interpretation of law; Interpretation methods; Legal arguments; Discursive character of argumentation; New rhetoric.*

УДК/UDC 340.111
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Истраживач приправник Ања Безбрадица, ма

Институт за упоредно право, Београд

ФУНКЦИОНАЛНА АНАЛИЗА ПРАВА

У раду се анализира правнонаучна литература у контексту функционалне анализе права, те постулира да у правној науци није било значајнијег бављења функцијама права. Полазећи од Мертоновог (Robert K. Merton) разликовања латентних и манифестних функција, у раду се претпоставља да је један од разлога за илузију о свеприсутности функционалне анализе права у литератури – појмовно поистовећивање термина „циљ“ и „функција“ у општој јуриспруденцији. Осим тога, као резултат доминације нормативних теорија права (у разним њеним варијантама), и са њима скопчаног структуралистичког поимања права, чак и код аутора који јасно раздвајају циљ права и његове функције, бављење овим последњим дешава се успутно и на строго теоријском нивоу. Супротно, овај рад има намеру да функционалну анализу права позиционира тамо где је њено природно место – под окриље емпиријске социологије, чиме би се бављење питањем циља у праву оставило филозофији права. С тим у вези, у раду ћемо се осврнути и на малобројне али значајне покушаје (пре свега оне из друге половине 20. века) да се пажња научне јавности скрене на ову неоправдано дуго запостављану област истраживања права. Приказана анализа има за циљ да буде концептуално-методолошки оквир за један будући покушај категоризације функција права.

Кључне речи: Функционална анализа права; Функције права; Циљ права; Латентне и манифестне функције права.

1. УВОД

Године 1971. Норберто Бобио (*Bobio*) објављује чланак под називом „Ка функционалној анализи права“,[1] а Џозеф Раз (*Raz*) „Друш-

Ања Безбрадица, *a.bezbradica@iup.rs*.

[1] Н. Бобио, „О функционалној анализи права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 2, САНУ, Београд 1982.

твене функције права“.[2] Две године након тога у Мадриду одржава се Међународни конгрес за филозофију права, посвећен теми функција права, а 1974. из штампе излази *Rechtssoziologie* Никласа Лумана (*Luhmann*), у којој значајно место заузима и расправа о функцијама права. Пола века касније на пољу функционалне анализе права нема много шта ново. Изузев по које успутне речи у делима посвећеним различитим темама опште јуриспруденције, и једног монографског дела које се бави функцијама права али из угла филозофије,[3] интерес за ову тему готово да не постоји.

Како објаснити то да је једна од три најутицајније социолошке гранд-теорије – функционализам, оставио тако мало трага на пољу изучавања права? Откуд то да је једна друштвена чињеница која прожима малтене цео колективни људски живот, скоро у потпуности „прошла испод радара“ функционалне анализе?

Као доминантна социолошка парадигма 40-их и 50-их година 20. века, функционализам је својој анализи подвргао све значајније друштвене феномене (религију, породицу, политички систем, образовање, итд.). У најкраћем, та се анализа састојала се из утврђивања односа између различитих делова структуре друштва и односа делова према целини друштва, и то полазећи од претпоставке да свака јединица друштва на неки начин доприноси опстанку друштва као целине.[4] Нажалост, функционализам није показивао толико интересовања за институцију права, колико за друге друштвене феномене. Баш зато не смемо заборавити да је међу малобројним социолозима који су дали допринос проучавању ове теме, био и „отац модерног функционализма“ – Талкот Парсонс (*Parsons*). Иако се није системски бавио правним феноменом, Парсонс је у неколико својих радова врло детаљно анализирао улогу права у друштву. Према Парсонсовој теорији сви друштвени системи и подсистеми морају испунити четири услова: адаптација на околину, одређивање циљева, интеграција и латенција.[5] Право је један од друштвених подсистема и то онај који врши функцију интеграције различитих делова друштва, тако што ублажава потенцијалне конфликте.[6] Под утицајем Парсонса, Луман је конструисао своју теорију система, још апстрактнију од Парсонсове. За Лумана функција сваког друштвеног система је да смањи сложеност

[2] J. Raz, „The functions of Law“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. A. W. B. Simpson), 2nd series, Oxford University Press, Oxford 1973.

[3] K. E. Ehrenberg, *The functions of law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

[4] M. Haralambos, R. Heald, *Uvod u sociologiju*, Globus, Zagreb 1989, 23.

[5] A. J. Treviño, *The sociology of law: classical and contemporary perspectives*, St. Martin's Press, New York 1996, 317–318.

[6] *Ibid.*, 320.

своје околине, а правни систем ову функцију врши тако што комплексност околине редукује помоћу бинарног кода „дозвољено-недозвољено“. [7] Ово у крајњој инстанци служи да се повећа извесност очекивања и смањи ризик од погрешних одлука који је нарочито велик у друштвима велике динамичке густине, какво је савремено друштво.[8]

Након Лумана није било значајнијих подухвата међу социолозима када је реч о функцијама права. У том смислу вредан је хвале подухват Хавијера Тревиња (*Treviño*) да на једном месту сажме све мисли Талкота Парсонса о природи и функцијама америчког правног система и да 2008. године у издаваштву Cambridge Scholars Publishing објави књигу под називом *Talcott Parsons on Law and Legal System*.[9]

2. ПРОБЛЕМ МЕТОДА

Поменута је индиферентност социолога за тему функција права. Чини се да су још мање интересовања за тему показали писци правничке провенијенције. Који су разлози за то, вероватно је тема која захтева посебну анализу. Ипак, смисленим се чини Бобијев закључак да је један од разлога у општој јуриспруденцији дуго времена присутна доминација нормативних теорија права, посебно у варијанти Келзеновог (*Kelsen*) формализма, и са њим скопчаног структуралистичког поимања права.[10] Наиме, формализам у праву (крајњи нормативизам) није хтео, тачније – није се могао бавити функцијама права, уколико је намеравао да остане веран свом методолошком опредељењу. То је опредељење подразумевало најпре раздвајање права од морала те последично одбацивање проучавања вредносне компоненте права, а затим и потпуно занемаривање фактичке равни права. Келзен је био искључив да право припада тзв. свету требања (*Sollen*), а не свету онога што јесте (*Sein*).[11] Овим је формализам направио отклон како од филозофије, тако и од социологије и других емпиријских дисциплина,[12] а све у циљу обезбеђивања праву самосвојственог метода. То је довело до тога да се право посматра као један затворени систем сачињен од логичко-језичких конструкција (норми), за чије постојање

[7] V. Ferari, *Pravo i društvo*, CID, Podgorica 2011, 72.

[8] N. Luhmann, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, London–Boston 1985, 30.

[9] A. J. Treviño, *Talcott Parsons on Law and Legal System*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2008.

[10] Н. Бобио (1982), 196–197.

[11] Х. Келзен, *Општа теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 206.

[12] Вид. *Ibid*., 252–270.

је релевантно само њено формално важење, које се огледа у чињеници да ју је могуће логички извести из непосредно више норме.[13] Келзенову теорију није интересовало ни које друштвене односе право регулише, нити са којим циљем, а понајмање какви су његови ефекти на друштво, јер би бављење оваквим питањима укаљало „чистоту“ правног метода.

У мање екстремним варијантама нормативизма, попут оног Хартовог (*Hart*), где се није у потпуности негирала веза права са друштвом, бављење функцијама права остало је на спекулативном и врло апстрактном нивоу,[14] истовремено изазивајући дилему да ли је у таквим анализама реч о функцијама права или о циљевима којима оно тежи. Ова појмовно-терминолошка конфузија присутна је и у интерпретацијама класичних дела јуриспруденције.[15] Заиста је тешко разлучити и захтева исцрпну анализу да ли се ико од класика јуриспруденције макар и најелементарнијем нивоу бавио функцијама права.

Раз каже да је истраживање функција права важно за све дисциплине које изучавају право: важно је за аналитичку јуриспруденцију у њеној потрази за универзалном природом права; за социологију права и политикологију јер ове две дисциплине треба да објасне интеракцију права са другим друштвеним и политичким феноменима; за правнике практичаре када интерпретирају норму за потребе њене примене; за моралне и политичке филозофе када трагају за принципима којима право треба да тежи итд.[16] Но, да ли је да ли је питање функција права уопште могуће истраживати из ракурса нпр. аналитичке јуриспруденције или етичке и моралне филозофије, те да ли је то оно што један адвокат и судија раде у току свог радног дана? Да ли ове теоријске и практичне дисциплине поседују одговарајућу методологију за тако нешто?

Ако функције неког феномена одредимо онако како се то уобичајено чини у социологији, као стварни учинак норми у односу на друштвени систем или неки његов подсистем,[17] онда када је у случају права јасно да његове функције никако не могу бити предмет етичке и моралне филозофије, које су нормативне дисциплине и које, према томе, могу једино изучавати циљеве (сврхе) којима право *треба да*

[13] *Ibid.*, 198–199.

[14] Вид. Х. Харт, *Појам права*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 86. и 249–290.

[15] Тако код: K. E. Ehrenberg.

[16] J. Raz, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford 1979, 163.

[17] С. Бован, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 177.

тежи. Аналитичка јуриспруденција у мери у којој жели остати то – аналитичка (а не склизнути у социологију што се често дешава),[18] не може се бавити функцијама права као манифестацијама једног конкретног права у простору и времену с обзиром на своје универзалистичке аспирације. Чак и ако се одрекне амбиција да открије универзалну природу права, те задржи на нужним карактеристикама једног конкретно-историјског концепта права, због метода којим се користи (концептуална анализа), аналитичка јуриспруденција нам не може рећи ништа о ефектима права на друштво. Она нам може открити циљеве које конкретно право хоће да оствари, те евентуално за које је подесно, али ефективност права и функције права остају домен емпиријске правне науке.

Чини се да Разов став да се функцијама права могу бавити све правне дисциплине проистиче из недовољно прецизно дефинисаног појам функције, односно његовог изједначавања са оним што називамо сврхом или циљем права. Како те две категорије постоје на онтолошки сасвим различите начине − прва као објективна друштвена чињеница, а друга као субјективна, значењска чињеница, то њихово изучавање не може бити предмет истих дисциплина. Дакле, пре упуштања у било какву анализу, неопходно је направити јасну дистинкцију између *циља (сврхе)* права и *функција* права.

3. ЦИЉ (СВРХА) ПРАВА

Да је право сврховита друштвена чињеница већ се здраворазумски чини као тачно. Право је људска творевина, али специфична. Оно није, као неке друге друштвене чињенице, ненамеравани продукт друштвених интеракција, већ нешто што људи стварају са намером, да им на неки начин служи. И док се ово чини као труизам, објашњење како настају овакве друштвене чињенице које су производ колективне интенционалности, предмет је озбиљних расправа унутар социјалне онтологије. У овом раду нема простора за детаљно упуштање у те расправе, али да бисмо објаснили природу права као специфичне врсте друштвених чињеница која је оријентисана ка својој сврси, морамо се на тренутак подсетити филозофије Џона Серла (*Searle*), тог за сада највишег домета у објашњењу тзв. институционалне реалности. У настојању да објасни „како може постојати објективан свет новца, имовине, брака, влада, избора, фудбалских утакмица, коктел-забава и судова, у свету који се у потпуности састоји од физичких

[18] О критици аналитичког дефинисања концепта права видети у: B. Z. Tamanaha, *A realist theory of law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, 62–71.

честица“,[19] Серл укупну реалност дели на тзв. голе чињенице (*brute facts*), које постоје независно од усмерености наше свести на њих (онтолошки објективно), и тзв. институционалне чињенице (*institutional facts*), које људи колективно стварају тако што проглашавају да оне постоје, иако у материјалној реалности не постоји ништа што би био њихов еквивалент (њихово постојање је онтолошки субјективно).[20] Настанак ових последњих резултат је специфично људске способности да предметима, лицима и појавама, додељују оно што Серл назива статусним функцијама (*status-functions*).[21] Премда и животиње могу додељивати функције објектима који постоје у физичкој реалности (шимпанза може користити камен као алат за разбијање ораха), само човек има способност да објекту додели функцију која не проистиче из његових интристичних особина.[22] Узмимо Серлов омиљени пример – новац. Нема ништа у парчету папира који представља новчаницу од 1000 динара, што би га чинило новцем. Парче папира је новац јер су му људи колективно доделили тај статус на основу којег оно може да врши функцију платежног средства.

Сва људска институционална стварност настаје на описани начин – колективним додељивањем статусних функција. Право је такође институција, и то на два начина. Најпре, оно се састоји из појединачних институција као што су власништво, брак, наслеђе, итд. Тако, власништво не постоји све док колективно не признамо да људи могу поседовати и употребљавати покретности и непокретности уколико су их стекли на одређени начин као и да их у томе нико не сме спречавати. Друго, правни систем као такав је институција. Правни систем настаје када колективно признамо да одређена мрежа организација сачињена од положаја има моћ да проглашава шта ће се у датој политичкој заједници сматрати правом.[23] Дакле, као и остале институционалне чињенице, право постоји утолико што људи колективно проглашавају да постоји.

Пошто је право институционална чињеница у наведеном смислу, онда је јасно на који начин је сврха важан елемент такве појаве. Заправо, такве врсте чињеница правилно можемо описати једино у односу на сврхе ка којима су управљене.[24] Зато су институционалне чиње-

[19] J. Searle, *The Construction of Social Reality*, *https://www.perlego.com/book/779-804/the-construction-of-social-reality-pdf*, 2. мај 2023, Introduction section, para. 1.

[20] *Ibid.*, The Metaphysical Burden of Social Reality section, para. 1.

[21] *Ibid*., From Collective Intentionality to Institutional Facts: The Example of Money section, para. 8.

[22] *Ibid.*

[23] B. Z. Tamanaha, 196.

[24] N. MacCormick, *Institucije prava*, Naklada breza, Zagreb 2014, 396–398.

нице увек и интерпретативне чињенице.[25] Тако, рецимо, уставно право тешко да исправно можемо схватити уколико га не доведемо у везу са циљем ограничења државне власти и обезбеђивања одређеног простора људске слободе.[26]

У наведеном смислу основна правна методологија јесте херменеутичка.[27] Она иде за тим да објасни правна правила у односу на значења која су им људи дали, а та су значења увек управљена ка неким циљевима. Ово објашњава значај који циљ има у праву на најапстрактнијем нивоу. Али шта то значи конкретно? То значи да циљ у праву објашњава шта су интереси и вредности које је творац норме желео да оствари нормирањем. Напомињем да овде ова „воља законодавца“ не подразумевам никакву индивидуалну психолошку вољу, већ вољу која је комбинација свих појединачних психолошких воља које су формулисале норму,[28] модификовану објективним друштвеним приликама у складу са којима ту вољу има смисла тумачити. Ова анализа намере може се користити не само за објашњење појединачне норме већ и за објашњење целокупног правног система, с тим да је тада компликованија, јер је правни систем производ деловања великог броја фактора, укључујући и различите намере различитих појединачних воља током дугог трајања.[29] До циља појединачне норме доћи ће се правилном применом канона тумачења, а верујем да је исто могуће постићи и на нивоу права као система, чије се основне вредности и интереси налазе врло често на изричит начин у уставу, а као средства тумачења могу помоћи и сви други писани трагови који говоре о вољи историјског „законодавца“, као и општа политичка атмосфера и друштвене прилике непосредно пре доношења устава, као највишег правног акта у којем би требало да су садржани најапстрактнији циљеви једне политичке заједнице.

4. ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Функције права постоје на потпуно другој равни стварности у односу на његове циљеве. Док су циљеви субјективна категорија, дотле су функције нешто што постоји, Серловим речником речено, онтолошки објективно. Оне показују стварни учинак права на друштво или неки његов подсистем, односно „видљиве објективне после-

[25] *Ibid.*, 395.
[26] *Ibid.*, 395–396.
[27] *Ibid.*, 399.
[28] F. Bidlinski, *Pravna metodologija*, CID, Podgorica 2011, 38.
[29] Другачије код: L. Green, “The functions of law”, *Cogito* 2/1998, 118.

дице“[30] које право производи у свом деловању. Док категорија циљева захтева перспективу учесника, категорија функција тражи да се изместимо из улоге оног ко примењује норму и заузмемо перспективу посматрача. Другим речима, за разлику од циљева права који су, као што је већ речено, предмет херменеутике, функционална анализа домен је емпиријске науке.

Циљеви се могу поклапати са функцијама, што је редовно намера творца права – да право у свом деловању оствари циљеве због којих је створено. Међутим, чест је случај да право у свом деловању не испољи намераване ефекте, већ неке које творац није имао на уму, било да су они позитивни или негативни. Као пример могу послужити истраживања која показују да државе у којима је абортус инкриминисан немају мању стопу нежељених трудноћа у односу на државе у којима је дозвољен, нити да ова забрана смањује број абортуса. Изгледа да закон који забрањује абортус не успева да постигне циљ због којег је донет – смањење броја нежељених трудноћа и смањење броја асистираних прекида трудноће. Напротив, постоје снажне индиције да оваква регулатива штетно делује на вредности живота и здравља као елементарне вредности сваког друштва. Ово зато што жене, онемогућене да то учине у званичним институцијама здравственог система, интервенцију прекида трудноће обављају у илегалним амбулантама, у недовољно безбедним условима.[31] То значи да овакав закон, не само да не постиже намераване ефекте у погледу смањења броја нежељених трудноћа и абортуса, већ се показује и као дисфункционалан јер доводи до штетних последица по добро живота и здравља.

Као погодан оквир за разумевање дистинкције циљ – функција, те места сусрета ове две категорије, може послужити теорија манифестних и латентних функција Роберта Мертона (*Merton*). Према Мертону, манифестне функције неке друштвене институције су оне које доприносе прилагодљивости и опстанку система, а које су притом намераване и од стране актера препознате.[32] Латентне функције су оне које нису намераване, нити препознате од стране учесника система, али су се ипак догодиле.[33] За социологију су латентне функције примарна сфера интересовања јер оне разјашњавају постојање наизглед ирационалних друштвених образаца као и појава које морално

[30] R.K. Merton, *Social theory and social structure*, The Free Press, New York 1968, 78.

[31] J. Bearak *et al.*, “Unintended pregnancy and abortion by income, religion and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019”, *The Lancet* 9/2020.

[32] R. K. Merton, (1968), 114.

[33] *Ibid.*

осуђујемо.[34] Тако чувена Диркемова анализа казне почива управо на анализи њених латентних а не манифестних функција: иако на први поглед изгледа да казна служи да искорени злочин, њена латентна функција је да обнови солидарност међу члановима друштва, тако што ће их подсетити на заједничке моралне вредности. У супротном, колективни морал не би био у стању да контролише понашање људи и стопа криминалитета у друштву би порасла до нивоа на којем угрожава опстанак друштва.[35]

Како долази до тога да нека друштвена институција упркос намери њених твораца почне да производи ненамераване последице, било функционалне, било дисфункционалне? Ствар је у томе да објективне последице неке радње не произилазе само из субјективних диспозиција (намера, циљева, мотива), већ су резултат њихове интеракције са објективном ситуацијом. Наравно, за овакав став неопходно је најпре прихватити позицију реализма, односно прихватити да друштвене чињенице, укључујући и институционалне, постоје *као* ствари (онтолошки објективно). Другим речима, иако је институционална чињеница у смислу да настаје као производ колективне интенционалности и да нема реалност попут чињеница материјалне природе, право након стварања почиње да производи објективе последице које не морају имати ништа са мотивима, разлозима и сврхама због којих је створено. Зато је за потребе науке корисно, чак нужно, третирати право као нешто што постоји *per se*.[36] Разлог за ово одвајање правног артефакта од његових сврха, треба тражити у природи људских сазнајних моћи које су ограничене спрам комплексне друштвене стварности коју одликује мултиузрочност. Ово резултира тиме да творац права не може својим знањем обухватити све могуће факторе које потенцијално могу интераговати са правом, те предвидети све стварне последице једног закона. Ево једног примера. За право се често каже да, поред осталих, врши и социјализаторску функцију,[37] тј. да је један

[34] *Ibid.*, 118–119.

[35] M. Haralambos, R. Heald, 396.

[36] Посматрати друштвене чињенице као ствари, не значи нужно прихватити да оне постоје у реалности на исти начин на који постоји материјална стварност. Тако је Дирекем (*Emile Durkheim*) сматрао да друштвене чињенице треба третирати *као* ствари, јер се у односу на човека појављују као принудне и спољашње. Он није тврдио да оне и заиста имају неку реалност, већ да им треба дати такав статус јер је то корисно, чак и неопходно, да би се формулисале научне тврдње. О овоме види у: E. Durkheim, *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method*, Bloomsbury Publishing 2013, *https://www.perlego.com/book/2996269/durkheim-the-rules-of-sociological-method-and-selected-texts-on-sociology-and-its-method-pdf*, 4. мај 2023, 20–27.

[37] J. Raz, (1979), 176–177.

од механизама путем којег се на појединца преносе основне вредности друштва. Ако пак прихватимо за тренутак хипотезу многих теоретичара да право иницијално није настало са циљем да васпита људе у вези са моралним вредностима друштва, већ да је створено са циљем да спречи нежељена понашања и омогући координацију, а све то под претњом принуде, онда изгледа да се интернализација основних норми система, односно њихове вредносне компоненте, десила као ненамеравана последица. Други разлог који може условити ову неподударност циља и функције, јесте грешка. Најзначајнија је она која проистиче из чињенице да се околности мењају а људи поступају по навици, односно делају на начин како су то чинили у прошлости верујући да ће њихове радње произвести идентичне последице, не обраћајући, притом, пажњу на измењене друштвене прилике.[38] Тако је врло честа појава да право „не иде у корак са временом“, што се у бољем случају заврши просто неефективношћу његових норми, а у горем – производњом негативних ефеката.

Чињеница да се данас право састоји једним (мањим) делом и из норми које се доносе са циљем васпитања људи у погледу одређених моралних вредности пре него са циљем директног усмеравања понашања, а што неки аутори називају симболичком функцијом права,[39] није ништа друго до последица људске способности да учи из искуства – да сагледава позитивне ефекте права и да их повратно имплементира у законе као циљеве.

5. ФУНКЦИОНАЛНА АНАЛИЗА А НЕ ФУНКЦИОНАЛИЗАМ

Функционална анализа често је критикована као метод којим се користе конзервативни, чак реакционарно оријентисани социолози. Ово проистиче из везивања функционалне анализе за функционализам као социолошку гранд-теорију која друштво посматра као складну и непротивречну целину чији сваки део доприноси стабилности система. Запитати се шта је функција неке институције за функционалисту значи одговорити на питање како та институција доприноси стабилности посматраног система, при чему свака институција има позитивну функцију за сваку јединицу система. Ипак, за бављењем функционалном анализом права није нужно бити функционалиста. Функционална анализа по себи је вредносно неутрална, те може бити

[38] R. K. Merton, “The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action”, *American Sociological Review* 6/1936, 897.

[39] О томе види код: W. van der Burg, “The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues”, *Law and Philosophy* 20/2001, 31–59.

коришћена (а тако се и користила) као метод различитих гранд-теорија.[40] Тако и конфликтна теорија, да би критиковала неку институцију, мора најпре анализирати њену функцију унутар постојећег система (нпр. да би објаснио структуру класног друштва, дијалектички материјализам морао је почети од истраживања функције приватне својине).[41] Или, речима Н. Бобија: „Док функционална анализа може да занемари функционализам, дотле критичка теорија друштва […] не може да занемари функционалну анализу…“[42]

Но, да би функционална анализа постала идеолошки неутралан алат, неопходно је одбацити каноне класичног функционализма. Најпре је потребно одрећи се канона универзалног функционализма, према којем свака институција увек врши позитивну функцију. Како то чини и Мертон, нужно је прихвати могућност да институција може бити и дисфункционална, односно да може производити и маладаптивне и дезинтегративне последице по систем, уз могућност признавања постојања и не-функционалних последица (оних које су ирелевантне по систем).[43] У случају анализе правног феномена, то би, рецимо, значило препознавање да право може рефлектовати и интересе једне економске групе, успоравати друштвену промену, производити неједнакости итд. Поврх тога, приликом сваке анализе функција права неопходно је прецизирати јединицу друштвеног система у односу на коју ценимо функционалност права. Ово значи одбацивање другог канона класичног функционализма – канона функционалног јединства друштва, који каже да је свака институција добра како за целину друштва, тако и за појединца и различите друштвене подсистеме.[44] Напротив, право се може појавити као функционално за једну друштвену групу (рецимо ону економски доминантну) и дисфункционално за другу.

Не треба заборавити ни да право може имати у истом тренутку у односу на исту јединицу друштвеног система и позитивне и негативне функције, што отвара проблем утврђивања „нето баланса скупа свих последица“[45] права по дату јединицу, а што је посебно значајно за функционалну анализу која се спроводи у практичне сврхе као што су измене постојеће законске регулативе.

[40] R. K. Merton, (1968), 93.
[41] Н. Бобио, (1982), 200.
[42] *Ibid.*
[43] R. K. Merton, (1968), 105.
[44] *Ibid.*
[45] *Ibid.*

Признавање могућности дисфункција права, отвара простор за бављење проблемом односа између права и друштвене промене. Иако се функционална анализа углавном фокусирала на друштвену статику, односно на структуре, Мертон примећује да јој ово није својствено. Истраживањем дисфункција омогућава да се открију разлози за промене у друштву, јер се друштвена промена дешава тамо где је збир свих последица неке институције такав да је она више дисфункционална него функционална.[46]

Што се тиче трећег постулата класичног функционализма према којем друштво не би могло да функционише без одређених институција јер оне немају функционалну алтернативу, и ово је нешто што се би требало емпиријски потврдити у сваком конкретном случају. Подсетимо само на теорије које су предвиђале смрт права, од којих је свакако најпознатија марксистичка. Друштво без права које према марксистима треба да дође након социјализма и коначног обрачуна са остацима капитализма, јесте једно спекулативно предвиђање, које, притом, звучи веома утопијски, али које није концептуално немогуће. Осим тога, слично друштво је у историји већ постојало. Ако право у дефинисању вежемо, како се то најчешће чини, за неку од категорија: 1. суверена власт, 2. институционализовани нормативни поредак, 3. постојање система примарних и секундарних норми – онда са великом сигурношћу можемо рећи да такво нешто није постојало у првобитној заједници. Та друштва су ипак функционисала, што значи да су остали нормативни системи тада били сасвим подесне функционалне алтернативе праву. Неки аутори сматрају да право већ сада губи неке од својих функција. Тако Н. Бобио сматра да се у савременим друштвима може приметити опадање једне од његових главних функција – репресивне. [47] Наиме, како се у савременим техничко-технолошким условима (посебно утицај савремених мас-медија) повећава могућност контроле друштва социјализацијом, Бобио каже да се може претпоставити да потреба за репресијом опада.

6. НЕКИ ПРОБЛЕМИ ПОСТОЈЕЋИХ КЛАСИФИКАЦИЈА ФУНКЦИЈА ПРАВА

Прескочићу приказ постојећих класификација функција права (иако то не би нарочито оптеретило овај рад с обзиром на њихову малобројност), и одмах указати на неке од проблема са којима се постојеће таксономије суочавају.

[46] *Ibid.*, 94.
[47] Н. Бобио, (1982), 199.

Већ је примећено да се неретко дешава да се у исту раван стављају функције које нису истог ранга, у смислу да је једна функција конкретизација друге.[48] Такав случај, рецимо, постоји када се у таксономији нађу функција одржавања реда и функција решавања спорова. Наиме, решавање спорова доводи до успостављања реда, па ово не могу бити функције истог реда. Овде би функција решавања спорова (ако прихватимо да је уопште реч о функцији) била нижег ранга у односу на функцију одржања реда. Ово је логички, несуштински проблем појединих класификација, али свакако нешто што доводи до беспотребног проширивања листе функција. Друга крајност би биле све оне теорије које праву придају само једну, најчешће исувише апстрактну функцију, као што је: координација понашања или усмеравање понашања, без објашњења механизма на који право врши те функције.

Ипак, већи проблем је што се у појединим класификацијама налази и једна материјална грешка, а то је поистовећивање задатака које право врши и његових функција. Ово вероватно проистиче из недовољно прецизног одређења самог појма *функције*. Наиме, функција је увек релациона категорија. Имати функцију значи – бити у служби нечег. Такво значење термина *функција* води порекло из математике, где се први пут помиње.[49] То значи да функције права увек посматрамо у односу на неки систем чији је право део, у смислу утицаја права на тај систем. Као што је већ речено, наведени утицај не мора бити позитиван, али је важно да је анализа функција увек анализа утицаја права на одабрану јединицу друштва. У том смислу малу сазнајну вредност имају искази да право врши функцију решавања спорова или пружања услуга, јер су у питању задаци које право врши, а не његове функције. (Истини на вољу, решавање спорова јесте задатак који вероватно редовно доприноси друштвеној кохезији, али није реч о појмовима који припадају истом роду). Такође, рећи да право врши функцију усмеравања понашања са становишта једне функционалне анализе није довољно. Понашање се може усмеравати у разним правцима и питање је за емпиријску анализу да ли у конкретном случају усмеравање има позитивну, негативну или непостојећу функцију у односу на систем.

У литератури се среће још и појмовна конфузија средство – функција. Наиме, дешава се да се поистовети специфично средство којим се право служи у остварењу својих циљева, а то је принуда, са његовом функцијом, па се тако може чути да право врши „репресивну

[48] *Ibid.*, 210.

[49] R. K. Merton, (1968), 75.

функцију“.[50] Међутим, репресивно може бити средство, али не и функција. Овде је заправо корен заблуде сличан као у претходном случају. Заборавља се да „вршити функцију“ значи: „бити у служби нечега“, па је за анализу функција права битно да ли и чему репресија која прати право служи, а у односу на шта се показује као дисфункционална. У том контексту је недостатна Келзенова теорија према којој је право специфична техника регулисања друштвених односа која се од других не разликује по каквоћи понашања које регулише већ по средству којим се служи, а то средство је принуда,[51] али је та теорија истовремено добра полазна основа за социолошку анализу функција права јер води питању: зашто се право служи баш репресивним средством? Односно (ако одредимо принуду као нужну карактеристику појма права), зашто постоји једна таква репресивна форма друштвене контроле? А да би се то истражило неопходно је отићи даље од формализма и завирити и у садржину норми, односно у природу друштвених односа које право регулише, не би ли се нашао одговор на питање има ли нешто у тим друштвеним односима што их чини подеснима искључиво за принудно регулисање. Марксистички оријентисани теоретичари одавно су дали редукционистичко, али ипак делимично тачно, објашњење – право је подржано насиљем јер је његова функција заштита класних, а не општедруштвених интереса.[52]

На сличан начин проблематична је и Бобијева тврдња да право у савременим друштвима, поред традиционално истицане, репресивне функције, врши и тзв. промотивну функцију.[53] Бобио каже да је са појавом државе благостања примећено да право не мотивише само претњом санкцијом, већ у одређеним ситуацијама и обећањем награде. Док је у класичној либералној држави, која је за циљ имала да заштити приватну својину и слободу предузетништва, претња санкцијом била довољна да се постигну циљеви, савремене државе које све више интервенишу у приватну сферу не би ли обезбедиле праведнију дистрибуцију моћи и добара, користе се и другим средствима друштвене контроле. Једно од њих су и норме које обећавају награду. У питању су најразличитије „стимулишуће норме“, као што су оне које послодавцу који запосли одређени број лица са инвалидитетом дају право на пореску олакшицу, затим оне које омогућавају различите погодности мајкама или младим брачним паровима како би се под-

[50] Н. Бобио, (1982), 212.

[51] Х. Келзен, 92–93.

[52] Р. Лукић, *Теорија државе и права*, Том 2, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995, 51–55.

[53] Н. Бобио, „Промоционална функција права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 3, САНУ, Београд 1987, 93–103.

стицао раст наталитета, субвенције којима се настоји подстаћи производња у неком привредном сектору и сл. За овакве норме које настоје да стимулишу грађане на жељено понашање обећањем награде Н. Бобио каже да врше промотивну функцију. Критика која се овоме може упутити је да ли има смисла промотивну функцију супротставити репресивној. Ово из разлога што право увек врши промотивну функцију у смислу да подстиче одређено пожељно понашање.[54] Оно то чини и када се користи репресивним средством једнако као онда када обећава награду.

Међутим, ако промотивну функцију схватимо у смислу специфичног средства којим се промоција жељеног понашања врши – награде – то нам је, из већ поменутог разлога, од малог значаја за функционалну анализу, јер не говори ништа о томе која су то понашања и чему њихова промоција користи или штети. Јер, као што је речено, право може промовисати различита понашања, а за функционалну анализу нам је управо битно која. Осим тога, пораст броја оваквих „стимулишућих норми“ у једном правном поретку могао би бити интересантан и у контексту питања да ли класна функција права опада у савременим државама.

7. ЗАКЉУЧАК

Пре упуштања у истраживање функција права, неопходно је концептуално и методолошки рашчистити терен, а приказана анализа један је такав покушај. Она је имала за циљ најпре да скрене пажњу на то да се у литератури врло често не прави јасна дистинкција између циљева (сврха) и функција права, иако је реч о онтолошки различитим категоријама, које би последично морале бити предмет изучавања различитих дисциплина. У том смислу, као погодан оквир за разумевање ове дистинкције може се узети теорија Роберта К. Мертона о латентним и манифестним функцијама. Према овом схватању, манифестне функције односиле би се на намераване последице права, у ком смислу би одговарале последицама описаним циљевима права, док би латентне функције биле оне последице које су ненамераване и непрепознате од стране творца права. Осим тога, а опет у духу Мертоновог функционализма, указано је на потребу да се функционалној анализи обезбеди идеолошка неутралност, а што се постиже одбацивањем канона класичног функционализма. То значи прихватити могућност да право не мора увек да врши позитивне функције у друштву, да за једну јединицу друштва оно може бити функционално

[54] А. Безбрадица, *Право и сила*, мастер рад, необјављен рукопис, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 34.

а за другу дисфункционално, као и да је могуће да има функционалне алтернативе. „Прихватити могућност“ не значи ништа друго него вратити функционалну анализу под окриље емпиријске социологије, односно постулирати као неопходно да се за сваку јединицу друштва и сваку тачку у времену, функције права проверавају искуствено. Даљи корак била би детаљна разрада једног општег дескриптивног протокола за истраживање, а што је посебно комплексан подухват који мора узети у обзир и потешкоће у емпиријском истраживању права, као једног свепрожимајућег друштвеног феномена чији утицај није увек лако изоловати од утицаја других друштвених феномена.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bearak, Jonathan *et al*., “Unintended pregnancy and abortion by income, religion and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990–2019”, *The Lancet Global Health* 9/2020;
2. Безбрадица, Ања, *Право и сила*, мастер рад, необјављен рукопис, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015;
3. Bidlinski, Franc, *Pravna metodologija*, CID, Podgorica 2011;
4. Бобио, Норберто, „О функционалној анализи права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 2, САНУ, Београд 1982;
5. Бобио, Норберто, „Промоционална функција права“, *Зборник за теорију права* (ур. Р. Лукић), св. 3, САНУ, Београд 1987;
6. Бован, Саша, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014;
7. Van der Burg, Wibren, “The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues”, *Law and Philosophy* 20/2001;
8. Green, Leslie, “The functions of law”, *Cogito* 2/1998;
9. Durkheim, Emile, *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method*, Bloomsbury Publishing 2013;
10. Ehrenberg, Kenneth E., *The functions of law*, Oxford University Press, Oxford 2016;
11. Келзен, Ханс, *Општа теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010;
12. Лукић, Радомир, *Теорија државе и права*, Том 2, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995;
13. Luhmann, Niklas, *A sociological theory of law*, Routledge & Kegan Paul, London–Boston 1985;
14. MacCormick, Neil, *Institucije prava*, Naklada breza, Zagreb 2014;
15. Merton, Robert K., “The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action”, *American Sociological Review* 6/1936;

16. Merton, Robert K., *Social theory and social structure*, The Free Press, New York 1968;
17. Raz, Joseph, „The functions of Law“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. A. W. B. Simpson), 2nd series, Oxford University Press, Oxford 1973;
18. Raz, Joseph, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford 1979;
19. Searle, John, *The Construction of Social Reality*, *https://www.perlego.com/book/779804/the-construction-of-social-reality-pdf*;
20. Tamanaha, Brian Z., *A realist theory of law*, Cambridge University Press, Cambridge 2017;
21. Treviño, Javier A., *Talcott Parsons on Law and Legal System*, Cambridge Scholars Publishing, 2008;
22. Treviño, Javier A., *The sociology of law: classical and contemporary perspectives*, St. Martin's Press, New York 1996;
23. Ferari, Vinčenco, *Pravo i društvo*, CID, Podgorica 2011;
24. Haralambos, Michael, Heald, Robin, *Uvod u sociologiju*, Globus, Zagreb 1989;
25. Харт, Херберт, *Појам права*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

Research Assistant Anja Bezbradica, LL.M.

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE FUNCTIONAL ANALYSIS OF LAW

Summary

The paper analyzes the jurisprudential literature regarding the functional analysis of law and postulates that there has not been significant research on the functions of law in jurisprudence. Starting from Merton's (Robert K. Merton) distinction between latent and manifest functions, we hypothesize that one of the reasons for the illusion of the ubiquity of the functional analysis of law in the legal literature is the conceptual identification of the terms goal (purpose, aim) and function in jurisprudence. In addition, due to the dominance of normative theories of law (in its various variants) and the associated structuralist understanding of law, even among authors who clearly separate the goal of law and its functions, dealing with the latter happens incidentally and on a high theoretical level. On the contrary, this paper intends to position the functional analysis of law where it naturally belongs – in the field of empirical sociology, leaving the issue of law purposes to the philosophy of law.

Additionally, like in Merton's theory, the author points to the need to provide ideological neutrality to the functional analysis, which could be achieved by rejecting the principles of classical functionalism. This means accepting that law does not always perform positive functions in society, that it can be functional for one unit of society and dysfunctional for another, and accepting the possibility for it to have functional alternatives. The analysis aims to provide a conceptual-methodological framework for future research on the functions of law.

Key words: *The functional analysis of law; Functions of law; Purpose of law; Latent and manifest functions of law.*

УПРАВНО ПРАВО /
ADMINISTRATIVE LAW

УДК/UDC 340.12:351.74
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Милош Прица

Правни факултет Универзитета у Нишу

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНИХ РЕЖИМА ДЕЛАТНОСТИ ПОЛИЦИЈЕ

У различитим областима правног поретка заступљени су бројни правни режими уређивања правних предмета и делатности субјеката правног поретка. Правни режими састављени су од правних принципа и правних норми, у чијој основи лежи разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова. Правни режими заступљени у правном поретку разликују се према својој садржини, а основ разликовања садржан је у односу правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као системских и регулативних правних ставова. Регулативна делатност полиције почива на правној везаности (правним нормама као регулативним ставовима) и оцени целисходности. С друге стране, физичка делатност полиције само једним делом може бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, следствено чему у правном режиму уређивања физичке делатности полиције преовлађују законске норме као системски правни ставови. Физичка делатност полиције у служби заштите јавног поретка оснажена је претпоставком легалности, оценом целисходности и могућношћу непосредног извршења, а законске норме као системски правни ставови уређују услове, границе и последице распростирања полицијске делатности. Код контролне делатности полиције равноправно су заступљене правне норме као регулативни правни ставови и правне норме као системски правни ставови. Имајући све ово у виду, у правним режимима делатности полиције – у зависности од облика делатности – важно је уочити разлику између законитости у материјалном смислу и законитости у формалном смислу.

Кључне речи: Делатност полиције; Телеолошки правни ставови; Системски правни ставови; Регулативни правни ставови; Законитост у материјалном смислу; Законитост у формалном смислу.

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

1. ОБЛИЦИ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ДЕЛАТНОСТИ ПОЛИЦИЈЕ

Полиција је орган државне управе – утеловљен ради одржавања јавног поретка и правног поретка, а полицијско право је област правног поретка саздана од правних појмова и правних института, заснованих на правним принципима и правним правилима о организацији и делатности полиције те контроли делатности и одговорности полицијских службеника. Полиција у поретку правне државе подлеже принципу законитости, при чему за полицију важи особен управноправни режим, како у погледу уређивања положаја и организационе структуре, тако и у погледу делатности.

Полиција је екстремно дијалектичка појава: уједно највећи заштитник поретка и највећи непријатељ слободе. Изазов правне технике и јесте у томе: што је због природе делатности важно постићи да правне норме полицију ограничавају и не ограничавају![1] Будући да делатност полиције служи заштити правног поретка и јавног поретка, нужно је установљавање различитих облика полицијске делатности, следствено чему постоје и бројни режими правног уређивања полицијске делатности.

Унутрашњи послови и делатност полиције припадају управној материји, као једној области правног поретка. Управном материјом оправдано је означити подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра.[2] Државна управа као институционални поредак јавне власти оличава опште добро, полиција је биће државне управе, а делатност полиције превасходно служи остваривању и заштити општег добра, правног поретка и јавног поретка. У управној материји претежу општи интереси у језгру општег добра, с тим да општи интерес не би требало поистовећивати са јавним интересом. Јер, општи интереси имају супстанцијални карактер и представљају динамичке изразе општег добра, док јавни интерес има релациони карактер и представља статички израз општег добра. Јавни интерес као релациона категорија служи уређивању односа између правних интереса као супстанционалних категорија.[3]

Императивне законске норме представљају израз јавног интереса као регулативне (релационе) детерминанте у правном поретку, што

[1] М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш 2020, 51–191.

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

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

значи да се императивним нормама поставља статичка равнотежа између правних добара и правних интереса у правном поретку, с тим да домашај примене императивних правних норми није исти у свим областима правног поретка (у свим материјама правног уређивања). Императивним законским нормама у управној материји утврђен је статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да једнострано уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса у управној материји – опредељује да у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у целости обухватити све видове испољавања општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у правној стварности 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 финансије. Поврх тога, у динамичком смислу, 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 и полицијски режим као посебан управноправни режим.

Постоји више облика делатности полиције у правном поретку. Најпре, делатност полиције може подразумевати решавање правних предмета о признавању права или одређивању обавеза субјеката правног поретка. У питању је *регулативна полицијска делатност*, оличена у доношењу општих и индивидуалних правних аката на основу императивних законских норми. Делатност у питању може се испољити као режим правне везаности у целости, али није мали број предмета који се решавају на основу оцене целисходности полиције, са применом горе поменутих клаузула општег добра. Решавање правних предмета о стране полиције на основу оцене целисходности представља посебан правни режим у правном поретку, чија је важна одлика

ограничавање материјалноправне судске контроле полицијских индивидуалних правних аката.

Поврх тога, делатност полиције може се испољити у облику радњи и мера које се предузимају с циљем заштите јавног поретка, јавног реда и мира и јавне безбедности. Реч је о *старатељској (физичкој) полицијској делатности* која се врши непосредно на основу закона, са претпоставком легалности и оценом целисходности, а путем полицијских радњи које се непосредно извршавају. Правни режим о којем говоримо подлеже законским нормама које полицију и ограничавају и не ограничавају.

Осим тога, полиција у правном поретку обавља и контролну делатност усредочену на заштиту императивних норми и правног поретка (на пример, контрола поступања возача у јавном саобраћају). У питању је *полицијска контролна делатност* која такође почива на полицијским радњама, с тим да је степен правне везаности израженији у односу на старатељску (физичку) делатност полиције.

Поводом регулативне, старатељске и контролне полицијске делатности, на снази је законски режим полицијских послова, полицијских овлашћења и полицијских радњи, чија је примена условљена природом постојећих облика делатности полиције. Да би се разумео смисао постојања и примене правних режима полицијске делатности, неопходно је претходно изложити разлику између телеолошких, системских и регулативних правних ставова у правном поретку.

2. ТЕЛЕОЛОШКИ, СИСТЕМСКИ И РЕГУЛАТИВНИ ПРАВНИ СТАВОВИ КАО САДРЖИНА ПРАВНИХ РЕЖИМА

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 (релационе) 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 састављени су од правних принципа и правних норми, у чијој основи лежи разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова, што је наше оригинално гледиште.[4] Правне норме и правни принципи по својој унутарњој

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

(правнологичкој) структури јесу правни ставови,[5] али правни ставови различитог својства. Телеолошки правни ставови (правни принципи) изражавају основне правне идеје и утеловљују 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, усмеравајуће и процесне норме) уређују међусобни однос елемената 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, што је 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.[6]

У нашој правној књижевности уобичајио се израз „норме о понашању“,[7] 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 материјалноправних и процесноправних норми, особито што правни поредак премаша оквир правног уређивања путем материјалноправних и процес-

[5] 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.

[6] М. Прица, „Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* бр. 78/2018б, 103–126.

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

них норми.[8] 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,[9] 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 услови за стицање и престанак држављанства уредити законом (сис-

[8] 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 индентификацији 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, (2018б), 135–180.

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

темски правни став).[10] 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).[11] Наспрам положаја државне управе, уставне норме[12] 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[13] – 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.[14]

[10] Члан 38. Устава Републике Србије.

[11] Члан 42. Устава Републике Србије.

[12] Члан 136. Устава Републике Србије.

[13] Закон о облигационим односима – ЗОО, *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.

[14] 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. Вид. М. Прица, Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018, 103–126; М. Прица,

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 сачињавају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи у правном поретку и уистину представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка.[15] 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).[16] С друге стране,

„Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021, 97–116.

[15] Правотворачки извори очитују субјекта правног поретка у процесу стварања и примене права, опредељујући каузу његовога делања. 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 том смислу смо на подручју материјалних извора права. Притом, правотворачке изворе на страни субјеката правног поретка неопходно је лучити од материјалних извора на страни правнога бића (нпр. објективни дух и правна свест као материјални извор права).

[16] 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 уго-

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).

Подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као системским правним ставовима изражава суштину принципа законитости у формалном смислу, дочим принцип законитости у материјалном смислу подразумева подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као регулативним правним ставовима. Само када се језгро конкретизованог правног уређивања налази у законској норми као регулативном правном ставу и под условом да у погледу тог уређивања важи потпуна правна везаност, исправно је говорити о постојању законитости у материјалном смислу, при чему се у различитим областима правног поретка развијају различити системи законскога права, што је потврда различитости садржине јавног интереса у областима правног поретка.[17]

Примера ради, правни режим типичног грађанскоправног уговора садржи (1) правне норме са дејством *inter partes* (регулативни правни ставови) које произлазе из слободне воље уговорних страна, (2) диспозитивне законске опште правне норме (регулативни правни ставови) које имају секундарни карактер, (3) опште правне норме као системске правне ставове[18] и (4) правне принципе као телеолошке правне

ворних 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.

[17] Гледиште о постојању законитости у материјалном и формалном смислу, које заступамо у овоме раду, разликује се од других у литератури заступљених схватања о законитости у материјалном и формалном смислу. Упореди: Д. Васиљевић, *Управне радње полиције и начело законитости – докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2003, 123–150.

[18] Члан 10. Закона о облигационим односима: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.“ Члан 20. истога закона: „Стране могу свој однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине 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, проме-

ставове који примарно важе спрам правног уређивања грађанскоправних уговора.[19] 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.

С друге стране, посве је другачија садржина правног режима делатности полиције усмерене на одржавање јавног реда и мира, због тога што правни режим о којем говоримо садржи законске норме као системске правне ставове 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[20] а законске норме као системски правни ставови[21] 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 у целости бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распростирања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, у циљу очувања правног поретка.

ну 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*, друго, измењено и допуњено издање, Београд 2014, 29.

[19] Члан 11. Закона о облигационим односима Републике Србије: стране у облигационим односима су равноправне. Члан 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.“

[20] Члан 31. Закона о полицији – ЗОП, *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 члан 32. истога закона предвиђени су правни принципи обављања полицијских послова (професионализам, деполитизација, ефикасност, економичност, законитост и сразмерност).

[21] Законодавство о полицији је једно велико мноштво системских правних ставова који полицију и ограничавају и не ограничавају, што је последица физичке делатности полиције, која по природи ствари не може унапред у целости бити регулисана законским нормама. Видети чланове 65–128. Закона о полицији.

3. КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНИХ РЕЖИМА ДЕЛАТНОСТИ ПОЛИЦИЈЕ

Правно уређивање у поретку правне државе нужно је засновано на законском основу, барем у значењу горе наведене законитости у формалном смислу, док у погледу садржине правног режима највећи значај имају правни принципи (телеолошки правни ставови), као правни основ правних норми (системских и регулативних правних ставова). Полиција обавља полицијске послове са циљем и на начин да свакоме обезбеди једнаку заштиту безбедности и правних добара, полазећи од законитости и владавине на основу права. Обављање полицијских послова заснива се на принципима професионализма, деполитизације, сарадње, економичности и ефикасности, законитости и сразмерности у примени полицијских овлашћења, као и правних принципа којима је уређено деловање органа државне управе и поступање у управним стварима.[22]

Посебан значај у оквиру правних режима делатности полиције има принцип сразмерности, следствено којем полиција примењује само мере и средства принуде која су утврђена законом и којима се резултат постиже без или са што мање штетних последица по лице према коме се мере предузимају.

Поврх тога, делатност полиције надахњују и телеолошки правни ставови засновани на међународно опште прихваћеним стандардима поступања који се односе на: 1) дужност служења грађанима и заједници; 2) одговарање на потребе и очекивања грађана; 3) поштовање законитости и сузбијање незаконитости; 4) остваривање људских и мањинских права и слобода; 5) недискриминацију при извршавању полицијских задатака; 6) сразмерност у употреби средстава принуде; 7) забрану мучења и примене нечовечних и понижавајућих поступака; 8) пружање помоћи настрадалим лицима; 9) придржавање професионалног понашања и интегритета; 10) обавезу заштите тајних података; 11) обавезу одбијања незаконитих наређења и пријављивања корупције.[23]

Правни режими одговарају природи делатности полиције, следствено чему се домашај примене системских и регулативних правних ставова разликује у зависности од делатности која је у питању. Законске норме о полицијским пословима, полицијским радњама и полицијским овлашћењима у ствари представљају системске правне ставове којима се уређује оквир, ток и границе делатности полиције,

[22] Члан 32. Закона о полицији.

[23] Члан 33. Закона о полицији.

дочим правне норме као регулативни правни ставови уређују конкретизована овлашћења и дужности – саобразно природи делатности коју полиција обавља.

Системским правним ставовима најпре су нормирани полицијски послови. У полицијске послове спадају: (1) превенција криминала и унапређење безбедности у заједници; (2) откривање и расветљавање кривичних дела, обезбеђивање доказа, њихова анализа, криминалистичко форензичко вештачење употребом савремених форензичких метода и евиденција и откривање имовине проистекле из кривичног дела; (3) откривање и расветљавање прекршаја и привредних преступа; (4) откривање и хапшење учинилаца кривичних дела, прекршаја и других лица за којима се трага и привођење надлежним органима; (5) одржавање јавног реда и мира, спречавање насиља на спортским приредбама, пружање помоћи у извршењима у складу са законом; (6) регулисање, контрола, пружање помоћи и надзор у саобраћају на путевима и други послови из прописа о безбедности саобраћаја; (7) обезбеђење одређених јавних скупова, личности, објеката и простора; (8) безбедносна заштита одређених личности и објеката; (9) контрола државне границе, послови у вези са кретањем и боравком странаца, послови азила, прекограничног криминала, иррегуларних миграција и реадмисије; (10) извршавање послова утврђених прописима о оружју, приватном обезбеђењу и детективској делатности; (11) безбедносна заштита Министарства; (12) извршавање других полицијских послова и задатака утврђених законом и подзаконским актом Министарства донетим на основу овлашћења из закона.[24]

Надаље, карактер системских правних ставова имају и законске норме којима се регулишу полицијске радње и мере, а полицијским радњама и мерама сматрају се: 1) заштита оштећених кривичним делом и других лица; 2) заштита података о идентитету; 3) полицијско опажање, опсервирање; 4) посебне мере за обезбеђивање јавног реда; 5) снимање на јавним местима; 6) полицијска помоћ у извршењима и поступцима вансудског намирења;7) полиграфско испитивање; 8) пријем пријава о учињеном кривичном делу и прекршају; 9) трагање за лицима и предметима; 10) мере циљане потраге; 11) мере за отклањање непосредне опасности;12) криминалистичко форензичка регистрација, узимање других узорака и криминалистичко-форензичка вештачења и анализе; 13) јавно расписивање награде.[25]

Исто тако, нужни су и системски правни ставови којима се одређују полицијска овлашћења. У круг полицијских овлашћења улазе: 1)

[24] Члан 30. Закона о полицији.

[25] Члан 47. Закона о полицији.

упозорење и наређење; 2) провера и утврђивање идентитета лица и идентификација предмета; 3) позивање; 4) довођење; 5) задржавање лица и привремено ограничење слободе кретања; 6) прикупљање обавештења; 7) привремено одузимање предмета; 8) преглед простора, објеката, документације и контрадиверзиони преглед; 9) заустављање и прегледање лица, предмета и саобраћајних средстава; 10) обезбеђење и преглед места догађаја;11) употреба туђег саобраћајног средства и средства везе;12) утврђивање присуства алкохола и/или психоактивних супстанци;13) вршење безбедносних провера; 14) пријем нађених ствари; 15) употреба средстава принуде; 16) друга овлашћења предвиђена законом.[26]

Напослетку, својство системских правних ставова имају и норме којима се уређују општи услови примене полицијских овлашћења, при чему посебан значај у делу полицијских овлашћења имају норме које предвиђају врсте средстава принуде.[27] У погледу полицијских овлашћења, битно је уочити да је законским нормама (системским правним ставовима) предвиђено да се средства принуде могу применити сако ако се на други начин не може извршити задатак и то „суздржано и сразмерно опасности која прети законом заштићеном добру и вредности, односно тежини дела које се спречава или сузбија“, као и одређење да ће полицијски службеник „употребити најблаже средство принуде којим се може постићи законити циљ“.[28] Овде ваља додати да карактер системских правних ставова имају и законске норме којима се уређују надлежности Дирекције полиције,[29] полицијских управа[30] и полицијских станица.[31]

[26] Члан 64. Закона о полицији.

[27] Према члану 105 Закона о полицији, у средства принуде спадају: 1) физичка снага, 2) распршивач са надражујућим средством, 3) електромагнетна средства, 4) службена палица, 5) средства за везивање, 6) специјална возила, 7) службени пси, 8) службени коњи, 9) средства за запречавање, 10) уређаји за избацивање млазева воде, 11) хемијска средства, 12) посебне врсте оружја и средстава, 13) ватрено оружје.

[28] Члан 106. Закона о полицији.

[29] Чланом 24. Закона о полицији нормирана је надлежност Дирекције полиције. Дирекција полиције надлежна је да: 1) израђује стратешку процену јавне безбедности, у сарадњи са организационом јединицом надлежном за стратешко планирање; 2) доноси стратешки план Полиције; 3) учествује у изради кадровског плана, као и у утврђивању програма стручних обука и усавршавања у сарадњи са организационом јединицом надлежном за управљање људским ресурсима; 4) усклађује и усмерава рад полицијских управа и организационих јединица у седишту; 5) врши контролно инструктивну делатност рада полицијских управа и организационих јединица у седишту; 6) непосредно учествује у обављању одређених сложенијих послова из делокруга полицијских управа; 7) обезбеђује спровођење међународних уговора о полицијској сарадњи и других међународних аката за које је надлежна; 8) обавља послове међународне оперативне полицијске сарадње; 9) ствара потребне услове за одржавање и подизање оспособљености и спремности Полиције за деловање у стању повећаног

На основу наведених системских правних ставова, садржина полицијских послова, радњи и овлашћења биће уређена правним нормама као регулативним правним ставовима, на начин који очитује разлику између регулативне, старатељске (физичке) и контролне делатности полиције.

Регулативна делатност полиције подразумева надлежност полиције да уређује правне предмете у управној материји, доношењем појединачних правних аката – у посебном управно-правном режиму. Управно-правни режим о којем говоримо подразумева доношење решења у управном поступку, путем разумске интерпретације општих правних норми и управне оцене целисходности – као правотворачких извора, с тим да решавање о којем говоримо подлеже примени правних принципа Закона о општем управном поступку и правних принципа меродавног материјалноправног закона.

Правни предмети који се решавају у управној материји – издавањем управних аката у управноправном режиму – јесу управне ствари. Овде говоримо о регулативној делатности органа државне управе, имајући у виду да уређивање правних предмета ствара непосредно правно дејство (правне ситуације) у свету субјективних права и правних дужности. Наше мишљење је да се управном ствари могу назвати само правни предмети који се правно уређују полицијско-регулативном делатношћу, дочим старатељско-физичка полицијска делатност, као и полицијско-контролна делатност, не могу имати карактер управних ствари. Старатељско-физичка и контролна делат-

ризика, ванредним ситуацијама, ванредном и ратном стању; 10) ради на решавању статусних питања грађана и издавању јавних исправа из свог делокруга; 11) у полицијским пословима доприноси безбедносно-полицијској и наставно-научној активности.

[30] Према члану 25. Закона о полицији, Полицијска управа надлежна је да: 1) на подручју општине, односно града, у којој је њено седиште непосредно обавља полицијске и друге унутрашње послове и остварује локалну сарадњу; 2) израђује оперативну процену јавне безбедности у складу са актом из члана 24. тачка 1. овог закона; 3) доноси оперативни план полицијске управе у складу са актом из члана 24. тачка 2. овог закона; 4) усклађује, координира и усмерава рад полицијских станица/испостава и обезбеђује остваривање локалне сарадње и одговорности; 5) врши контролно инструктивну делатност рада својих организационих јединица; 6) учествује по потреби у обављању послова из делокруга полицијских станица; 7) предузима мере обезбеђења одређених лица и објеката; 7а) обезбеђује редовно и хитно информисање и извештавање Дирекције полиције о појавама и догађајима на свом подручју; 8) скупштини општине локалне самоуправе, односно скупштини градске општине на подручју на коме се налази, подноси извештај о раду и стању безбедности једном у годину дана; 9) обавља друге послове утврђене посебним законима, другим прописима и општим актима.

[31] Члан 26. Закона о полицији.

ност полиције припадају управној материји и управноправном режиму али нису управне ствари, јер се њима примарно не уређују правни предмети. У следству старатељско-физичке и контролне делатности полиције могу настати прекршајне ствари (изрицање санкције од стране органа државне управе), кривичне ствари (пријава јавном тужиоцу), грађанске ствари (нпр. захтев за накнаду штете проузроковане незаконитом управном радњом) и управне ствари (поводом вршења или пропуштања управне радње и вршења јавних услуга). Стога је важно закључити да је управна ствар предмет управно-регулативне делатности, а старатељско-управна делатност и управно-контролна делатност припадају управној материји и управно-правном режиму, али за свој предмет немају уређивање управне ствари. Поврх тога, важно је имати у виду и разлику између правне материје и облика правне делатности заступљених у правном поретку. С тим у вези и примера ради, у литератури је наспрам делатности полиције заступљено гледиште о постојању нормативне, управне, кривичне и прекршајне функције полиције,[32] следствено чему се може закључити да полиција као орган државне управе у управној материји обавља и послове који премашују оквир управне делатности.

Основна карактеристика правног уређивања управних ствари је чињеница да правно уређивање о којем говоримо представља конкретизацију општих правних норми[33]као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму. Гледано према формалним обележјима, правно уређивање управних ствари подразумева да се уређивање проводи једнострано, разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности као правотворачким изворима. Колико су правотворачки извори важни, говори чињеница да поравнање закључено у управном поступку нема карактер управне ствари, већ посебне уговорне ствари, што значи да уређивање правне ствари путем слободне воље нема карактер управне ствари. Орган државне управе нема слободну вољу нити аутономију, чак и када се јавља као уговорна страна јер орган државне управе и приликом закључивања уговора поступа са разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности. Разуме се, орган државне управе не може имати „јачу вољу“ у односу на странку у управном поступку јер је његова дужност да управну ствар реши разумском интерпретацијом законских норми и оценом целисходности општег и јавног интереса.

[32] С. Милетић, С. Југовић, *Право унутрашњих послова*, Београд 2016, 64–90; С. Југовић, *Управна функција полиције*, Београд 2013, 33–63.

[33] Д. Милков, „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1986, 490–504.

За решавање управне ствари карактеристичан је придражај 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.

Регулативна делатност полиције може подразумевати режим пуне везаности законским нормама или режим делимичне везаности законским нормама, што је одлика одлучивања на основу управне оцене целисходности. У режиму пуне везаности, полиција поступа искључиво на основу разумске интерпретације меродавних законских норми (нпр. у поступку издавања возачке дозволе), без разлике у односу на друге правне предмете који се у правном поретку уређују у режиму пуне везаности. С друге стране, особитост регулативне делатности полиције јесте у постојању правних предмета који се решавају на основу управне оцене целисходности, као посебног управноправног режима који подлеже ограниченој судској контроли. Управна оцена целисходности заступљена је у полицијским правним предметима без елемента иностраности (нпр. издавање одобрења за набављање оружја), а наглашени значај имају полицијски правни предмети са елементом иностраности (то су стицање држављанства пријемом, азил, избеглице, правни статуси странаца и др.), чије је правно уређивање нужно засновано на јачем облику управне оцене целисходности. Управна оцена целисходности овде служи заштити општег добра, а основ оцене целисходности је потреба реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу територијалне заједнице, следствено чему судска контрола донесених управних аката у материјалноправном смислу бива битно ограничена. Међутим, регулативна делатност полиције – било да је реч о пуној или делимичној везаности – припада законитости у материјалном смислу, због придржаја законских норми приликом решавања правних предмета, за разлику од старатељско-физичке делатности која подлеже законитости у формалном смислу.

Старатељско-физичка делатност полиције подразумева трајну и непрекидну бригу о заштити јавног поретка, јавне безбедности и јавног реда и мира. Ова се делатност може испољити и као заштита правног поретка, путем извршавања онерозних (теретних) појединачних правних аката, али њезин главни облик подразумева старање о јавном поретку, јавном реду и миру и јавној безбедности. Брига о јавном

поретку по својој природи је редовна и примарна делатност у посебном правном режиму. Законске норме као системски правни ставови 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. То значи да старатељско-физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити у целости 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.

Старатељско-физичку делатност изражавају овлашћења у посебном управно-правном режиму, а та овлашћења су израз потребе да полиција стално буде субјект заштите јавног поретка и општег добра.[34] С једне стране, управно-правни режим је израз сталне органске и функционалне повезаности органа државне управе – оличење идеје државног јединства („статичне идеје државе“). Та веза се не успоставља правом и право не може у целости да одреди њен ток. Овде се може говорити о институционалном поретку државне власти и држави као органском систему. У функционалном смислу, у питању је старатељска делатност државне управе, и ток делатности у питању не може се правом у целости зауздати. Оцена целисходности лежи у бићу те власти, као одраз потребе реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу територијалне заједнице.[35] Премда се делатност у питању испољава у погледу свих циљева правнога поретка, нарочити нагласак ставља се на заштиту територијалне целовитости, јавног реда и мира и јавне безбедности, што је првородни државни циљ и разлог постојања управно-правног режима (бића државне власти). Мото централистичке детерминације је јединство власти, у органској равни, и *ius inspectionis*, у функционалној. Овде је нужно испољавање државне власти, са посебним овлашћењима полиције у погледу физичке делатности – када важи претпоставка легалности, оцена целисходности и непосредна извршивост предузетих управних радњи.[36]

[34] „Када управа, најчешће као полиција, решава о повреди права, њу води идеја превенције и повраћаја у пређашње стање (*restitutio in integrum*), идеја „заштитне правде“ (*iustitia tutatrix*). Када полиција примени физичку принуду против нарушиоца јавног реда и мира, онда то није казна, већ заштита слична крајњој нужди и нужној одбрани, то јест таква принуда која није противправна.“ М. Петровић, М. Прица, *Увод у велике правне и управне системе данашњице*, Ниш 2015, 372.

[35] М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Београд, 1981, 49–99.

[36] К. Шмит, *Легалност и легитимност*, Београд 2001, 307, 322.

Белодани доказ законитости у формалном смислу јесу усмена решења, која су у правном поретку установљена превасходно због старатељско-физичке делатности полиције. У члану 143. Закона о општем управном поступку,[37] 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. Усмена решења у ствари представљају средство за остваривање циљева старатељско-управне делатности у правном поретку. Придржај законских императивних норми не постоји поводом доношења усмених решења, из чега произлази важење законитости у формалном смислу.

Када говоримо о важењу принципа законитости у формалном смислу, знаковито је навести да је полиција у погледу јавних окупљања овлашћена да спречи или прекине окупљање уколико уочи одржавања окупљања или у току његовог трајања наступе околности због којих окупљање није дозвољено. Овлашћење полиције засновано је на законској норми као системском правном ставу. Придржај законских норми овде не постоји јер полиција има оцену целисходности наспрам околности који ограничавају слободу јавног окупљања. Уз то, на страни полиције је претпоставка законитости, а поводом физичке делатности полиције изостаје враћање у пређашње стање, имајући у виду да је посреди физичка делатност. Саобразно доктрини о правној држави, полицијски службеници у зависности од правних последица накнадно могу бити позвани на правну одговорност, чиме се не доводи у питање да физичка делатност превасходно подлеже важењу системских правних ставова и законитости у формалном смислу.

Физичка делатност полиције проводи се путем полицијских радњи и мера, а правне радње су за правни поредак важне једнако као и правни акти. Али, за разлику од правних аката, правне радње у правном поретку – било да су у питању органи државне управе или грађани-појединци – искључују могућност важења законитости у материјалном смислу, само што се код органа државне управе правотворачки извор испољава у виду оцене целисходности, док се код правних радњи грађана-појединаца као правотворачки извор јавља слободна воља. Законске норме којима се уређују полицијске радње и мере требало би да полицију ограничавају и не ограничавају, како би полиција

[37] Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016.

била у могућности да оценом целисходности у конкретном случају јавни поредак заштити од утицаја ирационалног и непредвидљивог у правној стварности. Одавде произлази немогућност постојања потпуне правне везаности у правним режимима делатности полиције.

Делатност полиције у правном поретку очитује се и као *контрола поступања субјеката правног поретка*, поводом извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама (контрола поступања учесника у јавном саобраћају, контрола од стране комуналне милиције и др.). За разлику од старатељско-физичке делатности, која првенствено служи заштити јавног поретка, контролна делатност полиције усредоточена је на заштиту правног поретка. Без контролне делатности полиције и органа државне управе уопште – не би било могуће очувати правни поредак. Контролна делатност полиције представља један облик управно-контролне делатности у правном поретку, а управно-контролна делатност састоји се у контроли органа државне управе над одређеним субјектима у погледу извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама, с циљем очувања и заштите правног поретка. Зашто је управно-контролна делатност нужна? Нужна је због императивних законских норми које непосредно нормирају правне дужности субјеката правног поретка. Када законске императивне норме нису довршене и прецизиране у односу на правне дужности субјеката правног поретка, неопходно је донети индивидуални правни акт којим се правна дужност прецизира и ставља у правно дејство (пример тога јесу пореска решења). Доношење индивидуалних правних аката у овом примеру јавља се као вид регулативне управне делатности. С друге стране, ако су правне дужности прецизиране и непосредно стављене у правно дејство законским императивним нормама, контролна делатност органа државне управе треба да обезбеди збиљску примену императивних норми. Без управно-контролне делатности дошло би од обесмишљавања императивних норми јер би императив њиховога важења био потчињен вољи имаоника правне дужности.

Инспекцијски надзор је најважнији облик управно-контролне делатности, имајући у виду да предмет инспекцијског поступка јесу законске императивне норме као довршена и прецизирана правна бића, из којих непосредно произлазе правне дужности, па се у инспекцијском поступку испитује поштовање правних дужности са овлашћењем непосредног изрицања санкције или овлашћењем покретања казненог поступка. Стога се инспекцијски поступак проводи као физичка делатност органа државне управе или другог органа, а тек пошто се установи повреда законом установљених правних дужности настаје одговарајућа правна ствар (прекршајна, кривична и др.).

Контролна делатност полиције у том смислу јесте квазиинспекцијска делатност, која као и код инспекцијског надзора служи контроли и поштовању правних дужности непосредно предвиђених законским императивним нормама. Тако гледано, будући да су правне дужности учесника у јавном саобраћају непосредно регулисане законским императивним нормама, неопходно је да полиција својом физичком делатношћу контролише поштовање правних дужности од стране учесника у јавном саобраћају, са овлашћењем непосредног изрицања санкције или овлашћењем покретања казненог поступка. Меродавни закон нормира права и дужности учесника у јавном саобраћају, а овлашћење је полиције да контролом поступања учесника у јавном саобраћају обезбеди да императивне норме меродавног закона буду стављене у дејство. Контролна делатност полиције је више правно везана у односу на старатељско-физичку делатност полиције, с тим да ни код контролне делатности полиције нема придржаја законских норми па не можемо говорити о законитости у материјалном смислу. Код контролне делатности полиције на делу су законске норме као регулативни правни ставови, који регулишу правне дужности учесника у јавном саобраћају и законске и подзаконске норме као системски правни ставови, који регулишу контролну делатност полиције. Притом, контролна делатност полиције полази од претпоставке легалности са могућношћу непосредног извршења, али без оцене целисходности, што доводи до тога да је степен правне везаности контролне делатности већи у односу на старатељско-физичку делатност полиције.

Одавде произлази закључак да полиција – услед својстава старатељске и контролне физичке делатности – има тежак задатак да у поретку правне државе обезбеди равнотежу између различитих и супротстављених правних добара. Улога полиције је да буде заштитник поретка и да не буде непријатељ слободе! Стога, делатност полиције мора бити оснажена врлинама полицијских службеника јер врлине представљају брану која ток делатности полиције усмерава од самовоље у правцу теразија правне државе, које уравнотежују слободу и јавни поредак.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Васиљевић, Драган, *Управне радње полиције и начело законитости – докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2003;

2. Водинелић, Владимир, *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014;
3. Милков, Драган, „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1986;
4. Југовић, Сретен, *Управна функција полиције*, Београд 2013;
5. Милетић, Слободан, Југовић, Сретен, *Право унутрашњих послова*, Београд 2016.
6. Петровић, Милан, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд 1981;
7. Петровић, Милан, Прица Милоше, *Увод у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш 2015.
8. Петровић, Милан, Прица, Милош, *Посебно управно право с међународним управним правом*, Ниш 2020;
9. Прица, Милош, „Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка — Уједно излагање о унутрашњем правном систему“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018б;
10. Прица, Милош, „Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и унутрашњег правног система“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 80/2018а;
11. Прица, Милош, „Управна ствар и управно-судска ствар“, *Право у функцији развоја друштва* (ур. Д. Мировић), Косовска Митровица 2019;
12. Прица, Милош, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021;
13. Прица, Милош, „Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови“, З*борник Матице српске за друштвене науке* 184/2022;
14. Лукић, Радомир, *Теорија државе и права. II. Теорија права*, Београд 1954;
15. Живановић, Тома, *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд 1951;
16. Шмит, Карл, *Легалност и легитимност*, Београд 2001.

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. Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016 и 18/2018;
4. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Associate Professor Miloš Prica, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

CHARACTERISTICS OF LEGAL REGIMES GOVERNING THE SCOPE OF POLICE ACTIVITIES

Summary

In various areas of the legal order, numerous legal regimes govern the subject matter and activities of the subjects of the legal order. Legal regimes are composed of legal principles and legal norms, which are fundamentally based on the difference between teleological, systemic, and regulatory legal positions. The legal regimes present in the legal order differ in their content, and the basic criterion for distinction is embodied in the relationship between legal principles as teleological legal positions and legal norms as systemic and regulatory legal positions. The regulatory activity of the police rests on the legally binding nature of legal norms as regulatory legal positions and assessment of expediency (purpose and effectiveness). On the other hand, the physical activity of the police can be governed only partially by legal norms as regulative legal positions; consequently, the legal norms as systemic legal positions prevail in the legal regime governing the physical activity of the police. For the purpose of protecting the public order, the physical activity of the police is reinforced by the presumption of legality, the assessment of expediency, and the possibility of immediate execution, whereas the legal norms as systemic legal positions regulate the conditions, limits and consequences of the scope of police activity. Legal norms as regulatory legal positions and legal norms as systemic legal positions are equally present in police control, monitoring and supervision activities. Bearing all this in mind, and depending on the specific form of police activity in the legal regime regulating police activities, it is important to make a clear distinction between legality in the material sense and legality in the formal sense.

Key words: *Scope of police activities; Teleological legal positions; Systemic legal positions; Regulatory legal positions; Legality in the material sense; Legality in the formal sense*.

УДК/UDC 351.712:347.4
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Сања Голијанин

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

УПРАВНИ УГОВОР У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Под управним уговором се уобичајено подразумијева једна специфична врста уговора, различита од грађанскоправног и привредног уговора. У раду, аутор отвара питање постојања управних уговора у посебним прописима Републике Српске и Босне и Херцеговине уз уважавање чињенице да тај институт није уређен општим управно-процесним законима ни на једном од нивоа власти у Босни и Херцеговини.

При покушају да се одговори на ово питање, полазну основу чине специфична правила о управним уговорима у законодавству појединих земаља. Циљ је да се утврди да ли уговори управе који су уређени прописима о јавним набавкама и концесијама имају управни карактер. Аутору се чини да ни законодавац, ни правна теорија не дају довољно основа за тврдњу да у праву Републике Српске и Босне и Херцеговине постоје управни уговори.

Кључне ријечи: Управни уговор; Грађанскоправни уговор; Закон о општем управном поступку; Уговор о јавној набавци; Уговор о концесији.

1. УВОД

Управни уговор представља посебан институт који се разликује од управног акта, али и од грађанскоправног и привредног уговора. Управа своје циљеве остварује како једностраним наметањем своје воље, тако и споразумијевањем и договарањем, односно закључивањем правних послова чији се правни режим разликује од обичних правних послова. То су управни уговори.[1] Суштинска разлика између

Сања Голијанин, *sanja.golijanin@pravni.ues.rs.ba*.

[1] Умјесто свих, вид.: J. Morand-Deviller, P. Bourdon, F. Poulet, *Droit administratif*, Paris 2017; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011; С. Поповић, *О управним уговорима. Управно право (студије и чланци)*, Књижевне новине, Београд 1973, 131–183; Д. Денковић, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-

управних и „обичних“ уговора је у томе што је код управних уговора *„јавни интерес[...] кауза*“[2] због чега управа има посебна овлашћења у односу на другу уговорну страну. Многи правни системи познају институт управног уговора било да је он предвиђен у општем управно-процесном закону, или у посебним материјалним прописима, или препознат у судској пракси.

У правном систему Босне и Херцеговине, ни на једном од нивоа власти, управни уговор није именован као засебан правни институт. Међутим, чињеница да управа закључује различите уговоре, како са другим јавноправним субјектима, тако и са приватноправним лицима отвара питање да ли ипак постоји посебна категорија уговора, који би се по свом правном режиму разликовали од грађанскоправних и привредних уговора? Да ли поједине врсте уговора који су предвиђени посебним прописима Републике Српске и Босне и Херцеговине, попут уговора о јавној набавци и уговора о концесији, садрже извјесна обиљежја својствена управном уговору? У покушају да нађемо одговор на ово питање, посветићемо пажњу прво извјесним теоријским и законским рјешењима института управног уговора у упоредном праву.

2. УПРАВНИ УГОВОР У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

У правној теорији постоје различите дефиниције управног уговора. Тако се управни уговор схвата као правно заснована сагласност једне јавноправне и једне приватноправне воље о постизању неке јавне сврхе, као и створени правни однос између њих са ширим, јавноправним учинцима.[3] То су уговори које управа закључује зарад постизања неке јавне сврхе односно остваривања неког општег друштвеног циља.[4] Управни уговор је уређен као засебан правни институт у многим правним системима (Француска, Њемачка, Италија, Белгија, Лук-

2/1970, 45–72; Д. Милков, „О управном уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 1-2/1994, 23–33; З. Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 201и даље.

[2] Основна разлика између управних и осталих „класичних“ уговора јесте „у категорији јавног интереса који управни уговор стреми да задовољи.“ Наравно, за све уговоре јавни поредак, схваћен као симбиоза различитих јавних интереса, има велики значај. „Али, за грађански уговор јавни поредак је граница слободе уговарања, оно што га оивичава […] За управне уговоре, он [јавни поредак, јавни интерес] није граница: то је циљ који треба постићи...“ З. Томић, 201.

[3] *Ibid.*

[4] И. Борковић, „Управни уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/1993, 421.

сембург, Хрватска, Србија и др.).[5] У њима се могу уочити различити модалитети овог уговора, али би се сви они могли свести, у начелу, на два основа модела управних уговора: француски и њемачки.[6]

У Француској, земљи из које потиче концепт управног уговора, значајан допринос у разради овог института дала је судска пракса, истовремено са теоријским расправама у науци управног права.[7] Поједине врсте управних уговора су предвиђене законом (уговори о извођењу јавних радова, уговори о јавним зајмовима, уговори о набавкама за јавне службе, уговори о концесионираној јавној служби и др.), али знатан број чине уговори *per nature*, уговори чији је управни карактер утврдила пракса Државног савјета (*Conseil d'Etat*) и управних судова (*Tribunaux Administratifs*).[8] У судској пракси су се временом искристалисали одређени критеријуми (*les criteres du contrat administrative*) на основу којих се поједини уговори сматрају управним, према својој природи, без обзира што их законодавац није именовао као такве.[9]

Први критеријум се односи на уговорне стране, од којих једна мора бити јавноправни субјект. Други критеријум се тиче циља који се закључењем уговора жели постићи, а то је непосредно вршење јавне службе. Највећи значај судска пракса придаје критеријуму посебних клаузула којима се одступа од општих правила приватног права (*clause exorbitants*). Јавноправном органу се дају већа овлашћења (нпр. да једнострано измијени уговорене обавезе које се тичу несметаног функционисања јавне службе или једнострано раскине уговор) чиме се успоставља неједнак однос између уговорних страна. Уговарање таквих клаузула, сагласношћу воља обје стране, опредјељује примјену јавноправне, управне, регулативе и, сходно томе, пресуђивање евентуалног спора од стране управних судова. Француски управни судови спорове поводом управних уговора рјешавају у пуној јурисдикцији. Према томе, суштина француског управног уговора је у

[5] З. Томић, „Управни уговори – елементи правног режима у Србији“, *Правни живот* 10/2017, том II, 251.

[6] Усљед постојања бројних разлика између појединих правних система у погледу уређења управног уговора, поједини аутори с правом наглашавају да се о моделима управног уговора може говорити само условно, због чињенице да француско и њемачко управно право имају највећи утицај на друге правне системе. Вид. Р. Радошевић, *Правна природа управног уговора, докторска дисертација*, Нови Сад 2018, 49.

[7] О управним уговорима у француској правној теорији и праву, са упућивањима, више вид. у: Д. Денковић, 45–48; Д. Милков, 25–29.

[8] О овоме, више вид. у: J. Morand-Deviller, P. Bourdon, F. Poulet, 473–474; Д. Денковић, 45–48; Л. Диги, *Преображаји јавног права*, Београд 1998, 126–128.

[9] Умјесто свих, вид. Д. Милков, 28.

сагласности воља на неједнакој правној основи, што је узроковано важношћу јавног интереса који је ангажован у конкретном случају.[10]

Њемачки модел управног уговора који су законодавци многих европских земаља преузели, уз мање или веће модификације,[11] разликује се од француског модела по томе што почива на начелној правној једнакости уговорних страна, почев од закључења до извршења управног уговора. Управни уговор у Њемачкој је нормативно уређен савезним Законом о управном поступку из 1976. године (*Verwaltungsfahrensgesetz – VwVfG*) у којем се појављује под генералним називом – јавноправни уговор (*Öffentlich-rechtlicher Verträg).*[12] Према одредбама Закона о управном поступку, управни поступак се може окончати или издавањем управног акта или закључивањем јавноправног уговора. Јавноправни уговор је дефинисан као уговор којим се заснива, мијења или укида правни однос у области јавног права.[13] Критеријум према којем се процјењује да ли неки уговор има јавноправни карактер или не јесте да ли је чињенично стање на којем почива уговор из материје јавног или приватног права, што се на концу своди на природу и значај интереса који превладава у конкретном уговорном односу.[14] Законом је уређена и форма јавноправног уговора, разлози ништавости, измјене или раскид уговора због промијењених околности, извршење јавноправног уговора и др.[15] Специфичност се пак огледа и у начину рјешавања спорова који произлазе из ове врсте уговора, а то је надлежност специјализованих управних судова, у складу са одредбама Закона о управним судовима (*Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO).[16]

---

[10] Уп. З. Томић, (2017б), 254.

[11] Илустрације ради, њемачки модел управног уговора послужио је као узор хрватском и српском законодавцу приликом уређења овог института. Вид. Закон о општем управном поступку – ЗУП Хрватске, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 47/09 и 110/21, чл. 2 и чл. 150–155 и Закон о општем управном поступку – ЗУП Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 18/16, 95/18 – аутентично тумачење и 2/23 – одлука УС, чл. 2 и чл. 22–26.

[12] Међутим, појмови „управни уговор“ (њем. *Verwaltungsvertrag*) или „управноправни уговор” (њем. *Verwaltungsrechtliche Vertrag*) су веома заступљени у њемачкој правној теорији. Вид. H. Maurer, 378–379.

[13] Вид. *Verwaltungsfahrensgesetz – VwVfG*, § 54, доступно на: *https://www.buzer.de/gesetz/1586/index.htm,* 18. јун 2023.

[14] H. Maurer, 380-382; Слично, у: З. Томић, (2017б), 253.

[15] Вид. *VwVfG*, §§ 57–61.

[16] Ови судови су иначе надлежни за рјешавање свих спорова јавноправне природе, који немају уставноправни карактер и нису одредбама посебних закона изричито стављени у надлежност неког другог суда. Вид. Њемачки Закон о управним споровима, *Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO, § 40, Abs. 1. Текст закона доступан на енглес-

У њемачкој правној доктрини, управни уговори се дијеле на субординационе и координационе управне уговоре, а критеријум класификације је правни положај уговорних страна с обзиром на предмет уговора. Субординациони управни уговори су они у којима једна уговорна страна има јачу правну вољу, тј. иступа са позиција власти, док координационе уговоре карактерише једнакост странака у правима, па се могу сврстати у приватноправне уговоре.[17]

У нашој ранијој правној теорији, дуго времена су вођене расправе о постојању, односно непостојању управних уговора у тадашњем праву.[18] Сматрало се да поједини елементи, карактеристични за управне уговоре (специфична правила о закључењу, извршењу и престанку уговора, могућност једностране измјене обавеза друге уговорне стране уз накнаду штете и др.) „латентно“ постоје у посебним законима још од периода Краљевине Југославије.[19] Као примјер, углавном су се наводили прописи о јавним службама и концесијама.[20] Али, управног уговора као института издвојеног у засебан и цјеловит правни режим није било.

И поред дугогодишњих настојања еминентних правних писаца, прије свега из Србије,[21] да ова врста уговора добије „мјесто“ које му, с обзиром на његов значај, припада, тек су посљедњих неколико година идеје о засебном правном режиму управног уговора преточене у текст законâ који на општи начин регулишу управни поступак. Све земље у региону, са изузетком Босне и Херцеговине, током реформе

ком језику: *https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0160*, 18. јун 2023.

[17] Подврсте субординационих јавноправних уговора су: уговор о поравнању и уговор о размјени који су изричито нормирани у њемачком Закону о управном поступку. Вид. VwVfG, §§ 55–56. О овоме, више вид. Б. Љубановић, „Управни уговор и управно судовање“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2010, 46–47.

[18] О теоријским расправама поводом постојања, односно непостојања управног уговора у нашој ранијој правној теорији, више вид. у: Л. М. Костић, *Административно право (сабрана дела, други том)*, Београд 2000, 355 и даље; Д. Денковић, 60–67; С. Поповић, „О потреби увођења института управних уговора у наше право“, *Архив за правне и друштвене науке* 1-3/1996, 525–537; Д. Кавран, „Управни уговори, обележја, врсте и развој“ *Правни живот* 11-12/1993, 2103–2112.

[19] Илустрације ради, Закон о државном рачуноводству из 1910 године предвиђао је посебна правила о уговорима које закључује држава (правила о јавном надметању, казни закашњења, комисији и једностраном раскиду уговора) што је био повод да поједини аутори закључе да управни уговор постоји. О овоме, вид. Л. М. Костић, 355 и даље.

[20] С. Лилић, „Административни уговори и јавне службе“, *Правни живот* 11-12/1993, 2149–2150.

[21] Занимљиво је да је у часопису *Правни живот* у броју 11-12 из 1993. године објављено 12 радова српских правних писаца о управном уговору.

јавне управе предвидјеле су институт управног уговора у својим новим законима о општем управном поступку. Прва је то учинила Хрватска 2009. године,[22] затим Црна Гора 2014. године,[23] Сјеверна Македонија 2015.[24] и Србија 2016. године.[25] Правно нормирање управног уговора у овим државама има доста сличности, што се образлаже чињеницом да се ради о државама које баштине исту правну традицију у области управног права.[26] Чини нам се пак да је та правна традиција прекинута ако се има у виду чињеница да је у законима о општем управном поступку овај институт углавном уређен по узору на њемачки модел управног уговора.

Тако, српски законодавац дефинише управни уговор као „двострано обавезан писани акт, који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари.“[27] Из законске дефиниције произлази неколико битних обиљежја управног уговора. То је појединачан и двостран правни акт који се закључује у управним стварима,[28] између органа и странке, у писаној форми. За разлику од управног акта, управни уговор је резултат сагласности воља органа и странке, а не ауторитативног иступања органа управе. Може да се закључи само када је то предвиђено посебним законом.

У односу на општи режим грађанскоправног уговора, специфичност правног режима управног уговора огледа се у већим овлашћењима једне уговорне стране, тј. органа у односу на другу уговорну страну, тј. странку, а она се правдају јавним интересом ради чијег остваривања орган закључује управни уговор. У том циљу, предвиђена је могућност измјене управног уговора, као и право органа да раскине управни уговор. Измјена управног уговора допушта се у случају промијењених околности, под кумулативно прописаним условима: да се ради о околностима насталим после закључења уговора, да се оне у вријеме закључења уговора нису могле предвидјети и да те

[22] Вид. ЗУП Хрватске, чл. 2 и чл. 150–155.

[23] Вид. Закон о општем управном поступку, *Службени лист РЦГ*, бр. 56/14, 20/15, 40/16 и 37/17, чл. 3 и чл. 27–30.

[24] Вид. Закон за општата управна постапка, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 124/15, чл. 4 и чл. 98–101.

[25] Вид. ЗУП Србије, чл. 2 и чл. 22–26.

[26] Д. Миленковић, „Управни уговори у Законима о општем управном поступку земаља Западног Балкана“, *Страни правни живот* 3/2017, 67.

[27] ЗУП Србије, чл. 22 ст. 1.

[28] Према одредби члана 2 ЗУП-а Србије, управна ствар је појединачна ситуација у којој орган, непосредно примјењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге.

нове околности битно отежавају испуњење обавеза једне уговорне стране. Та уговорна страна може захтијевати да се уговор измијени и прилагоди насталим околностима. Ако измјену уговора захтијева странка „орган решењем одбија захтев странке ако нису испуњени услови за измену уговора или ако би измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка.“[29] Право органа да раскине уговор постоји у случајевима када се странка не сагласи са предложеном измјеном уговора због промијењених околности или када не испуњава своје уговорне обавезе. Поред тога, орган може да једнострано раскине уговор ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбједност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди. Услов је, да опасност по јавни интерес не може да се отклони другим средствима, којима се мање дира у стечена права странке.[30] Управни уговор се раскида рјешењем, у коме орган изричито наводи и јасно образлаже разлоге за раскид.[31] Насупрот томе, странка не може да раскине уговор, ако орган не испуњава своје уговорене обавезе, али може да изјави приговор органу.[32] Питање начина заштите права и интереса уговорних страна и рјешавања потенцијалних спорова представља најкомплексније питање у оквиру специфичног правног режима управног уговора.[33] За потребе рада, чини се довољним нагласити да спорове проистекле из управних уговора не рјешава Управни суд.[34]

У српској правној теорији се могу уочити два супротстављена става када је ријеч о томе да ли у Србији постоје управни уговори који су предвиђени посебним прописима. Једна група теоретичара сматра да су уговори који су предвиђени законима који уређују јавне набавке, јавно-приватна партнерства и концесије управни уговори, иако их законодавац тако не именује,[35] док други теоретичари тврде супротно: да се наведени уговори не могу квалификовати као управни

[29] ЗУП Србије, чл. 23. Овакво рјешење своје коријене вуче из француског концепта управног уговора јер се јавни интерес ставља испред интереса уговорне стране.

[30] Вид. ЗУП Србије, чл. 24, ст. 1.

[31] Вид. ЗУП Србије, чл. 24, ст. 2.

[32] Вид. ЗУП Србије, чл. 25.

[33] Правна заштита уговорних страна није подведена под јединствен правни режим. Умјесто свих, вид. Р. Радошевић, 102–104.

[34] У раду су изложене специфичности правног режима управног уговора у Србији. Укупан правни режим управног уговора обухвата и друга правила (сходну примјену осталих одредаба ЗУП-а, супсидијарну примјену закона којим се уређују облигациони односи и евентуално правила садржана у посебним законима).

[35] Вид. З. Томић, (2017б), 261–263; Д. Миленковић, 71–72; С. Лилић, 2149–2150.

уговори јер немају сва обиљежја која су прописана Законом о општем управном поступку.[36]

За разлику од српског, хрватски законодавац је закључење управног уговора изричито предвидио Општим пореским законом,[37] Законом о додатном порезу на добит,[38] Законом о концесијама[39] и др. Начелна правна правила о управном уговору садржана су у Закону о управном поступку.[40] Управни уговор је одређен као уговор који закључују јавноправно тијело и странка о извршењу права и обавеза утврђених у рјешењу којим је ријешена управна ствар, ако је закључење таквог уговора прописано законом.[41] Такође, управни уговор представља само средство којим се уређује начин извршења претходно донијетог управног акта.

3. УПРАВНИ УГОВОР У ПРАВИМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

У Босни и Херцеговини, институт управног уговора није именована правна категорија. У законима који уређују општа правила управног поступања, управни уговор се не помиње.[42] Ипак, неки аутори сматрају да управни уговори постоје, те да су предвиђени посебним прописима.[43] Превладава схватање да уговор има управни карактер

[36] Вид. Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку: корак напред или десет у страну?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013, 94–95; М. Караникић-Мирић, „Рестриктивност законског одређења појма управног уговора у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 7, Београд 2017, 187;191–198.

[37] Порески орган и порески обвезник могу ради намирења доспјелог пореског дуга закључити управни уговор. Вид. Опћи порезни закон, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20, 114/22, чл. 101–103.

[38] Вид. Закон о додатном порезу на добит, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 151/22, чл. 18.

[39] Вид. Закон о концесијама, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 69/17, 107/20, чл. 5, т. 7.

[40] ЗУП Хрватске, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 47/09 и 110/21, чл. 2 и чл. 150–155.

[41] ЗУП Хрватске, чл. 2.

[42] Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 13/02, 87/07 – исправка, 50/10 и 66/18; Закон о управном поступку у Федерацији БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 2/98, 48/99 и 61/22; Закон о управном поступку, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16; Закон о управном поступку Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 48/11 – пречишћен текст, 21/18 и 23/19.

[43] Вид. З. Грбо, „Уговор о јавној набавци“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 6/2008, 298–305; З. Филиповић, *Управни уговор као институт јавне управе*, докторска дисертација, Ниш 2017, 219–

ако садржи неку од специфичних карактеристика француског управног уговора. Притом се као примјери управних уговора у праву Босне и Херцеговине углавном наводе: уговор о јавним набавкама, уговор о јавно-приватном партнерству и уговор о концесијама.

Да ли се наведени уговори могу сматрати управним уговорима? У покушају да одговоримо на ово питање анализираћемо одредбе Закона о јавним набавкама[44] и Закона о концесијама[45] у дијелу који се тиче уговорних страна, циља који се жели постићи закључењем предметних уговора, измјене и раскида уговора и начина рјешавања спорова.

3.1.Уговор о јавној набавци

Уговор о јавној набавци је дефинисан као уговор са финансијским интересом који се закључује у писаној форми између једног или више добављача и једног или више уговорних органа с циљем набавке робе, услуга или извођења радова.[46] Под уговорним органом се подразумијева, прије свега, свака институција власти у Босни и Херцеговини, ентитетима, Брчко Дистрикту, на нивоу кантона, града или општине. Међутим, као уговорни орган може се јавити и правно лице основано за одређену сврху с циљем задовољавања потреба од општег интереса, које нема индустријски или комерцијални карактер,[47] као и асоцијација коју су основали једна или више институција власти или правних лица.[48]

Сходно наведеном, једна од уговорних страна је јавноправни субјект. Међутим, како је то нужан, али не и довољан услов да би се један уговор могао сматрати управним,[49] у конкретном случају уговор о јавним набавкама, нужно је присуство јавног интереса чије остваривање представља основни циљ закључења уговора. Дилема је да ли се уговор о јавној набавци закључује с циљем остваривања неког ширег

239; М. Чизмић, „Правна природа уговора о јавним набавкама у правном поретку Босне и Херцеговине“, *Анали Правног факултета у Зеници* 14/2021, 163–185.

[44] Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник БиХ,* бр. 39/14 и 59/22.

[45] У даљем тексту анализираћемо релевантне одредбе Закона о концесијама Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 59/13, 16/18, 70/20 и 111/21.

[46] ЗЈН, чл. 2, ст. 1а).

[47] Нужно је још да се то правно лице финансира, највећим дијелом, из јавних средстава, или да надзор над тим правним лицем врши неко ко је уговорни орган, или да више од половине чланова скупштине, надзорног или управног одбора тог правног лица чине изабрани или именовани представници уговорног органа. Вид. ЗЈН, чл. 4, ст. 1.

[48] *Ibid.*

[49] Не може се говорити о управном уговору ако су обје уговорне стране појединци, али исто тако, управа закључује бројне уговоре, а да се не ради о управним уговорима.

друштвеног интереса. Тако, уговор о набавкама којима се обезбјеђује материјал и услуге за редован рад и редовно функционисање јавне управе (набавка канцеларијског материјала, услуге чишћења и одржавања просторија и опреме и др.) је уговор у којем није заступљен јавни интерес.[50] Начелно посматрано, спровођењем јавне набавке се по правилу непосредно остварује интерес уговорног органа, а не јавни интерес.[51]

Уговор о јавној набавци се закључује у складу са одредбама закона о облигационим односима у Босни и Херцеговини.[52] Сматра се закљученим када су се уговорне стране споразумјеле о битним елементима уговора.[53] Садржај уговора су права и обавезе уговорних страна чијим извршавањем се долази до жељеног циља, конкретно, испоруке робе, извршења услуга или извођења радова. У правилу, уговор о јавној набавци не садржи тзв. дерогативне клаузуле којима се одступа од општег грађанскоправног режима. Другачије речено, уговорном органу се „не дају“ већа овлашћења у односу на добављача. Такав став темељимо на чињеници да законодавац није предвидио посебна правила у погледу раскида уговора о јавној набавци већ примјену одговарајућих одредаба Закона о облигационим односима.[54] То значи да су обје уговорне стране овлашћене на једнострани раскид уговора, када супротна страна не изврши своју обавезу.[55] Да би се уговор о јавној набавци могао сматрати управним уговором потребно је да право на једнострани раскид уговора има само једна уговорна страна, у конкретном случају уговорни орган зарад заштите јавног интереса, када друга страна (добављач) не извршава своју обавезу.

[50] Упор. З. Томић, (2017б), 250.

[51] Неки аутори мисле другачије, не износећи притом аргументе којим би поткријепили такав став. Вид. З. Филиповић, 219; М. Чизмић, 163–185.

[52] ЗЈН, чл. 72, ст. 2.

[53] Битни елементи уговора су они који су неопходни за постојање уговора, а који могу бити објективно и субјективно битни. Објективно битни елементи уговора произлазе из саме дефиниције уговора о јавној набавци (уговорне стране, предмет уговора, тј. робе, услуге, радови који се набављају и финансијски интерес изражен у виду цијене, као и писмена форма уговора), док су субјективно битни елементи дефинисани у тендерској документацији за предметну набавку (нпр. услови и начин плаћања, рокови реализације, инструменти за осигурање извршења обавеза из уговора и др.)

[54] ЗЈН, чл. 118.

[55] Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и *Службени гласник Р. Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04, чл. 124–132.

Законом о јавним набавкама нису прописана ни посебна правила у вези са измјеном уговора о набавци.[56] Право да тражи раскид или измјену уговора због промијењених околности имају обје уговорне стране на начин и под условима који су прописани одговарајућим одредбама ЗОО.[57] Произлази, правни режим уговора о јавним набавкама се заснива на равноправности уговорних страна. У управном уговору пак нема, нити може бити потпуне равноправности уговорних страна. У прилог тези да уговор о јавној набавци не треба сврставати у управне уговоре упућује и сам начин рјешавања спорова. Спорови који произлазе из предметног уговора рјешавају се у парничном поступку пред надлежним судом.

Неки аутори сматрају да је поступак јавних набавки посебан управни поступак.[58] Ако и прихватимо да је ријеч о посебном управном поступку то значи да правила тог поступка одступају од општих правила управног поступка. Међутим, овде се не ради о одступањима, већ је поступак у цјелости уређен Законом о јавним набавкама. Повезаност са управним поступком постоји искључиво у погледу правне заштите учесника у поступку јавне набавке.[59] За поступак правне заштите се може рећи да је посебан управни поступак. На то упућује и одредба самог закона која гласи: „*На поступак пред КРЖ-ом* (Канцеларија за разматрање жалби – оп. аут.) *који није уређен одредбама овог закона, примјениће се одредбе Закона о управном поступку*.“[60]

Ако имамо у виду да уговор о јавној набавци није законом изричито одређен као управни уговор, да се јавном набавком по правилу непосредно остварује интерес уговорног органа, а само посредно јавни интерес, да се уговорни однос начелно не заснива на субординацији, односно јачој вољи уговорног органа, и да се спорови из предметних уговора рјешавају по правилима парничног поступка, чини се да претежу разлози да се уговор о јавној набавци не сврстава у управне уговоре.

[56] Примјера ради, посебна правила о измјени уговора о јавним набавкама током његовог трајања садржи хрватски Закон о јавним набавкама. Вид. Закон о јавној набави, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 120/16 и 114/22, чл. 314–321.

[57] Вид. ЗОО, чл. 133–136.

[58] Истиче се да је поступак јавних набавки управни поступак јер се окончава одлуком о додјели уговора одређеном понуђачу која је управни акт, против којег се може изјавити жалба Канцеларији за разматрање жалби. Вид. М. Чизмић, 164. Тачно је да се ради о управним актима, али се поступак јавних набавки окончава закључењем уговора о јавној набавци или оквирног споразума, према правилима ЗОО.

[59] Упор. Р. Радошевић, 111.

[60] ЗЈН, чл. 117.

3.2. Уговор о концесији

Правни оквир за концесије у Босни и Херцеговини чине: закон на нивоу Босне и Херцеговине, закони о концесијама Републике Српске и Федерације БиХ, закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, те кантонални закони о концесијама. Анализу ћемо базирати на утврђивању евентуалних специфичности правног режима уговора о концесији у Републици Српској.[61] Уговор о концесији је уговор закључен у писаном облику између концедента с једне стране и концесионара као изабраног најповољнијег понуђача с друге стране, а садржи одредбе о међусобним правима и обавезама у вези са предметом додијељене концесије.[62] Концесија је право обављања привредних дјелатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса као и право на обављање дјелатности од општег интереса, у складу са Законом о концесијама.[63] Концесија као право се уступа концесионару на одређено вријеме, под законом прописаним условима, уз обавезно плаћање концесионе накнаде.[64]

Уговорне стране су концедент – Влада Републике Српске, у име Републике, односно скупштина јединице локалне самоуправе, у име јединице локалне самоуправе и концесионар - привредно друштво. Изузетно, концесионар може бити и јавна установа којој, у циљу обављања дјелатности од општег интереса због које је основана, може бити додијељена нека од законом прописаних концесија. Произлази, да је једна уговорна страна увијек јавноправни орган (Влада, односно јединица локалне самоуправе), а основни циљ закључења уговора је остваривање односно заштита јавног интереса.

Уговор о концесији се закључује у складу са документацијом за додјелу концесије, достављеном понудом и рјешењем о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије.[65] Присутна су мишљења да код уговора о концесији, као и уговора о јавно-приватном партнерству, јавни орган има „повлашћени положај“ јер има могућност да једнострано измијени или раскине уговор.[66] Напротив, правни режим уговора о концесији заснива се на аутономији воље и равноправности уговорних страна.[67] Уговор о концесији једнострано могу да раскину

[61] Закон о концесијама, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 59/13, 16/18, 70/20 и 111/21.

[62] Вид. Закон о концесијама, чл. 5, т. е) у вези са чл. 33, ст. 1.

[63] Закон о концесијама, чл. 2.

[64] *Ibid.*

[65] Закон о концесијама, чл. 33, ст. 2.

[66] Вид. З. Филиповић, 238.

[67] Закон о концесијама, чл. 4.

и концедент и концесионар.[68] Додуше, концедент има овлашћење да једнострано раскине уговор о концесији из мноштва законом таксативно прописаних разлога који се тичу неизвршења уговорних обавеза друге стране или ради заштите јавног интереса. Међутим, то не указује на његов повољнији правни положај у односу на сауговарача, који такво овлашћење такође има у складу са уговором и општим правилима облигационог права.[69] Ако уговор има управни карактер, о престанку уговора једнострано би могла да одлучи само јавна управа, али не и друга уговорна страна. Да уговор о концесији не треба квалификовати као управни уговор, видљиво је и из начина рјешавања спорова који није карактеристичан за управне уговоре. Спорове који настану на основу уговора о концесији рјешавају надлежни судови у Републици Српској, а уговорне стране могу уговорити и арбитражу.[70]

Сходно наведеном, може се констатовати да ни уговор о концесији не може да се сврста у управне уговоре и поред тога што се код њега уочавају одређене карактеристике управног уговора (уговорна страна је јавна управа, писмена форма, остваривање јавне сврхе, јавног интереса). Уговор о концесији није ни законом одређен као такав, нити његов управни карактер произлази из његовог правног режима.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако „животна стварност упућује да извјесне посебне околности намећу и посебне управне уговоре“,[71] чињеница је да наше позитивно право не познаје тај институт. Није спорно да уговор о јавној набавци и уговор о концесији имају одређене карактеристике управних уговора иако законом нису именовани као такви. Те карактеристике се огледају у сљедећем: једна уговорна страна је увијек јавноправни субјект, прије закључивања уговора се спроводи поступак избора сауговарача, уговор се закључује у писаној форми, најчешће у циљу остваривања неког ширег друштвеног интереса. Међутим, уговорни однос се заснива на начелима грађанског права, ови уговори не садрже посебне клаузуле које би гарантовале правно повољнији положај управе у уговорном односу, а спорови проистекли из уговора рјешавају се у парничном поступку.

Уважавајући ставове правних писаца из Босне и Херцеговине који су се бавили овом проблематиком, наслањајући се на француски концепт управног уговора, у трагању за одговором на питање посто-

[68] Вид. *Ibid.*, чл. 46.
[69] Супротно, вид. у: Филиповић, 238–239.
[70] Закон о концесијама, чл. 63, ст. 1 и 2.
[71] Д. Денковић, 45.

јања управних уговора у нашем праву, кренули смо сопственим путем. Покушали смо да оспоримо управни карактер уговора о јавној набавци и уговора о концесији, односно да потврдимо тезу да у правима Републике Српске и Босне и Херцеговине не постоје управни уговори. Ни правни режим ових уговора, ни домаћа правна теорија, ни судска пракса не дају довољно основа за тврдњу да се ради о управним уговорима. Чини нам се преурањеним да уговоре о јавној набавци и уговоре о концесији квалификујемо као управне уговоре. Не може се са сигурношћу знати какав ће модел управног уговора бити полазна основа нашим законодавцима приликом нормативног уређења овог института. Ако се буду слиједила законска рјешења српског и хрватског законодавца, врло вјероватно је да ће се овај институт уредити највећим дијелом по узору на њемачки модел управног уговора. Притом, треба имати у виду да правна правила у материји управног уговора зависе од специфичности правног система сваке земље. Чини нам се да је најбоље рјешење кренути сопственим путем нормирања ове специфичне врсте уговора након што се претходно изврши детаљна анализа правних прописа.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Борковић, Иво, „Управни уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/1993;
2. Грбо, Зинка, „Уговор о јавној набавци“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 6/2008;
3. Денковић, Драгаш, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/1970;
4. Диги, Леон, *Преображаји јавног права*, Београд 1998;
5. Кавран, Драгољуб, „Управни уговори, обележја, врсте и развој“, *Правни живот* 11-12/1993;
6. Караникић-Мирић, Марија, „Рестриктивност законског одређења појма управног уговора у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 7, Београд 2017;
7. Костић, Лазо М., *Административно право (сабрана дела, други том)*, Београд 2000;
8. Лилић, Стеван, „Административни уговори и јавне службе“, *Правни живот* 11-12/1993;
9. Љубановић, Борис, „Управни уговор и управно судовање“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 1/2010;
10. Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011;

11. Миленковић, Дејан, „Управни уговори у Законима о општем управном поступку земаља Западног Балкана“, *Страни правни живот* 3/2017;
12. Милков, Драган, „О управном уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 1-2/1994;
13. Милков, Драган, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку: корак напред или десет у страну?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013;
14. Morand-Deviller, Jacqueline; Bourdon, Pierre; Poulet, Florian, *Droit administratif*, Paris 2017;
15. Поповић, Славољуб, *О управним уговорима. Управно право (студије и чланци)*, Књижевне новине, Београд 1973;
16. Поповић, Славољуб, „О потреби увођења института управних уговора у наше право“, *Архив за правне и друштвене науке* 1-3/1996;
17. Радошевић, Ратко, *Правна природа управног уговора*, докторска дисертација, Нови Сад 2018;
18. Томић, Зоран, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017;
19. Томић, Зоран, „Управни уговори: елементи правног режима у Србији“, *Правни живот* 10/2017, том II;
20. Филиповић, Зоран, *Управни уговор као институт јавне управе*, докторска дисертација, Ниш 2017;
21. Чизмић, Мирсад, „Правна природа уговора о јавним набавкама у правном поретку Босне и Херцеговине“, *Анали Правног факултета у Зеници* 14/2021.

Правни прописи

1. Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 13/02, 87/07 – исправка,50/10 и 66/18;
2. Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 18/16, 95/18 – аутентично тумачење и 2/23 – одлука УС;
3. Закон о управном поступку у Федерацији БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 2/98, 48/99 и 61/22;
4. Закон о управном поступку, *Службени гласник БиХ*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16;
5. Закон о управном поступку Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник БД БиХ*, бр. 48/11-пречишћен текст, 21/18 и 23/19;
6. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и *Службени гласник Р. Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04;
7. Закон о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ*, бр. 39/14 и 59/22;
8. Закон о концесијама, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 59/13, 16/18, 70/20 и 111/21;
9. Закон о опћем управном поступку, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 47/09 и 110/21;

10. Закон о општем управном поступку Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 56/14, 20/15, 40/16 и 37/17;
11. Закон за општата управна постапка, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 124/15;
12. Закон о јавној набави, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 120/16 и 114/22;
13. Опћи порезни закон, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20 и 114/22;
14. Закон о додатном порезу на добит, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 151/22;
15. Закон о концесијама, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 69/17, 107/20;
16. Њемачки савезни Закон о управном поступку, Verwaltung-sfahrensgesetz – VwVfG, *https://www.buzer.de/gesetz/1586/index.htm*;
17. Њемачки Закон о управним споровима, Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO, *https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_-vwgo.html#p0160*.

Assistant Professor Sanja Golijanin, LL.D.
Faculty of Law, University of East Sarajevo

ADMINISTRATIVE CONTRACT IN THE LEGAL SYSTEMS OF REPUBLIC OF SRPSKA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

An administrative contract usually refers to a specific type of contract, different from civil and commercial contracts. In this paper, the author questions the existence of administrative contracts in the legal system of the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina, while respecting the fact that this institute is not governed by general administrative-procedural laws at any levels of governance in Bosnia and Herzegovina.

When trying to answer this question, the first step is to examine the specific rules on administrative contracts in the legislation of individual countries. The goal is to determine whether administrative contracts regulated by laws on public procurement and laws on concessions have an administrative character. It seems to the author that neither the legislator nor the legal theory provides sufficient grounds for the claim that there are administrative contracts in the legal system of the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina.

Key words: *Administrative contract; Civil contract; Law on Administrative Procedure; Contract on public procurement; Concession Agreement.*

УДК/UDC 35.07
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Јелена Старчевић

Министарство за научно-технолошки развој,
високо образовање и информационо друштво
Републике Српске
Педагошки факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ПРОФЕСИОНАЛИЗАЦИЈА ЈАВНЕ УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – МИТ ИЛИ (РЕАЛНА) ОПЦИЈА

Када кажемо ”професионална” јавна управа, под тим првенствено подразумијевамо стручну, ефикасну, политички непристрасну јавну управу у којој раде и којом руководе стручни, образовани кадрови са јасно дефинисаним улогама, дужностима и линијама одговорности, која има транспарентне процесе рада и обезбјеђену адекватну правну заштиту грађана. Иако је овај појам стар скоро колико и сам појам јавне управе, а професионализација управо једна од водећих тенденција о којој је, још прије неколико деценија писао један од утемељивача Науке о управи, Еуген Пусић, она још увијек представља изазов и чини се, више него икад, недостижни идеал не само у Босни и Херцеговини, већ и у другим земљама Западног Балкана као што су Србија, Црна Гора, Сјеверна Македонија и Албанија.

Иако је реформа јавне управе још раних 2000-тих година од стране Европске комисије постављена као услов за земље у процесу приступања Европској унији, што је требало да натјера органе власти у БиХ да приступе реформи и професионализации у овој области, она је и данас, двадесет година касније, у раним фазама имплементације. У свим извјештајима о напретку БиХ у области реформе јавне управе видљиво је да ова област заостаје и не показује очекиване резултате. Разлога је много, али је на првом мјесту, чини се, непостојање воље доносилаца одлука да ову област ставе на врх политичке агенде, односно тијесна зависност јавне управе од политике и политичких процеса. Како је јавна управа и даље послодавац који запошљава највећи дио радно способног становништва, а привреда тј. реални сектор још увијек недовољно снажан и развијен да постави своје законитости на тржиште радне

Јелена Старчевић, *J.Starcevic@mnrvoid.vladars.net*.

снаге, то је одвајање јавне управе од политике, обезбјеђивање непристрасних и транспарентних процеса запошљавања према критеријумима стручности и компетенција постало скоро немогуће.

Стога се пред стручну јавност, сада већ као неминовно, поставља питање – да ли је у БиХ могућа професионализација јавне управе упркос свим неповољностима друштвено-политичког контекста у којем иста обитава, да ли је могућа макар до неког нивоа који би задовољио критеријуме Европског управног простора или ће она остати недостижни мит и тенденција због чега ће цијело друштво трпити посљедице у виду неиспуњавања услова за приступ Европској унији, одласка младих и компетентних кадрова ван државе, спорости административних процеса који одбијају потенцијалне стране улагаче, а тиме и успоравају развој реалног сектора и многе друге негативне последице.

У раду се истражује појам и елементи професионализације, услови за њено обезбјеђивање, процеси и условљености који је отежавају или онемогућавају и дају препоруке за унапрјеђење стања у овој области.

Кључне ријечи: Професионализација; Јавна управа; Стручност; Кадрови; Образовање; Реформа.

1. УВОД

Етимолошки, ријеч „професионалац“ подразумијева појединца који посједује одређени скуп знања, вјештина и компетенција које је стекао образовањем и искуством и које му омогућавају да одређени посао обавља ефикасно, стручно и на навишем нивоу квалитета. У складу с тим, под професионалном јавном управном подразумијевамо стручну, ефикасну, политички непристрасну јавну управу у којој раде и којом руководе стручни, образовани кадрови са јасно дефинисаним улогама, дужностима и линијама одговорности, која има транспарентне процесиме рада и обезбјеђену адекватну правну заштиту грађана.

Професионализација вршења јавне власти, а тиме и јавне управе јавља се још у XVII и XVIII вијеку са појавом подјеле рада и индустријализације. Неке од професија које су прве професионализоване у циљу њихове посебне заштите и обезбјеђења квалитета јесу професије доктора, правника, инжењера и универзитетских професора. О јавној управи као професији детаљно се позабавио Еуген Пусић у свом дјелу „Наука о управи“ гдје је овај појам назвао једном од *тенденција* у развоју јавне управе те детаљно објаснио њен настанак и развој, садржај и елементе, негативне појаве модерног доба везане за професионализацију, нужност осигуравања независности и непристрасности јавне управе од власти и појединаца, те везу између професионалне јавне управе и школовања кадрова. Тако Пусић наводи да постоје пет тенденција у развоју јавне управе: тенденција пораста управних орга-

низација, тендецију ка диференцијацији управних организација, тенденцију према професионализацији управе, тендецију ка ограничавању принуде у управи и тендендију према информатизацији управе.[1]

Када је ријеч о тендецији ка професионализацији управе, Пусић наводи да иста садржи неколико компоненти. Прва је постепено устаљивање положаја у управним организацијама, како групе задатака повезаних с тим положајем, тако и стабилности личног положаја њихових носилаца. Друга компонента је прелаз од лаика на стручне службенике у управи. Та је компонента, опет, уско повезана с тенденцијом према сталној групи задатака и према стабилности на радним мјестима. Јер, да би се исплатила инвестиција потребна за стручно школовање кандидата, мора постојати барем одредена вјероватноћа да ће он моћи школовањем стечено знање примијенити на послу који ће му у сразмјерно дужем периоду осигурати материјалну егзистенцију, и у функционалној је вези са посебним знањем што је службеник својим школовањем стекао. На крају, постоји и компонента плаћања, односно начина на који се управни службеници издржавају, односно плаћају, гдје се кроз историју развоја професионалне управе уочавају четири система: издржавање службеника на двору владара, плаћање у добрима, додјељивање извора прихода, с двије главне подврсте: додјељивање земље и додјељивање прихода од становништва те на крају, плаћање у новцу.[2]

Управо је ова посљедња компонента уједно и карактеристика модерних професионалних управа у савременим друштвима. Разматрајући овако теоријски и емпиријски приказане тенденције развоја јавне управе могло би се претпоставити је јавна управа, паралелно са развојем и потребама савремених друштава, расла и развијала се у позитивном смјеру, те да су данашње јавне управе професионалне, независне, ефикасне организације у којима стручњаци обучени за своје послове раде јасно издиференциране радне задатке и при томе одговарају за свој рад према правилима строге хијархијске надређености која карактерише јавну управу.

Но, није све тако једноставно ишло. Транзиција друштава из социјализма у капитализам је, уз низ позитивних промјена, са собом донијела и многобројне негативне појаве, а неке од њих су политизација и бирократизација јавне управе. Тако се у транзицијским државама, као један од највећих изазова данашњице, појавио изазов – како одржати независност јавне управе која истовремено мора бити зашти-

[1] Е. Пусић, *Наука о управи*, Загреб 2002, 76–107.
[2] *Ibid.*, 94.

тар јавног интереса који опет, као такав прокламује законом владајућа класа тј. политика.

У средишту дебата о односу између министара и државних службеника је питање како најбоље ускладити двије основне вриједности – вриједности које често изгледају као да вуку у супротним смјеровима. Државна служба мора у довољној мјери да „одговара” тадашњој влади, док истовремено мора задржати одређени степен независности од политичког „господара“ којем служи ако жели да осигура да се јавне услуге пружају правично и законито према свим грађанима, без обзира на њихову политичку оријентацију. Савјети који промовишу превелику „независност“ доводе у опасност државну службу да постане „себична“ и имуна на политичко вођство (као што је приказано у карикатури „Сер Хемфрија“),[3] опет, отићи превише на другу страну значи опасност за државну службу да ће постати заробљена служећи партијским, а не јавном интересу. Балансирати ове двије тенденције представља сталну борбу у свим великим демократијама што опет, подстиче сталне реформе.[4]

Како се десило да се јавна управа претвори у нешто што се може упоредити са системом „плијена“ који је одликовао почетке развоја јавне управе од прије 150 година и који је давно замијењен далеко напреднијим „мерит“ системом или системом „по заслузи“ који је одлика свих савремених система јавне управе?[5]

[3] „Да, министре“ је британска, хумористична серија о животу политичара и начину функционисања политике. Један од главних ликова је Сер Хемфри који глуми трајно постављеног државног секретара чији је циљ да осигура стабилност његове позиције и проширење буџета његовог одјела, чиме се често супротставља интересима новопостављеног министра управних послова чији је циљ популистички и састоји се у што већем броју гласова које ће обезбиједити на изборима. Иако је серија смјештена на британску политичку сцену, бави се политичким играма и сукобима између политичара и државних службеника чији се примјери могу пронаћи свуда у свијету.

[4] „Accountability and Responsiveness in the Senior Civil Service: Lessons from Overseas“, *Institute for Public Policy Research (IPPR)*, Лондон 2013, 4.

[5] Тзв. *Spoil System* или „систем плијена“ је амерички систем који се појавио 1829. године у Сједињеним Америчким Државама, доласком на власт предсједника Џексона. Систем плијена подразумијева политичкој партији која побиједи на изборима да слободно запошљава и именује људе у јавну управу. Џексон је сматрао како трајност службе доводи до неосјетљивости администрације према јавности и јавним интересима. Награђивао је своје сљедбенике и оне који су му давали подршку чиме је ојачао своју политичку позицију. Такође, предлагао је да служба траје четири године једнако као и мандат предсједника што је омогућило расподјелу „плијена побједе“ а то значи да побједничка политичка странка има право на положаје у савезној администрацији. Може се рећи да је Систем плијена био заснован на ничим ограниченој самовољи у примјени дискреционог права отпуштања политичких конкурената и запошљавања властитих присталица (више о томе: А. Ликер, *Основна обиљежја мерит система*, специјалистички дипломски рад, Правни факултет Свеу-

Услед недовољно развијене привреде и реалног сектора у којима би се запошљавали високообразовани кадрови, јавна управа је постала преовлађујуће тржиште радне снаге. Тако су се у јавној управи нашли и кадрови којима никако није мјесто ту, као што су електро инжењери, еколози, математичари, филозофи, наставници страних језика, биолози, хемичари и многи други кадрови који нису образовани за рад у администрацији већ напротив, у привредним гранама, те стога не посједују ни елементарна знања из области канцеларијског пословања, управних процедура, јавног менаџмента, и других знања неопходних у једној савременој, професионалној јавној управи. Једина повезница са свијетом јавне управе овим је кадровима постало полагање тзв. стручног испита за рад у управи који се, падом квалитета цјелокупне управе, и сам свео на пуку форму.

Након завршетка грађанског рата (1992–1995) у БиХ и је отпочео процес најсуровије политизације јавне управе. Запошљавање по основу компетенција замијенила је чланска картица одговарајуће партије, док су јавни конкурси за запошљавање годинама континуирано обесмишљавани до те мјере да се њих данас скоро више нико и не пријављује осим кандидата за којег је исти и објављен.

Овакав начин запошљавања је, последично, пореметио хијерхијске односе унутар органа управе и управних организација, док је одговорност службеника слабила. Оцјењивање државних службеника је такође, обесмишљено и свело се на попуњавање неадекватних образаца ради формалног извршавања ове обавезе прописане законом. О самим критеријумима за оцјењивање се у овом раду нећемо детаљније бавити, али је неопходно констатовати да је сам поступак оцјењивања, критеријуми за оцјењивање и његова сврха одавно сазрела за озбиљне и корјените промјене из бројних разлога, међу којима су и немогућност квантитативног изражавања појединих послова и радних задатака, демотивисаност службеника услед немогућности напредовања на основу оцјењивања, „уравниловка“ у оцјењивању ради избјегавања конфикта са службеницима и слично.

Радна мјеста у управи су тако постала средства за трговину између странака на власти што је драматично смањило ефикасност и квалитет рада саме управе. Од некадашње јавне службе која је, у вријеме успона демократског друштва 80-тих година овог вијека била синоним за поштовање државе и власти, јавна управа се данас већином спомиње у негативној конотацији и карактерише као спора, политизована, недоступна и отуђена од грађана. Ово потврђују и резултати

чилишта у Загребу, Загреб 2022, *https://repozitorij.pravo.unizg.hr/islandora/object/-pravo%3A4695/datastream/PDF/view*, 13. јун 2023)

анкете према којој грађани БиХ имају изразито низак степен повјерења у институције извршне и законодавне власти на свим нивоима власти. Најмање повјерења ужива државни ниво власти: само 18,2 % испитаника има повјерења у извршну власт, а 18,7 % у представничку власт на нивоу БиХ. Кантонални и ентитетски нивои власти такође, нису задобили превелико повјерење грађана. Зависно од нивоа власти, само 22,2 % до 27,5 % грађана је изразило повјерење у ове институције. У односу на друге нивое власти, грађани нешто више вјерују локалним властима, мада су и ту резултати лоши: само 38,4 % има повјерење у локалну управу, а 30,8 % у изабране локалне функционере. Другим ријечима, велика већина грађана нема превише повјерења или уопште нема повјерења у институције власти: цијелих 79,9 % не вјерује државној влади, 79,1 % нема повјерења у државни парламент, 74,4 % не вјерује ентитетским парламентима, 71,2 % нема повјерења у ентитетске владе, док 67,8 % нема повјерења у изабране локалне функционере, а 60,2 % у локалну управу.[6]

Свему наведеном треба додати и изразито негативне демографске трендове у БиХ те константан одлив висококвалификоване радне снаге у потрази за стабилнијим друштвено–политичким условима за живот. Према резултатима пописа становништва из 2020. године, у Републици Српској живи 1.136,273 становника, што је за 2,9 % мање него 2013. године. Другим ријечима, за седам година, овај ентитет је напустило 34.068 становника, а апсолутно смањење броја становника у односу на 1991. годину је за 25 %. Број становника и новорођене дјеце се из године у годину смањује у свим општинама и градовима, те следствено томе и број школа и одјељења. Тако је у периоду од 2003/04. до 2020/21. године затворено 80 школа, односно 900 одјељења. Из наведених разлога, број студената се драматично смањује из године у годину што значи и мање високообразованог кадра за потребе јавног сектора и привреде. Истовремено, велики број некада запослених у јавној управи напушта своја радна мјеста и државу и наставља живот у некој од развијенијих земаља региона, претежно Њемачкој и Аустрији, али и другим земљама. Ова чињеница, опет говори да сигурност запослења коју нуди статус државног службеника више не игра преовлађујућу улогу у животном опредјељењу младих нити је рад у јавној управи престиж какав је некада био. Све наведено довело је јавну управу у БиХ у контрадикторну ситуацију гдје истовремено постоји вишак запослених и мањак стручног кадра.

[6] Факти, „Резултати анкете: грађани не вјерују институцијама власти и политичким партијама у Босни и Херцеговини“, Аналитика – Центар за друштвена истраживања, Сарајево 2013, *https://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/fakti_povjerenje-_gradjana_13nov2013.pdf* .

Ситуацију додатно компликује и чињеница да је реформа јавне управе један од кључних приоритета процеса приступања, а јавна управа способна за усвајање и спровођење правне тековине Европске уније један од најважнијих предуслова за чланство у Европској унији.[7]

2. ПРОФЕСИОНАЛИЗАЦИЈА КАО УСЛОВ ЗА ПРИСТУПАЊЕ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Анализа реформи у транзицијским земљама показује да су се након пада социјализма оне кретале у неколико фаза.[8] То су фазе: трансформације, консолидације, модернизације и прилагођавања. У фази трансформације пропада стари правни, политички, друштвени и економски поредак, те се почињу стварати нове структуре. Фаза консолидације јача политичку стабилност, што условљава и прве резултате економске трансформације. Трећа је фаза модернизације, у којој долази до редефинисања улоге јавног сектора у правцу институционалног преуређења и утврђивања мјера за побољшање управе. У посљедњој фази прилагођавања покреће се процес приближавања Европској унији, а управни капацитети се оспособљавају за поступак прилагођавања и усвајања европских стандарда.[9]

Посљедња фаза реформи у транзицијским земљама уједно је и најважнија с аспекта јавне управе јер се односи на изградњу управних капацитета, који ће бити способни учествовати у обликовању европске јавне политике и спровођењу заједничке европске правне стечевине (фр. *acquis communautaire*). Наиме, на нивоу Европске уније не постоји јединствен управни модел у складу с којим би земље чланице, као и потенцијалне кандидаткиње за чланство, требале изградити сопствене управне системе већ се у циљу униформне и ефикасне спроведбе заједничких европских политика и европске правне стечевине пред националне јавне управе поставља захтјев за што уједначенијим управним капацитетима. То је општи захтјев који произлази из

[7] Извјештај о имплементацији Акционог плана стратешког оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2027, фебруар 2023, Канцеларија координатора за реформу јавне управе БиХ, *https://parco.gov.ba/wp-content/uploads/2023/04/Izvjestaj-o-implementaciji-APSORJU_nacrt.pdf*, 1. јун 2023.

[8] J. Xece (*Hesse*), „Rebuilding the State: Public Sector Reform in Central and Eastern Europe“, *Public Sector Reform – Rationale, Trends and problems*, Sage Publications, London – Thousand Oaks, New Delhi 1997.

[9] И. Копрић *et. al.*, „Европски стандарди управног поступања“, *Ризница* 12/2011, 358−359.

обавезе чланства, а који се посебно наглашава као проблем земаља постсоцијалистичке транзиције.[10]

Године 2014. међународна организација ОЕЦД и њен програм СИГМА[11] развили су *Принципе јавне управе*, који представљају основ за рад Европске комисије у области реформе јавне управе. Принципи дефинишу шта добро управљање (*Good Governance*) подразумијева у пракси и наводе главне захтјеве које требају слиједити земље током процеса придруживања ЕУ. Иако су општи критеријуми доброг управљања универзални, ови принципи су створени за земље које траже приступање ЕУ и примају помоћ ЕУ кроз Инструмент предприступне помоћи (ИПА). Принципи јавне управе заједнички су за БиХ и шест земаља: Србију, Македонију, Албанију, Косово, Црну Гору и Турску. Иако принципи нису обавезујући, они су креирани као смјернице ка доброј управи и испуњавању захтјева ЕУ интеграција, а степен до којег одређена држава кандидат или потенцијални кандидат примјењује ове принципе у пракси представља показатељ капацитета њене јавне управе да дјелотворно проводи *acquis communautaire*, у складу са критеријумима које је дефинисао Савјета Европе у Копенхагену (1993) и у Мадриду (1995). Принципи се односе на: 1) стратешки оквир реформе јавне управе, 2) израду и координацију политика, 3) државну службу и управљање људским потенцијалима, 4) одговорност, пружање услуга, и 5) финансијско управљање у јавном сектору.

Документ садржи 19 кључних захтјева из којих призилази укупно 48 принципа.[12] Под принципом који се односи на државну службу и управљање људским потенцијалима налази се заправо, седам кључних принципа, непосредно повезаних са професионализацијом јавне управе, а то су: дјелокруг државне службе је адекватан, јасно дефинисан и примјењује се у пракси; успостављен је оквир политика и правни оквир за професионалну и кохерентну државну службу и примјењује се у пракси; институционално устројство омогућава конзистентне и дјелотворне праксе управљања људским потенцијалима широм државне службе; запошљавање државних службеника засновано је на принципу мериторности и једнаког третмана у свим фазама запошљавања; критеријуми за распоређивање на ниже рангирано радно мјесто и прекид радног односа за државне службенике су експлицитно пос-

[10] Е. Шехрић, „Посебности управних реформи у транзицијским земљама са посебним освртом на Босну и Херцеговину“, *Зборник радова Правног факултета у Тузли*, Год. V, Бр.1, 2019, 161–162.

[11] СИГМА представља заједничку иницијативу организације ОЕЦД и Европске уније коју, у највећој мјери, финансира Европска унија.

[12] Главни захтјеви у реформи јавне управе, Канцеларија координатора за реформу јавне управе БиХ, *http://rju.parco.gov.ba/sigma-principi/*, 1. јун 2023.

тављени; спријечен је директни или индиректни политички утицај на више руководеће позиције у државној служби; платни систем за државне службенике заснива се на систематизацији радних мјеста; правичан је и транспарентан; осигурано је стручно усавршавање државних службеника; оно обухвата редовно обучавање, правичну оцјену рада, мобилност и унапређење на темељу објективних и транспарентних критерија и мериторности; постоје мјере за промовисање интегритета и спрјечавање корупције те за осигуравање дисциплине у државној служби.[13]

Принципи јавне управе постали су основа за израду новог Стратешког оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2022. године[14] и Акционог плана за реформу јавне управе које су усвојили Савјет министара БиХ,[15] Влада Федерације БиХ,[16] Влада Брчко дистрикта БиХ[17] и Влада Републике Српске.[18] Приликом сачињавања Извјештаја о имплементацији Акционог плана стратешког оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2022. у фебруару 2023, Канцеларија координатора за реформу јавне управе БиХ је утврдила да ниједна мјера у цјелости није била испуњена на крају 2022. године. Управо из разлога скромних резултата[19] који су остварени на пољу реализације ових докумената, важење Стратешког оквира за реформу јавне управе у БиХ продужено је измјеном и допуном Одлуке о усвајању овог акта на начин да је важење исте проду-

[13] Принципи јавне управе, СИГМА/ОЕЦД, 2015, *file:///C:/Users/j.starcevic/-Desktop/novi%20rad%202023%20Pale/Principijavneuprave.pdf*, 1. јун 2023.

[14] Стратешки оквир су усвојили Влада Брчко дистрикта БиХ (на 38. сједници од 8. јуна 2018.), Влада Федерације БиХ (147. сједница од 14. јуна 2018.), Савјет министара БиХ (на 155. сједници од 25. септембра 2018.) и Влада Републике Српске (на 77. сједници одржаној 26. јуна 2020. године).

[15] На 22. сједници одржаној 16. децембра 2020. године, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/21.

[16] На 239. сједници одржаној 8. октобра 2020, *Службене новине ФБиХ*, бр. 73/20.

[17] На 120. Ванредној сједници која је одржана 12. октобра 2020. године.

[18] На 97. сједници одржаној 19. новембра 2020, Закључком бр. 04/1-012-2-3285/20 од 19. новембра 2020. године.

[19] Акциони план садржи 140 активности од којих је свега 14 одсто испуњено. Од укупно 17 мјера ниједна није у потпуности испуњена. Реализација мјера се мјери помоћу укупно 39 индикатора. Посматрано укупно све индикатора, у 2 случаја тренутна вриједност је мања од почетне вриједности, односно оне вриједности која је била забиљежена у тренутку припреме Стратешког оквира. У само два случаја циљана – планирана вриједност индикатора је досегнута, оба пута у области Државна служба и управљање људским потенцијалима. Одређен помак направљен је за 14 индикатора, гдје је вриједност на крају 2022. године изнад почетне вриједности. Ипак, за 21 индикатор није забиљежена ниједна промјена.

жено до 2027. године те да су сви рокови предвиђени овом одлуком продужени за пет година.[20]

Све наведено несумњиво указује на неопходност враћања темељних вриједности у јавну управу, а на првом мјесту њене професионализације. Опет, људски ресурс је основни предуслов за професионализацију јавне управе јер без ове компоненте управа не може ни постојати.

Људски потенцијали, то јест, запосленици су најбитнији ресурс сваке организације, како у пословном сектору, тако и код организација јавне управе. Стога је адекватно управљање људским потенцијалима веома важан елемент у процесу рада у свакој институцији државне службе/управе, као и јавне управе у цјелости. Модерно управљање људским потенцијалима у јавној управи треба да има карактеристике транспарентности, правичности, а посебно би требало бити засновано на принципима мериторности, професионализма, те афирмисања и награђивања ефикасности у раду. Кроз развој правног оквира и неопходних капацитета у овој области, покушава се успоставити независна, непристрасна и ефикасна јавна управа способна да испуни своје задатке.[21]

3. КОМПОНЕНТЕ ПОЈМА „ПРОФЕСИОНАЛНА“ ЈАВНА УПРАВА

Појам професионализације садржи више компоненти и прије свега се односи на људске потенцијале ангажоване у њој, мислећи на њихову стручност, оспособљеност и знање за обављање јавног посла. Међутим, за професионалног службеника поред наведених вежемо још неке елементе као што су мотивација, која се у данашњем смислу огледа у пријему плате у новцу, затим напредовања на основу објективних критеријума и остварених резултата у извршењу постављених циљева које се такође, у коначном смислу, огледа кроз пријем веће плате.[22]

Као што је већ речено у уводном дијелу, још је Пусић прецизно дефинисао компоненте тенденције јавне управе ка професионализа-

[20] Одлука о допуни одлуке о усвајању стратешког Оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018 – 2022, *Службени гласник БиХ*, бр. 78/22.

[21] Извјештај о имплементацији Акционог плана стратешког оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2027, фебруар 2023, Канцеларија координатора за реформу јавне управе БиХ, *https://parco.gov.ba/wp-content/-uploads/2023/04/Izvjestaj-o-implementaciji-APSORJU_nacrt.pdf*, 28, 12. јун 2023.

[22] М. Мујкановић, „Професионализација јавне управе са посебним освртом на Европску Унију“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, год. 12, бр. 23, 2019, 73.

ција. Поткријепљујући их историјским примјерима, приказао је њене три компоненте: а) стабилност и сталност положаја службеника б) стручност и образовање тј. знање службеника, и б) финансијска мотивација тј. плата службеника.[23] Неки аутори спомињу четири компоненте тј. образовање, стручност, функционалност и мотивацију[24] но, у сваком случају, ријеч је само о различитом груписању истих појава.

3.1. Стабилност и сталност положаја службеника

Једна од основних карактеристика тзв. „мерит“ система јавне управе који је крајем IX вијека замијенио анархистички „систем плијена“ који је био карактеристичан за аутократске државне системе, јесте правично и свима доступно запошљавање путем јавног конкурса и на основу способности и знања. Мерит систем одликује регрутовање за рад у јавној управи на основу заслуга и путем јавних конкурса; кандидати треба да имају квалитетно опште образовање и требало би да буду запослени у јединственој државној служби, а не у неком посебном одељењу ради омогућавања кретања између различитих унутрашњих организационих јединица; кандидати требају бити позиционирани у хијерархијској структури класа и разреда; и унапређења треба да буду заснована на заслугама, а не на основу нечијег утицаја, куповине позиције, или личне преференције надређених.[25]

Државни службеници су именована лица која представљају најбројнију групацију кадрова државне управе која на трајној и професионалној основи обавља послове државне управе као своје главно занимање. Трајност, стабилност и сигурност представљају важне квалификације за положај државног службеника.[26]

Према важећим прописима у БиХ, запошљавање у јавној управи врши се путем јавног конкурса који расписују надлежне агенције за државну управу: Агенција за државну управу Босне и Херцеговине, Агенција за државну службу Федерације БиХ и Агенција за државну управу Републике Српске. Расписивање јавног конкурса и процедура избора кандидата и запошљавања уређена је низом закона и подза-

[23] Вид. фн. 1 и 2.

[24] Вид. Ф. Отајагић, „Савремене тенденције у јавној управи“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 8/2011, 271.

[25] В. Станчетић, „Spoils System Is Not Dead: The Development and Effectiveness of the Merit in Western Balkan“, *Хрватска и компаративна јавна управа: часопис за теорију и праксу јавне управе* 3/2020, 418.

[26] П. Кунић, *Управно право – друго измијењено и допуњено издање*, Правни факултет, Управа за полицијско образовање, Бања Лука 2010, 202.

конских аката,[27] но оно што је заједничко свим овим прописима без обзира на ниво јавне управе који уређују јесте да се истима гарантује право на стални радни однос до стицања услова за пензију, поштен и праведан третман у кадровској политици, односно забрану дискриминације по основу старосне доби, инвалидности, пола, вјерске и националне припадности, политичког и другог опредјељења социјалног поријекла, ентитетског држављанства, пребивалишта, религије, расе, рођења, брачног статуса, имовинског стања, хендикепираности или другог статуса те на коректан однос надређених према њему, уз поштовање његовог моралног интегритета и људског достојанства. Другим ријечима, гарантује се стабилност и сталност запослења што, у односу на запослене у приватном сектору значи бољи радно–правни статус. Разлог томе јесте што државни службеници (и намјештеници) раде за државу, односно у институцијама које штите јавни интерес и врше јавну власт те у том смислу, требају бити и посебно заштићени и независни од било каквог спољашњег или унутрашњег утицаја, што им може омогућити једино сталност и стабилност запослења.

Разлози за престанак радног односа су такође, прецизно таксативно побројани у законима, а у погледу старосне границе и навршеног стажа, услови нису једнаки за службенике у институцијама БиХ и ентитета, што доводи до неједнаког положаја службеника у БиХ.

[27] На нивоу БиХ то су: Закон о државној служби у институцијама БиХ – ЗДСИБиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине,* бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12 и 93/17, затим Правилник о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају преноса или преузимања надлежности од институција Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ,* бр. 27/08, 56/09, 54/10 и 70/12; Правилник о условима и начину обављања интерних конкурса, интерних и екстерних премјештаја државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ,* бр. 62/10 и 30/14, Правилник о карактеру и садржају јавног конкурса, начину провођења интервјуа и обрасцима за провођење интервјуа, *Службени гласник БиХ,* бр. 63/16 и 21/17, Правилник о програму полагања јавног испита, *Службени гласник БиХ,* бр. 28/08 и 18/12 и Одлука о начину полагања јавног и стручног испита, *Службени гласник БиХ,* бр. 96/07, 43/10 и 103/12. На нивоу Републике Српске, то је Закон о државним службеницима – ЗДС, *Службени гласник РС*, бр. 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16, Уредба о стручном испиту за рад у управи Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 68/11, 85/11 и 7/15, Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника, *Службени гласник РС,* бр. 68/09, 31/12 и 24/15. На нивоу Федерације БиХ, то је Закон о државној служби у ФБиХ – ЗДСФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 77/06 – одлука УС, 34/10 – одлука УС, 45/10 – др. закон, 4/12, 99/15 и 9/17 – одлука Уставног Суда и Уредба о условима, начину и програму за полагање испита општег знања и стручног испита за кандидате за државну службу у Федерацији Босне и Херцеговине - пречишћени текст *Службене новине Федерације БиХ,* бр. 10/18. Осим наведених, постоје и кантонални закони о државним службеницима, тј. државној служби.

Такође, закони прописују престанак радног односа у случају прекобројности.[28] Дакле, ова сталност и сигурност запослења није апсолутна и не зависи само од воље службеника и његовог рада већ и од других фактора који могу довести до прекида радног односа, а на које слубеник не може утицати.

Државне системе земаља Западног Балкана карактерише политичка и економско-социјална нестабилност, што се одражава и на стање на тржишту рада. Стога се, упркос константном паду „рејтинга“ на тржишту послодаваца, те исказаном неповјерењу у њен рад, како показују истраживања, јавна управа и даље сматра најпожељнијим послодавцем, управо због ове (макар) законом прокламоване сигурности.

Државни службеник по правилу заснива радни однос на неодређено вријеме. Иако су закони таксативно побројали ситуације у којима се са службеником може засновати радни однос за одређено вријеме,[29] у пракси је ситуација битно другачија. Рад на одређено вријеме постао је правило умјесто изузетак, те се неријетко дешава да службеници раде на одређено вријеме неколико година. Разлози су бројни, на првом мјесту је могућност послодавца да по истеку уговора на одређено вријеме, без образложења оконча радни однос. Но, психолошко–социолошки разлози су засигурно, много деликатнији и дубљи, а они су управо супротно ономе што је закон прописао – држање службеника у неизвјесности у погледу стабилности његовог радноправног статуса те тиме и стварање „послушника“ (најчешће странчких) умјесто професионалних државних службеника.

Ништа боља ситуација није ни са лицима именованим на руководеће позиције у управи. Иако су закони јасни у погледу периода на

[28] У Републици Српској закон ову прекобројност прецизира као нераспоређеност, односно „у случају укидања или реорганизације републичког органа управе или укидања радног мјеста, ако службеник не буде распоређен на друго радно мјесто у року од три мјесеца од када је остао нераспоређен“.

[29] Изузетно, радни однос може се засновати на одређено вријеме:а) ради замјене одсутног државног службеника, до његовог повратка, б) због привремено повећаног обима посла, најдуже до шест мјесеци, в) ради обуке приправника, док траје приправнички стаж и г) за рад на пројекту који одобри Влада, чије је трајање унапријед одређено, до завршетка пројекта, а најдуже 60 мјесеци (Република Српска), ради замјене дуже вријеме одсутног радника (Федерација БиХ), односно ако у институцији постоји упражњено радно мјесто државног службеника које је у складу с потребама рада неопходно хитно попунити, а интерна попуна радног мјеста није могућа, институција може то радно мјесто попунити запошљавањем лица у складу са Законом о раду у институцијама БиХ у статусу запосленика; овакав однос може трајати најдуже девет мјесеци, осим у случају боловања или породиљског одсуства државног службеника, али не дуже од двије године (институције БиХ).

који се ова лица именују,[30] постојеће стање показује да је огромна већина ових лица у статусу вршиоца дужности, односно није именовано на основу јавних и/или интерних конкурса већ на период од 60, односно 90 дана. Ово омогућава честе промјене именованих (помоћника министара, директора јавних предузећа и установа, секретара и других) без улажења у компликоване управне процедуре разрјешавања уз обавезу образлагања такве одлуке од стране оног ко их именује, а то је најчешће Влада. Разлози су једноставни, именована лица су, иако имају статус државних службеника, данас већином само изасланици политичких странака јер се њихове позиције дијеле између коалиционих партнера на власти[31] те се њихова подобност за одређену позицију мјери према политичким заслугама, а не према знању, искуству, компетенцијама и другим објективним и на закону заснованим критеријумима.

Избјегавање запошљавања на основу јавних и транспарентних процедура и јавног конкурса није новина. Тако З. Лончар још 2013. године говори о „одступању од замишљеног и правно уобличеног процеса деполитизације државне управе“ на начин да се изигравају законске одредбе о обавезном избору највиших државних службеника на положај на основу јавног конкурса, због чега је тада, како наводи аутор, чак двије трећине од укупно преко 400 положајних радних мјеста у државној управи у Републици Србији није било попуњено на основу конкурсне процедуре.[32]

Инфлација вршилаца дужности у јавној управи и уговора о раду на одређено вријеме су највећи непријатељи професионализације јавне управе. Нерационално је очекивати да професионалну јавну управу могу изградити кадрови који су непрестано изложени политичким притисцима, несигурни у своју будућност, у немогућности да ријеше основна животна питања као што су стални приходи, заснивање породице и рјешавање стамбеног питања.

3.2. Стручност и образовање

Још од времена Османлијског царства, преко древне Кине, Русије у вријеме Петра Великог и колонизације Индије од стране Енглеске, историја је препуна различитих покушаја стварања професионалне

[30] Јавни конкурс проводи се у складу са Законом о министарским именовањима, именовањима Савјета министара и другим именовањима Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 7/03 и 37/03.

[31] Управо као у тзв. Систему плијена или *Spoil System*–у.

[32] Вид. З. Лончар, „Деполитизација и професионализација управе у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/ 2013, 185–202.

јавне управе коју би чинили школовани кадрови. Разликовала су се знања која су тражена, од општих знања као што су књижевност и филозофија (Кина) до знања која су се стицала у посебним управним школама и била су уско везана за функционисање државног апарата (Русија).

Дакле, од самих почетака издвајања управе као засебне врсте државних функција, владарима је било јасно да без школованог и компетентног кадра не могу опстати на власти.

Према важећем законодавству у БиХ, услови за заснивање радног односа државног службеника могу се груписати у опште и посебне. Општи се односе на године живота, држављанство, статус неосуђиваног лица, здравствено стање и друге опште карактеристике, док се посебни односе на стручност и образовање кандидата. Тако су у Републици Српској посебни услови за државне службенике одговарајућа школска спрема, положен стручни испит за рад у републичким органима управе и радно искуство у траженом степену образовања. Категоризација радних мјеста државних службеника извршена општим актом[33] утврђује осам категорија државних службеника. За категорије од прве до шесте прописан је седми степен стручне спреме док је за седму категорију прописан VI степен, а за осму категорију IV степен. Сходно нивоу категорије, године радног искуства се крећу од три колико је потребно за категорију I и II, двије године за категорије од III до V па до шест мјесеци за категорију VIII. Посебно разврставање у три звања извршено је код радног мјеста вишег стручног сарадника којем припада већина државних службеника, а за које се тражи радно искуство од годину до три године, у зависности од сложености послова и радних задатака.

На нивоу БиХ, као један од општих услова за државне службенике прописано је да државни службеник мора имати универзитетску диплому и друге образовне или академске квалификације најмање VII степена стручне спреме, односно високо образовање првог, другог или трећег циклуса болоњског система студирања, што се утврђује прописом којим се регулишу послови основних дјелатности и помоћно–технички послови и услови за њихово обављање у органима управе институција Босне и Херцеговине. Иста одредба постоји и у закону Федерације БиХ.

На први поглед, ови прописи одговарају потребама и захтјевима савремене и професионалне јавне управе јер се за скоро све категорије државних службеника тражи високо образован кадар. Међутим, ови

[33] Уредба о категоријама и звањима државних службеника, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 18/09, 131/10 и 8/11.

закони садрже неколико веома крупних недостатака који у пракси стварају велике потешкоће при запошљавању.

На првом мјесту, појам „VIII степен стручне спреме“ не постоји ни у једном у важећем, позитивноправном пропису којим се уређују нивои високог образовања. Овај степен образовања карактеристичан је за тзв. предболоњски или пријеболоњски, традиционални систем високог образовања који је БиХ напустила још 2005. године, и који је био предвиђен раније важећим законима о универзитету.[34] Преласком на тзв. болоњске студије, стари VII степен стручне спреме је напуштен и замијењен терминима „први“ и „други“ циклус студија који воде до високог образовања са назнаком броја ЕЦТС бодова.[35] Међутим, ову промјену у материјалноправним прописима није пратила и измјена прописа о стручној спреми државних службеника и намјештеника те је тако у свим важећим законима о државним службеницима и подзаконским актима остао термин „VII степен стручне спреме“ који се одавно више не школује на високошколским установама у БиХ. Други, још већи проблем јесте што у БиХ не постоји квалификациони оквир којима би било уређено питање еквиваленције раније стечених звања са болоњским звањима већ је то остављено у надлежност високошколским установама које су опет, свака по свом нахођењу, ту еквиваленцију супротно Европском квалификационом оквиру и само за потребе наставка студија раније свршених студената.[36] И трећи проблем јесте непостојање разлике у радно–правним прописима државних службеника између трогодишњег и четворогодишњег кадра са завршеним првим циклусом студија нити се у прописима уопште предвиђа кадар са завршеним другим циклусом студија. Тако

[34] У Републици Српској на снази је био Закон о универзитету, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 12/93, 14/94, 99/04 и 92/05. Кантони у Федерацији БиХ су имали своје законе о универзитету као и Брчко дистрикт БиХ.

[35] Вид. Оквирни закон о високом образовању у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ,* бр. 59/07 и 59/09, Закон о високом образовању Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 67/20

[36] Одлука о усвајању Основа квалификационог оквира у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ,* бр. 31/11 и 39/12, представља полазну тачку за израду оквира квалификација и садржи табеларни приказ пријеболоњских и болоњских нивоа образовања. Међутим, Министарство цивилних послова БиХ је изнијело став да овај документ, осим што представља оквир за даљи развој квалификационог оквира у БиХ, не може бити основ за било каква правна тумачења, екиваленцију раније стечених звања са новим звањима и слично, чиме је потврђено да питање еквиваленције ранијег VII степена стручне спреме са новим, болоњским степенима до данас није ријешено у БиХ.

исти коефицијент при обрачуну плате имају лица са завршене три, четири и пет година студија, што је потпуни апсурд.[37]

Ови пропусти у прописима узрокују демотивацију код државних службеника ка додатном стручном усавршавању и образовању јер то неће бити валоризовано од стране послодавца. Са друге стране, посједовање високог образовања било које струке довољан је услов за запослење у јавну управу, што је опет узроковало озбиљну деградацију у квалитету људских ресурса у управи. Ако томе додамо и чињеницу да је полагање стручног испита за рад у органима републичке, односно државне управе постао пука формалност што смо већ споменули, сасвим је јасно да већина запослених у јавној управи у БиХ данас не посједује потребне компетенције и знања ни за обављање основних послова из дјелокруга рада јавне управе као што су вођење управног поступка, управни надзор, вршење управних радњи и слично нити за обављање стручних, сложених, аналитичких и системских послова који захтијевају специфична знања и вјештине.

Када је ријеч о врсти високошколских установа које образују државне службенике или, прецизније речено, које нуде студентима неопходна знања, вјештине и компетенције за обављање административних и стручних послова у јавној управи, на првом мјесту су свакако правни факултети. Иако су студијски програми на правним факултетима јединствени без обзира да ли ће студенти по завршетку обављати послове адвоката, судије, тужиоца, нотара или државног службеника, постоји низ предмета као што су Основе државе и права (Теорија државе и права), Правно нормирање, Управно право, Јавна управа, Управно процесно право и Службеничко право који студенте припремају свим неопходним вјештинама и знањима потребним за управљање државним пословима и обављање радних послова и задатака

[37] Република Србија је законски регулисала разлику у нивоима високог образовања чланом 45. став 3. Закона о државним службеницима, *Службени гласник Републике Србије,* 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, којим је прописано да је за службенике на положају потребно, поред општих услова који се тичу држављанства, положеног стручног испита и других, законом прописаних услова, и високо образовање на основним академским студијама у обиму од најмање 240 ЕСПБ бодова, мастер академским студијама, специјалистичким академским студијама, специјалистичким струковним студијама, односно на основним студијама у трајању од најмање четири године или специјалистичким студијама на факултету. Под „положајем“ се, у смислу члана 34. овог закона, подразумијевају мјеста помоћника министра, секретара министарства, директора органа управе у саставу министарства, помоћника директора органа управе у саставу министарства, директора посебне организације, замјеника и помоћника директора посебне организације, директора службе Владе, заменика и помоћника директора службе Владе, замјеника и помоћника Генералног секретара Владе, Државног правобраниоца и заменика Државног правобраниоца.

из области јавне управе. Оно што је мана ових студијских програма јесте неуједначен проценат праксе, тј. практичне наставе коју имају студенти на појединим правним факултетима те тако док неки имају прилику обављати праксу у најважнијим републичким институцијама јавне управе каква је Пореска управа, Управа за индиректно опорезивање, Републичка управа за геодетске и имовинско–правне послове и слично, други немају апсолутно никакав контакт са праксом за вријеме студија.

Други по реду су факултети из области политичких наука, безбједности, а у оквиру Универзитета у Сарајеву дјелује и Факултет за управу као организациона јединица универзитета.

У успоредби са земљама у окружењу, прописи о стручном усавршавању и планирању кадровске политике у јавној управи у БиХ су у великом заостатку. Још увијек се у законима о државној управи не спомињу специфичне компетенције које службеник треба имати, провјера компетенција и стручности код преузимања службеника, вредновање рада службеника уређено је застарјелим прописима, критеријуми за оцјењивање су непримјењиви, не постоји могућност ванредног вредновања и слично. Такође, одредбе о стручном усавршавању су штуре и неразрађене, нису прецизиране врсте стручног усавршавања, додатног образовања за потребе радног мјеста и мноштво других питања које треба уредити као што је могућност да рад на одређено прерасте у рад на неодређено вријеме и слично. Стога се чини да су прописи о државним службеницима одавно сазрели за озбиљну реформу на шта ће БиХ свакако бити принуђена у процесу придруживања Европској унији. Споразум о стабилизацији и придруживању између Европске уније и БиХ ступио је на снагу 1. јуна 2015. У фебруару 2016. године БиХ је поднијела захтјев за чланство. У свом мишљењу из маја 2019. Комисија је навела 14 кључних приоритета које БиХ мора испунити како би отворила приступне преговоре.[38] Упркос томе што није остварила већину тих приоритета, БиХ је у децембру 2022. добила статус земље кандидата. Наравно, ова се одлука има сматрати дијелом политичког курса Европске уније ка државама Западног Балкана. Но, како било, не улазећи у политичке разлоге овакве одлуке, приоритет који се односи на реформу јавне управе је у посљедњем Извјештају о напретку БиХ из 2022. године оцијењен као „у почетној фази са ограниченим напретком“. У истом је извјештају јасно наведено да се од БиХ очекује, између осталог, да обезбиједи професионални систем државне службе, измјеном закона о државној служби у складу са принципом заслуга (тзв. Мерит систем) и

[38] Посљедњи, четрнаести приоритет се односи на реформу јавне управе.

успостављање праћења заснованог на учинку за транспарентан систем управљања људским ресурсима ресурсима на свим нивоима власти ради откривања неправилности.[39]

3.3. Финансијска мотивација

У новчаној привреди плаћање службеника у новцу нормална је појава, која је у доба натуралне привреде била незамислива. У том погледу ријеч је заправо само о одразу општег економског развоја на неком посебном подручју. Међутим, награђивање службеника управних организација има, осим економског и посебан управни аспект. Да би рад у управи могао постати професијом, такав рад мора представљати извор прихода довољан за покриће егзистенције службеника и његове породице. Са становишта оптимума рада управних организација тај извор мора задовољити, наочиглед, два противрјечна захтјева. Што су управне организације веће и разуђеније, то је важније да службеници буду „оперативно независни“ о било каквом центру или центрима набавке (двора, житница, складишта итд.). Као што машинска производња тражи невезаног радника, тако и модерна управа захтијева модерног службеника. Са друге стране, јединство функционисања управног апарата и његова подређеност политичким центрима власти доводе до настојања да се службеници и економски вежу за своју службу, да се учине „овиснима“ о својим послодавцима. Развој награђивања управних службеника је низ узастопних покушаја да се нађе рјешење тог противрјечја, јер без тог рјешења нема управне службе као занимања, нема професионалне управе.[40]

Тешко да би се овом Пусићевом објашњењу имало шта додати или одузети чак и данас, двије деценије од писања његовог животног дјела. Управа у БиХ биљежи своје епохе раста и напредовања у којима су плате у јавном сектору генерално, биле изузетно високе у односу на приватни сектор, те епохе назадовања и снижавања плата или њихове дуготрајне стагнације упркос сталној инфлацији. У јавности углавном преовладава мишљење да су државни службеници претплаћени за свој „нерад“ те да су њихове плате превисоке које произилази из, вјероватно, општег незадовољства радом јавних институција и неповјерењем у исте. Са друге стране, мноштво је незадовољних државних службеника који, услед општег стања и политизације, бирократизације управе и немогућности напредовања по основу лич-

[39] „Bosnia and Herzegovina Report 2022“, European Commission, Directorate-General for Neighbourhood and Enlargement Negotiations, *https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/bosnia-and-herzegovina-report-2022_en*, 22. јун 2023.

[40] Е. Пусић, 95.

них компетенција и заслуга, не виде никакву мотивацију у платама и накнадама које примају те је посљедњих година примјетан одлив висококвалификованог кадра из државне управе и њихов одлазак у реални сектор, међународне организације или ван БиХ. Посебан проблем представљају кадрови у области ИТ–а које је апсолутно немогуће задржати у јавној управи са платама које су предвиђене важећим законским актима[41] јер висина тих плата није ни близу плата у приватном ИТ сектору или накнада које би ти исти кадрови добијали радом као тзв. „фрееленсери“. Овог проблема постали су свјесни и функционери, те се тако разматрају различите опције и системи издвајања ових службеника из општег система плаћања и награђивања како би се исти задржали у јавној управи, нарочито сада када је развој електронске управе и дигитализација постала неминовна, а прелазак на електронске сервисе за грађане нешто у чему БиХ касни деценијама у односу на друге државе Европе и свијета.

Иако шира јавност у БиХ из већ споменутих разлога сматра да државни службеници имају само привилегије, то заправо није тако. У складу са важећим законима и кодексима понашања државних службеника, државни службеник има далеко већу одговорност од радника у приватном сектору када су у питању понашање према служби, обавезе чувања тајне, забрана обављања самосталне дјелатности, забрана пријема и давања поклона, професионалности у раду, заштите јавног интереса, те понашања и након радног времена и ван радних просторија јер се његова обавеза чувања „угледа“ државног службеника не завршава завршетком радног времена већ обухвата и његов приватни живот. Ово посљедње је нарочито карактеристично за државну службу јер је државни службеник дужан да води рачуна да понашањем на јавном мјесту и иступањем у јавности не умањи лични углед, углед институције и повјерење грађана у државну службу,[42] односно да се и у приватном животу уздржи од понашања које би могло имати негативан утицај на његов углед у друштву или које би могло уздрмати повјерење које посједује непристрасна, законита и професионална

[41] Закон о платама и накнадама у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 50/08, 35/09, 75/09, 80/10 – одлука УС, 32/12, 42/12, 50/12, 32/13, 87/13, 75/15, 88/15, 16/16, 94/16, 72/17, 25/18, 32/20, 65/20 и 59/22, Закон о платама запослених у органима управе Републике Српске,*Службени гласник Републике Српске*, бр. 66/18, 105/19, 119/21, 68/22 и 132/22, Закон о платама и накнадама у органима власти Федерације БиХ, *Службене новине Федерације БиХ,*, бр. 45/10, 111/12, 20/2017 и 22/19 – одлука Уставног Суда, Закон о платама и накнадама у органима јавне управе и институцијама Брчко дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ*, бр. 10/19, 12/19, 39/20, 41/20, 13/21.

[42] Члан 4. став 1. Кодекса државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/13.

административна служба.[43] И управо награда за све наведено треба бити сигурност и стабилност запослења и финансијска сатисфакција службеника.

4. ЗАКЉУЧАК

Професионализација јавне управе у БиХ је, имајући у виду све напријед наведено, скоро потпуно обустављена. Прописи су у одређеној мјери усклађени са Европским стандардима добре управе, али не довољно. Што се тиче њихове примјене, ту је ситуација много лошија, прописи који су на снази не поштују се и не примјењују, односно свјесно заобилазе. Нарочито дио који се односи на запошљавање државних службеника те политичку непристрасност и независност рада јавне управе од политичких центара моћи. Као примјер можемо навести одредбе закона о државној управи којима је прописано да је државни службеник дужан да избјегава активности или пропусте у вршењу своје професионалне дужности који крше или су неспојиви са дужностима утврђеним овим законом и суздржава се од јавног испољавања својих политичких увјерења;[44] да државни службеник треба да поступа у складу са Уставом, законом и другим прописима, према правилима струке и политички неутрално, да не може бити оснивач, нити члан органа политичких странака, те да не смије у обављању послова свог радног мјеста изражавати и заступати политичка увјерења.[45] Државни службеник је, такође, према прописима, дужан да избјегава дјелатности или пропусте у вршењу своје професионалне дужности које крше или су неспојиве са дужностима утврђеним овим законом и суздржава се нарочито од јавног испољавања својих политичких увјерења и да не злоупотребљава вјерска увјерења.[46]

Овакве или сличне одредбе постоје у свим законима у БиХ који уређују права и дужности тј. положај државног службеника. У стварности, запосленици у јавном сектору представљају огроман проценат бирачког тијела чије је гласове неопходно осигурати на изборима. У изборној трци политичке партије не презају од трговања радним мјестима у јавној управи, а поједини руководиоци и функционери ни од отворених пријетњи службеницима губитком радног мјеста уколико се не поступи по „инструкцијама“. Нису ријетки ни случајеви отпуш-

[43] Члан 10. Кодекса понашања државних слубеника Републике Српске *Службени гласник Републике Српске* бр. 83/09.

[44] Чл. 14. ст. 3 т. а) Закона о државној служби у институцијама БиХ.

[45] Члан 6 ст. 1–4 Закона о државним службеницима Републике Српске.

[46] Чл. 17. ст. 3 т. а) Закона о државној служби у Федерацији БиХ.

тања службеника, мобинг, те реваншизам према политичким неистомишљеницима кроз тзв. тихи мобинг или путем двије узастопне негативне оцјене и на друге недозвољене начине.

Запошљавање партијски подобних, а не способних дубоко урушава квалитет рада и професионализам јавне управе. Сви елементи, односно компоненте професионалне јавне управе су блиско повезани и преплићу се, те тако уколико било који од њих недостаје, то неминовно повлачи за собом нестајање осталих компоненти професионалне управе. Стога би престанак функције у органима државне управе свим државним службеницима који су постављени без конкурса, и дословно поштовање законом прописане конкурсне процедуре и услова при избору и постављању будућих државних службеника био најважнији корак који би требало предузети да би се деполитизација управе заиста реализовала.[47]

Када је ријеч о приступању ЕУ као механизму „принудне професионализације“, чињеница је да је професионализација јавне управе, како је већ неколико пута подвучено, један од основних захтјева ЕУ у процесу придруживања БиХ, односно укључења у Европски управни простор. Међутим, колико ће ЕУ се заиста инсистирати на остваривању овог услова, постало је упитно додјељивањем статуса кандидата БиХ из разлога који никако нису везани за испуњеност услова за приступање. Другим ријечима, чак ни добијање статуса чланице ЕУ није гаранција професионализације јавне управе, што доказују примјери Италије, Грчке, Хрватске, Бугарске[48] и Румуније[49] чије су јавне управе, према истраживања, упркос чињеници да су чланице ЕУ, на ниском нивоу транспарентности, анти-коруптивних мјера, професионалности и повјерења у институције.[50]

Из свега наведеног произилази да је једини начин за враћање БиХ на пут ка професионалној јавној управи развијање свијести код доносилаца одлука о томе да је професионална, транспарентна, ефикасна и деполитизована јавна управа један од најважнијих механизама за развој привреде и индустрије и опстанак друштва у економском смислу. Јавна служба је једна од кључних компоненти јавне управе. Законски

[47] З. Лончар, 200.

[48] OECD Investment Policy Reviews: Croatia 2019, Chapter 7, Public Governance,

[49] Д. Ц. Јанцу (*Iancu*), М. Унгурену (*Ungureanu)* „The Usual Suspect: European Union And Post Accession Reforms Of Public Administration In Romania“, *National and European Values of Public Administration in the Balkans, South–Eastern European Administrative Studies*, No. 4/2011, 19–24.

[50] Е. Помер (*Pommer)*, П. ван Хоувелинген (*van Houwelingen*), „Public sector achievement in 36 countries: A comparative assessment of inputs, outputs and outcomes“, *The Netherlands Institute for Social Research*, Hague 2016.

добро осмишљен и вођен систем јавних услуга омогућава држави да достигне адекватан ниво професионализма, одрживости и квалитета јавних услуга у свим дијеловима своје управе и да пружи боље услуге грађанима и привреди.[51] Модерна, уставна јавна служба у демократији се сматра могућом само када постоји низ услова: раздвајање јавне сфере од приватне сфере; раздвајање политике и администрације; индивидуална одговорност јавних службеника; адекватна заштита радног мјеста, ниво плате, стабилност и јасно дефинисана права и обавезе државних службеника те запошљавање и унапређење по систему заслуга.[52] Кроз системе управљања људским ресурсима, дакле унапређивањем планирања и управљања људским ресурсима на свим управним нивоима, потребно је осигурати доступност службеника оспособљених за послове анализе и планирања, а путем аката о унутрашњој организацији бољу хоризонталну проходност функција анализе и планирања.[53]

Одлука о усвајању Стратешког оквира за реформу јавне управе у БиХ праћена Акционим планом за реформу јавне управе представља добру легислативну основу за реформу и професионализацију јавне управе у БиХ. Међутим, имајући у виду досадашње резултате, јасно је да не постоји политичка воља нити сагласност владајућих структура за истинском реформом јавне управе.

Поред процеса деполитизације, у циљу даље професионализације управе требало би приступити и усавршавању успостављеног службеничког система, пре свега даљим развојем каријерног система, у коме би приоритет требало дати питањима сталног стручног усавршавања службеника, као и унапређењу система напредовања и награђивања, кроз реформу нарушеног система плата.[54]

Пад атрактивности запослења у јавној управи је присутан већ вријеме у БиХ, а међу основним разлозима је, као што смо већ споменули, негативно мишљење јавности о јавној управи и неповјерење у њене институције. Томе треба свакако додати и недостатак финансијске мотивације јер су се плате у приватном сектору, када је ријеч о висококвалификованом кадру који посједује компетенције и знање, већ толико приближиле онима у јавној управи да их у појединим гранама привреде далеко надмашују (ИТ индустрија и привреда). Губитак најбољих кадрова је значајно окрњио и оштетио већ изнутра

[51] Вид. фн. 13.

[52] Organisation for Economic Co–operation and Development (OECD), "European Principles for Public Administration", *SIGMA Papers*, No. 27, 1999.

[53] Одлука о усвајању стратешког Оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2022, стр, 24.

[54] З. Лончар, 201.

нагрижену структуру јавних институција те се оправдано поставља питање на чему ће о(п)стати уставноправно уређење БиХ уколико једна од њених окосница – управна власт, постане неспособна за обављање њене основне функције, а то је – да буде јавни сервис грађанима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. *Accountability and Responsiveness in the Senior Civil Service: Lessons from Overseas*, Institute for Public Policy Research (IPPR), Лондон 2013;
2. Кунић, Петар, *Управно право*, друго измијењено и допуњено издање, Правни факултет, Управа за полицијско образовање, Бања Лука 2010;
3. Копрић, Иван,„Европски стандарди управног поступања“, *Ризница*, 12/2011;
4. Лончар, Зоран, „Деполитизација и професионализација управе у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2013;
5. Мујкановић, Мирел, „Професионализација јавне управе са посебним освртом на Европску Унију“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, год. 12, бр. 23, 2019;
6. Отајагић, Ферид, „Савремене тенденције у јавној управи“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници,* 8/2011;
7. Пусић, Еуген, *Наука о управи*, Загреб 2002;
8. Pommer Evert, Van Houwelingen Pepijn, „Public sector achievement in 36 countries:A comparative assessment of inputs, outputs and outcomes“, *The Netherlands Institute for Social Research*, Hague 2016;
9. OECD Investment Policy Reviews: Croatia 2019, Chapter 7, Public Governance, D.–C. Iancu, M. Ungureanu „The Usual Suspect: European Union And Post Accession Reforms Of Public Administration In Romania“, *National and European Values of Public Administration in the Balkans, South–Eastern European Administrative Studies*, No. 4/2011, 2011;
10. Organisation for Economic Co–operation and Development (OECD), "European Principles for Public Administration", *SIGMA Papers*, No. 27, 1999;
11. Станчетић, Веран, „Spoils System Is Not Dead: The Development and Effectiveness of the Merit in Western Balkan“, *Хрватска и компаративна јавна управа: часопис за теорију и праксу јавне управе*, 3/2020;
12. Hesse, Joachim Jens, „Rebuilding the State: Public Sector Reform in Central and Eastern Europe“, *Public Sector Reform – Rationale, Trends and problems*, Sage Publications, London – Thousand Oaks, New Delhi 1997;

13. Шехрић, Едина, „Посебности управних реформи у транзицијским земљама са посебним освртом на Босну и Херцеговину“, *Зборник радова Правног факултета у Тузли*, 1/2019.

Правни прописи

1. „Bosnia and Herzegovina Report 2022“, European Commission, Directorate–General for Neighbourhood and Enlargement Negotiations, *https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/bosnia-and-herzegovina-report-2022_en*, 22. јун 2023;
2. Главни захтјеви у реформи јавне управе, Канцеларија координатора за реформу јавне управе БиХ, *http://rju.parco.gov.ba/sigma-principi/*, 1. јун 2023;
3. Закон о високом образовању Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/20;
4. Закон о државној служби у институцијама БиХ, *Службени гласник БиХ,* бр. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12 и 93/17;
5. Закон о државној служби у ФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 77/06 одлука УС, 34/10 – одлука УС, 45/10 – др. закон, 4/12, 99/15 и 9/17 – одлука Уставног Суда;
6. Закон о државним службеницима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16;
7. Закон о државним службеницима, *Службени гласник Републике Србије*, 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;
8. Закон о министарским именовањима, именовањима Савјета министара и другим именовањима Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 7/03 и 37/03;
9. Закон о платама и накнадама у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 50/08, 35/09, 75/09, 80/10 – одлука УС, 32/12, 42/12, 50/12, 32/13, 87/13, 75/15, 88/15, 16/16, 94/16, 72/17, 25/18, 32/20, 65/20 и 59/22;
10. Закон о платама запослених у органима управе Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 66/18, 105/19, 119/21, 68/22 и 132/22;
11. Закон о платама и накнадама у органима власти Федерације БиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 45/10, 111/12, 20/2017 и 22/19 – одлука Уставног Суда;
12. Закон о платама и накнадама у органима јавне управе и институцијама Брчко дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ*, бр. 10/19, 12/19, 39/20, 41/20, 13/21;
13. Закон о универзитету, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 12/93, 14/94, 99/04 и 92/05;

14. Извјештај о имплементацији Акционог плана стратешког оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2027, фебруар 2023, Канцеларија координатора за реформу јавне управе БиХ, *https://parco.gov.ba/wp-content/uploads/2023/04/Izvjestaj-o-implementaciji-APSORJU_nacrt.pdf*, 1. и 12. јун 2023;
15. Кодекс државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/13;
16. Кодекс понашања државних слубеника Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 83/09
17. Одлука о начину полагања јавног и стручног испита, *Службени гласник БиХ*, бр. 96/07, 43/10 и 103/12;
18. Одлука о усвајању Основа квалификационог оквира у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 31/11 и 39/12;
19. Одлука о усвајању Акционог плана за реформу јавне управе, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/21;
20. Одлука о допуни одлуке о усвајању стратешког Оквира за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2022, *Службени гласник БиХ*, бр. 78/22;
21. Оквирни закон о високом образовању у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 59/07 и 59/09;
22. Правилник о поступцима оглашавања, избора кандидата, премјештаја и постављења државних службеника у случају пријеноса или преузимања надлежности од институција Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 27/08, 56/09, 54/10 и 70/12;
23. Правилник о условима и начину обављања интерних конкурса, интерних и екстерних премјештаја државних службеника у институцијама Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 62/10 и 30/14;
24. Правилник о карактеру и садржају јавног конкурса, начину провођења интервјуа и обрасцима за провођење интервјуа, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/16 и 21/17;
25. Правилник о програму полагања јавног испита, *Службени гласник БиХ*, бр. 28/08 и 18/12;
26. Правилник о јединственим правилима и процедури јавне конкуренције за запошљавање и постављење државних службеника, *Службени гласник РС,* бр. 68/09, 31/12 и 24/15;
27. „Принципи јавне управе“, *СИГМА/ОЕЦД*, 2015, *file:///C:/Users/j.starcevic/Desktop/novi%20rad%202023%20Pale/Principijavneuprave.pdf*, 1. јун 2023;
28. Стратешки оквир за реформу јавне управе у Босни и Херцеговини 2018–2022. године, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/21;
29. Уредба о категоријама и звањима државних службеника, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 18/09, 131/10 и 8/11;

30. Уредба о стручном испиту за рад у управи Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 68/11, 85/11 и 7/15;
31. Уредба о условима, начину и програму за полагање испита општег знања и стручног испита за кандидате за државну службу у Федерацији Босне и Херцеговине – пречишћени текст *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 10/18;
32. Факти, „Резултати анкете: грађани не вјерују институцијама власти и политичким партијама у Босни и Херцеговини“, Аналитика – Центар за друштвена истраживања, Сарајево 2013, *https://www.analitika.ba/sites/default/files/publikacije/fakti_povjerenje_gradjana_13nov2013.pdf.*

Assistant Professor Jelena Starčević, LL.D.

Ministry for Scientific and Technological Development
Higher Education and Information Society
Faculty of Education, University of East Sarajevo

PROFESSIONALIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – A MYTH OR (REAL) OPTION

Summary

The term "professionalization" of public administration primarily means a professional, efficient, politically independent public administration where professional, educated civil servants with clearly defined roles, duties and lines of responsibility work. It also implies transparent work processes and adequate legal protection of citizens. Although this concept is almost as old as the concept of public administration itself, and was introduced several decades ago as one of the leading tendencies by one of the founders of Public Administration Science–Eugen Pusić, it still represents a challenge and seems, more than ever, an unattainable ideal not only for Bosnia and Herzegovina but also for other countries of the Western Balkans, such as Serbia, Montenegro, North Macedonia and Albania. The European Commission set public administration reform in the early 2000s as a condition for countries in the process of joining the European Union, which was supposed to compel the authorities in BiH to commence reform and professionalization of this area. Twenty years later, however, the reform is still in its early stages of implementation. In all EU reports on B&H's progress in the field of public administration reform, it is evident that it is lagging behind and does not show the expected results. There are many reasons, but the first one seems to be the lack of will of decision-

makers to put this area at the top of the political agenda and, secondly–too much dependence on politics and political processes. Since the public administration is still the biggest employer of the working-age population in BiH and the private sector is still insufficiently strong and underdeveloped to enforce its standards on the labor market, separating the public administration from politics and providing impartial and transparent recruitment processes according to the criteria of expertise and competence has become almost impossible.

Therefore, the expert public is now facing the inevitable question: Is it possible to professionalize public administration in Bosnia and Herzegovina despite all the disadvantages of the socio-political context? Or is this possible to do so at least to a level that meets the criteria of the European Administrative Area? Or will it remain just an unattainable myth and tendency? In the latter case, the consequences for the whole society would be the failure to accede to the European Union, continual migration of young and qualified people from the country, the slowness of administrative processes that repel potential foreign investors, and thus, slow development of the whole real sector and many, many other negative consequences.

This paper explores the concept and elements of professionalization, its prerequisites, processes and conditions that make professionalization difficult or impossible to attain. It also puts forward recommendations for improving the situation in this area.

Key words: *Professionalization; Public administration; Expertise; Civil servants; Education; Reform.*

УДК/UDC 347.235:347.136(497.11)
ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / *REVIEW ARTICLE*

Доц. др Милица Торбица

Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија, Нови Сад

УТИЦАЈ НАЧЕЛА ОФИЦИЈЕЛНОСТИ НА ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СТРАНКЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ УПИСА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Законом којим је уређен посебан управни поступак уписа у катастар непокретности и водова у Републици Србији је у потпуности уређена процедура по којој поступа орган управе приликом доношења одлуке. Увођење начела официјелности на сам почетак закона има своје разлоге који се огледају у наглашавању специфичности тог посебног управног поступка, како у погледу покретања тако и у погледу вођења поступка до доношења првостепеног решења. Управни поступак се покреће по службеној дужности на иницијативу обвезника доставе који том приликом доставља све исправе које је сачиниo, донео или оверио у вршењу својих јавних овлашћења. Одредбе којима је регулисан ток посебног управног поступка до доношења првостепеног решења од стране катастра указују на то да се он води у јавном интересу, што свакако утиче и на положај странке. Странка има у потпуности пасиван положај, не може да утиче ни на једну радњу коју поступајући орган врши до доношења првостепеног решења, па тако ни на исправљање одређених пропуста учињених од стране обвезника доставе. Обвезници доставе, и поред високог степена одговорности и професионализма, свакако могу да погреше у смислу недостављања потпуне документације, или пак достављања погрешене документације. Будући да странка није ни скривила нити утицала на ситуацију у којој последично само она трпи, а руководећи се основним начелима општег управног поступка, сматрамо основаним и у поступку до доношења решења обезбедити активну улогу странци као и омогућити да обвезник доставе иако није странка у управном поступку, исправе учињени пропуст. Таквим поступањем би се свакако заштитио не само интерес странке, већ и јавни интерес.

Кључне речи: Начело официјелности; Катастар непокретности; Постпак уписа у катастар; Странке у поступку уписа пред катастром.

Милица Торбица, *milica.office1@gmail.com.*

1. УВОД

Положај странке у управном поступку је опредељен правима и обавезама које произилазе из правних норми које регулишу ту правну установу. Начин рада органа управе приликом решавања у управним стварима је прописан правилима садржаним у закону којим је уређен општи управни поступак, али и законима којима су уређени посебни управни поступци. Суштина управног поступка је одређена начелима, наведеним на почетку закона којим је тај поступак уређен, и која представљају смернице за разумевање свих осталих правних норми којима је регулисан како општи, тако и посебни управни поступци.

Будући да постоји веома велики број органа управе пред којима странке остварују највећи број права и слобода гарантованих највишим правним актима у држави, јасно одређивање њиховог положаја је изузетно важно. Са друге стране, а управо ради задовољавања интереса како државе тако и друштва у целини, органи управе своју делатност треба да врше експедитивно и оперативно. Дакле, управни поступак треба да буде регулисан тако да се странкама пружи право да у њему учествују ради заштите својих права и интереса, али да процедура у којој они своја права остварују буде ефикасна и једноставна.

Један од начина да се управни поступак који се води пред катастром уреди на начин да буде ефикасан, једноставан и делотворан, уз задовољавање интереса странака, јесте прописивање његовог покретања од стране катастра по службеној дужности, а након доставе исправе подобне за упис од стране обвезника доставе: јавног бележника, јавног извршитеља, суда и органа управе. Опредељење законодавца за прописивање оваквог поступања органа управе у овом посебном управном поступку је, поред дигитализације самог управног поступка и одређивања кратких рокова у оквиру којих је катастар дужан да донесе управни акт, значајно утицало на ажурност катастра, последично и на читаву економију и привреду земље, наравно афирмативно. У том смислу су несумњиво задовољени и интереси странака. Примена начела официјелности у поступку пред катастром има одређене специфичности које се тичу положаја странке у том посебном управном поступку, на које ћемо указати у даљем раду.

2. РЕФОРМИСАЊЕ ПОСЕБНОГ УПРАВНОГ ПОСТУПКА УПИСА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ

Реформа јавне управе у Републици Србији се интензивно спроводи у последњих двадесет година.[1] Циљ који је на самом почетку стратегијског планирања развоја реформе постављен, а то је успостављање такве државне управе која ће бити у складу са принципима „добре управе“ и стандардима Европске уније,[2] остваривао се у фазама. Свака фаза, успешно завршена, је представљала основу за даље планирање развоја јавне управе и њеног усавршавања. Примарни циљ управе јесте да служи остварењу слобода и права свих грађана уз поспешење опште добробити друштва у целини,[3] те напуштање концепције према којој послови државне управе представљају вршење извршне власти на ауторитативан начин.[4] Трансформацију управе од „инструмента власти“ до „јавне службе“ је пратило и управно законодавство, те су усвојени закони којима се регулише начин организовања и функционисања органа управе, одређени су задаци и послови управе, као и закони којима се прописују правила начина поступања органа управе, односно процесни прописи.

Процес реформе управе није заобишао ни катастар, као основни и јавни регистар података о непокретностима и стварним правима на њима, као и другим правима чији је упис у катастар предвиђен законом.[5] Гашењем земљишне књиге, као евиденције о уписима права на непокретностима, која је била у надлежности судова, и преласком на вођење података о непокретностима, сада и водовима, на посебну организацију Републички геодетски завод, која је образована у саставу министарства као органа управе, одлучивање о уписима стварних и других права на непокретностима је из судске надлежности пренето у управну надлежност. Посебна организација у српском праву не пред-

[1] Нужност модернизације управе и потребе прилагођавања правних прописа по којима управа делује друштвеним променама условљеним брзим техничко–технолошким развојем је у правној теорији препозната и пре него што је реформа јавне управе отпочела кроз процес приступања Србије Европској унији; З. Лончар, „Осавремењивање управног поступка“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*1–2/1996, 17.

[2] SIGMA Paper No. 23, (1998) Preparing Public Administrations for the European Administrative Space, OECD, *https://www.oecd-ilibrary.org/governance/preparing-public-administrations-for-the-european-administrative-space_5kml6143zd8p-en*, 15.04.2023.

[3] С. Лилић, „Модернизација српске државне управе“, *Реформе, политичка воља и административни капацитет* 2011, 9.

[4] С. Лилић, *Управно право Управно процесно право*, Правни факултет, Београд 2014, 265.

[5] Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова – ЗПУКНВ, *Службени гласник РС*, бр. 41/18, 95/18, 31/19, 15/20, чл. 2, ст. 2, т. 2

ставља орган управе, њој управна делатност није основна делатност, али чини саставни део државног апарата који није образован превасходно због вршења власти, већ због обављања одређених стручних послова.[6] Републички геодетски завод, поред вођења јавног регистра о подацима о непокретностима и правима на њима, те послова уписа тих података на основу исправа (јавних и нејавних), врши веома велики број стручних послова у области геодезије, државног премера, адресног регистра, комасације, геомагнетизма и аерономије.[7] Послове уписа у катастар непокретности и водова, као унутрашње јединице Завода, врше Службе за катастар непокретности, образоване за територију општине, града, односно градске општине и Одељења за катастар водова, образована за територије више општина или градских општина, односно града.[8] Службе и Одељења одлучују у првом степену, док је за другостепено одлучивање прописана надлежност Републичког геодетског завода.[9] Законом је прописано да су послови оснивања, обнове и одржавања катастра непокретности, као и послови оснивања и одржавања катастра водова управни послови,[10] што подразумева да Службе и Одељења решавају у управним стварима доносећи управне акте по већ утврђеној процедури.

Сходно томе, а како је Републички геодетски завод посебна организација у оквиру органа управе, те како Службе за катастар непокретности решавају у управним стварима доносећи управне акте, свеобухватна реформа управе у Републици Србији је подразумевала и реформу катастра. Основна замерка упућена катастру је, од момента оснивања па све до данас, усмерена на дужину трајања поступка уписа. Наиме, ажурност уписа у катастар непокретности директно утиче на правну сигурност грађана приликом промета непокретности као и на повећање конкуретности Србије на глобалном нивоу, посебно у инвестиционом, привредном и економском смислу. С тим у вези, било је неопходно управни поступак пред катастром убрзати и поједноставити, што је и учињено доношењем Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова. Поступак је убрзан скраћењем рокова у којима су Службе дужне да одлучују у покренутим поступцима, дигитализацијом и повезивањем свих органа јавне власти са

[6] Д. Милков, *Управно право I*, Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2020, 81.

[7] Закон о министарствима – ЗМ, *Службени гласник РС*, бр. 128/20 и 116/22, чл. 33

[8] ЗПУКНВ, чл. 2, ст. 2, т. 16

[9] ЗПУКНВ, чл. 16 и чл. 48. ст. 2 и 3

[10] Закон о државном премеру и катастру – ЗДПК, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 – одлука Уставног суда, 95/15, 47/17 – аутентично тумачење, 113/17 – др. закон, 27/18 – др. закон, 41/18 – др. закон, 9/20 – др. закон, чл. 11

катастром, на који начин је омогућено да се исправе за упис у катастар достављају од стране овлашћених органа по службеној дужности и електронским путем у дигиталном облику, без потребе да се грађани директно обраћају катастру и подносе захтев за спровођење одређене промене на непокретностима, као и прописивањем ограничења надлежности државног службеника катастра да врши процену законитости уписа уколико се упис врши на основу исправе достављене катастру по службеној дужности (од стране судова, државних органа, јавних бележника и јавних извршитеља).

Могућност за овакво законско решење је створена првенствено увођењем јавних бележника у правни систем Републике Србије 2014. године, након чега је и извршена реформа поступка уписа у катастар непокретности и водова. Наиме, јавни бележници, као стручњаци из области права, именовани од стране Министарства правде, на основу јавних овлашћења прихватају од странака изјаве воље и дају им посебну писмену форму и о томе издају исправе које имају карактер јавних исправа,[11] а овлашћени су да састављају, оверавају и издају јавне исправе о правним пословима, изјавама и чињеницама на којима се заснивају права и оверавају приватне исправе, те обављају послове који им се по закону могу поверити, као што су на пример расправљање у поступку заоставштине.[12] Значајан број управних поступака, више од половине, су поступци које Службе за катастар непокретености покрећу на основу исправа достављених од стране јавних бележника,[13] те је јасно да се скраћењем рокова и забраном оцене законитости уписа извршених на основу тих исправа од стране службеника катастра, постигао циљ реформе да се убрза и поједностави поступак уписа у катастар, а последично ажурира база катастра и отклони правна несигурност у том смислу.

3. НАЧЕЛО ОФИЦИЈЕЛНОСТИ У ПОСТУПКУ УПИСА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ

Начела управног поступка указују на његову суштину, на њима управни поступак почива и њихов смисао мора бити прожет кроз сва општа и посебна правила о управном поступку.[14] Њихова сврха је да прикажу и дефинишу темељне правне вредности приликом решавања

[11] Закон о јавном бележништву – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15, чл. 2, ст. 4

[12] ЗЈБ, чл. 4

[13] Статистика, *http://upisnepokretnosti.rs/statistika.php*, 22.04.2023.

[14] Д. Милков, Р. Радошевић, „Начело предвидивости у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 1/2020, 2.

у управним стварима и обезбеде стабилност и уједначеност у начину и оквиру поступања надлежних органа, положаја странака, њихових права и обавеза.[15] Начела у управном поступку се деле на основна и општа. Основна су она на којима почива читав правни систем, док се општа начела односе на управни поступак.[16] Поред ове поделе, у теорији управног права се наводи подела начела на изричита и изведена. Изричита су она која су Законом о општем управном поступку експлицитно наведена. Изведена начела настају извођењем из изричитих и правна теорија познаје већи број таквих начела у коју групу спада и начело официјелности.[17] Изворно, начело официјелности означава да орган управни поступак увек покреће сам, независно од иницијатора те процесно правне радње. Иницијатива за покретање управног поступка може потећи од странке, која то чини у форми захтева, другог органа, као и на основу обавештења или пријаве других лица.[18] Постоје два начина покретања управног поступка, по службеној дужности и по захтеву странке.[19] Поступак по службеној дужности се покреће када је то прописом одређено или ако орган утврди да је, с обзиром на чињенично стање, неопходно да се заштити јавни интерес.[20] Како свако поступање органа управе мора да има законски основ, то се и у овом другом случају подразумева да постоји основ за покретање поступка ради заштите јавног интереса у неком правном пропису.[21]

Сходно томе, сврха увођења начела официјелности у закон којим је регулисан поступак уписа у катастар се огледа у опредељењу законодавца да се поступак уписа у катастар по правилу покреће и води по службеној дужности, а по достави исправе од стране обвезника доставе (јавног бележника, јавног извршитеља, суда и органа управе) која представља правни основ за упис у катастар, као и ако је прописано да се упис у катастар врши по сили закона.[22] Дакле, катастар као орган управе је дужан да по службеној дужности покрене и води управни поступак иницира на овај начин. Поред тога, прописана је обавеза обвезника доставе да у одређеним, кратким, роковима доставља катастру исправе које сачини, овери, донесе, а која представља

[15] З. Томић, „Компатибилност управно–процесних начела“, *Правои привреда* 2/2022, 206.

[16] П. Димитријевић, *Управно право општи део*, Медивест, Ниш 2019, 236.

[17] П. Димитријевић, 237.

[18] П. Димитријевић, 254.

[19] Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/16, 95/18 – аутентично тумачење, и 2/23 – одлука УС, чл. 90, ст. 1

[20] ЗУП, чл. 90, ст. 2

[21] Д. Милков, *Управно право II*, Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2017, 169.

[22] ЗПУКНВ, чл. 3, ст. 1, т. 2

правни основ за упис промене у катастар непокретности, као и друга неопходна документа.[23] Такође је прописана обавеза Завода да, уколико стекне сазнање да обвезник доставе није доставио исправу у роковима прописаним законом, обавести о томе орган који врши надзор над радом обвезника доставе у циљу предузимања мера у складу са тим.[24] Завод до таквог сазнања може да дође на основу поднетих захтева од стране странака, с обзиром да начело официјелности не искључује могућност странке да поднесе захтев за променом на непокретностима путем е-шалтера, уз који захтев странка може да достави и исправу коју је по закону био дужан да проследи обвезник доставе.

Поступак уписа у катастар је према ранијим законским решењима Служба за катастар непокретности покретала по службеној дужности, на основу захтева који су подносила лица која су могла бити странке у поступку (лице у чију корист се одлучује о упису, уписани претходник и свако лице ради заштите својих права или правних интереса).[25] Ради тежње за ажурнијом евиденцијом, у ранијем законском решењу је била предвиђена обавеза свих имаоца права да у року од 30 дана од настанка промене (рецимо од закључења уговора о купопродаји или правоснажности решења о наслеђивању) поднесу захтев за провођење промене Заводу и доставе неопходне исправе за упис.[26] Поред тога, била је прописана и обавеза државних и других органа, предузећа, установа и других организација да Заводу доставе исправе које су од утицаја на податке о непокретностима и просторним јединицама.[27] Међутим, пропуст законодавца се огледао у непредвиђању санкције за поступање супротно прописаним обавезама. Поред тога, правила посебног управног поступка, у већини случајева скраћеног, који се водио пред катастром су само фрагментарно била прописана законом, махом у односу на рокове у којима је орган дужан да поступа, док су се за све остало примењивале одредбе закона којим је уређен општи управни поступак.[28] Све то, изостанак санкције за непоштовање рокова од стране странака и овлашћених лица, као и непостојање одредаба којима се регулише овај посебан управни поступак у целини, је, кумулативно, утицало на стање у евиденцији о непокретностима и правима на њима пре приступања реформи катастра.

[23] ЗПУКНВ, чл. 23

[24] ЗПУКНВ, чл. 56

[25] ЗДПК, чл. 122 и 123

[26] ЗДПК, чл. 117

[27] ЗДПК, чл. 119

[28] М. Торбица, „Обавештавање и достављање у управном поступку у Републици Србији који се води поводом уписа у катастар непокретности и водова“, *Правна ријеч часопис за правну теорију и праксу* 64/2021, 186

Дакле, смисао начела официјелности у односу на поступак који се води пред катастром јесте да се изврши упис на непокретностима на основу свих исправа подобних за упис које доносе, оверавају и сачињавају обвезници доставе. Јасно је да је епилог примене овог начела и осталих одредби које се тичу покретања управног поступка пред катастром стварање потпуно тачног и ажурног регистра непокретности и права на њима. Поред тога што изостаје обавеза странке да, након закључења правног посла или правоснажног окончања поступка пред судом, посебно подноси захтев за упис тих исправа у катастар непокретности, она је сигурна и да катастар непокретности неће проверавати њихову законитост. Надлежност катастра непокретности се огледа само у провери формалне исправности исправа достављених од стране обвезника доставе и то: да ли је надлежна за поступање по достављеној исправи, да ли је достављена исправа која представља правни основ за упис у катастар непокретности по службеној дужности, као и друга документација прописана законом, те да ли су чињенице о непокретностима и лицима које су наведене у исправама у складу са стањем катастра непокретности у тренутку одлучивања о упису.[29] Дакле, катастар је у обавези да води рачуна да ли су обвезници доставе ажурни у достављању својих аката, али није овлашћен да проверава законитост њиховог рада.

Подношење захтева за упис у катастар непокретности од стране странака није искључено, али је предвиђено као изузетак и то путем е-шалтера, у форми електонског документа. Дакле, изузетно, странка, њен законски заступник, овлашћени представник, као и физичко или правно лице или предузетник на основу датог пуномоћја у име странке, може поднети захтев преко е-шалтера, осим ако је то законом искључено.[30] Прописана је обавезна садржина захтева и шта се уз захтев треба доставити као и могућност опредељења странке на који начин жели да јој се изврши достава одлуке по њеном захтеву. Странци је остављена могућност да у форми папирног документа може да достави искључиво жалбу и друге правне лекове, као и доказе који се уз њих прилажу.[31] Као прелазно решење, до потпуног преласка на е-шалтер, омогућено је подношење захтева за упис и исправа у форми папирног документа до 31.12.2020. године, које је катастар дужан да дигитализује и да електронским квалификованим потписом овлашћеног лица потврди истоветност електронске копије оригиналу, чиме та копија добија исту доказну снагу као оригинал у поступку

[29] ЗПУКНВ, чл. 32, ст. 1
[30] ЗПУКНВ, чл. 25
[31] ЗПУКНВ, чл. 18, ст. 2

уписа у катастар док се изворни документи у паприној форми чувају у складу са законом. [32]

4. ПОЛОЖАЈ СТРАНКЕ У ПОСТУПКУ УПИСА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ

Начело официјелности је прожето кроз све одредбе процесног закона по чијим правилима поступа катастар, што последично утиче и на положај странке у том поступку. Положај странке се огледа кроз њихова права и обавезе које имају од момента покретања управног поступка, па до доношења решења. Странка је по Закону о поступку уписа права на непокретностима: „Лице у чију корист се одлучује о упису, уписани претходник и треће лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход поступка“.[33] Овако одређен појам странке је чисто процесног карактера и прилагођен је конкретном управном поступку. Обвезник доставе, дакле, није странка у овом управном поступку. Он представља орган јавне власти који је донео, оверио, односно сачинио исправу која је подобна за упис у катастар и исту доставио. Постојање исправе сачињене или оверене од стране овлашћеног лица и њено достављање катастру представља иницијативу за покретање управног поступка.

У тако покренутом управном поступку учествују странке на које се односи исправа која је катастру достављена по службеној дужности. Будући да у управном поступку могу учествовати једна или више странака, разликују се једностраначке и вишестраначке ствари.[34] Једностраначки управни поступак је поступак у којем учествује само једна странка или више лица, уз услов да имају заједнички интерес. Више лица која учествују у поступку са заједничким интересом представљају процесну заједницу. Процесна заједница може бити материјална, када се односи на више лица која и изван управног поступка имају одређену правну или стварну везу, или формална, када се односи на више лица која ван управног поступка нису ни у каквој правној или стварној вези.[35] Вишестраначки управни поступак подразумева да у поступку учествује више странака са супротстављеним интересима. То свакако није карактеристично за управни поступак, посебно када

[32] ЗПУКНВ, чл. 59

[33] ЗПУКНВ, чл. 17

[34] Д. Милков, „Положај странке у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2005, 243.

[35] Д. Милков, (2005), 243.

се узме у обзир да супротстављеност интереса странака може бити директна, настала из њиховог међусобног односа.[36]

Дакле, у складу са законским решењем, странка у управном поступку који се води пред катастром је у већини случајева процесна заједница. Потписивањем уговора о купопродаји, поклону, разврставањем имовинске заједнице, прихватањем удела приликом расправљања заоставштине иза оставиоца од стране наследника, подразумева се да су та лица, учесници тих правних односа, сагласни са изјавама воље које су дали пред надлежним органима. Неспорно је да код ових лица, у принципу, интереси нису супротстављени. Међутим, обвезници доставе у управном поступку пред катастром су и јавни извршитељи који у складу са својим надлежностима покрећу и воде извршне поступке ради обезбеђења и намирења потраживања поверица,[37] као и судови који достављају правоснажне одлуке које представљају исправе подобне за упис (као што је рецимо пресуда којом се утврђује право својине). Правна и физичка лица која представљају странке у извршним и судским поступцима су такође процесна заједница у поступку који се води пред катастром. Међутим, ова лица у стварности немају заједнички интерес, односно, можемо претпоставити да су њихови интереси већ у сукобу чим је о њиховим правима и обавезама одлучивао јавни извршитељ односно суд. За поступак који се води пред катастром то није од значаја, лица из исправа које имају јавну снагу и које катастар уписује у евиденцију чине процесну заједницу и овај посебан поступак се и даље сматра једностраначким. То је и логично, будући да се ради о скраћеном управном поступку у којем орган који доноси одлуку води рачуна искључиво о формалној исправности исправе достављене од стране обвезника доставе, никако не улази у законитост одлучивања надлежног органа који је исправу донео, саставио или оверио.

Надаље, из опредељења законодавца која лица могу бити странке у поступку уписа у катастар по службеној дужности, уочавамо да катастар води рачуна искључиво о страначкој легитимацији.[38] Наиме, да би странка могла да учествује у управном поступку мора имати одређена својства и то: страначку способност, процесну способност и

[36] Д. Милков, (2005), 244.

[37] Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17– аутентично тумачење, 54/19 и 9/20– аутентично тумачење, чл. 1

[38] О страначкој легитимацији нема јасних одредби, али се из формулације одговарајућих законских одредби то може закључити. На пример, страначку способност у поступку уписа пред катастром могу имати правни претходник и правни следбеник у смислу носиоца права на непокретности, ЗПУНКВ, чл. 17

страначку легитимацију.[39] Страначка способност је способност одређеног лица да може бити носилац права и обавеза и њу имају сви субјекти који иначе имају правну способност. Процесна способност је способност за самостално предузимање процесних радњи у управном поступку, а имају је сва лица која изјавама воље могу стицати права и обавезе (пословна способност). Страначка или стварна легитимација означава посебан однос одређеног лица према једној конкретној управној ствари, односно конкретном управном поступку. Будући да орган који поседује јавна овлашћења у поступку у којем доноси одлуке које представљају исправе за упис у катастар брине о страначкој и процесној способности, катастру једино преостаје да приликом провере формалне исправности води рачуна о страначкој легитимацији лица наведених у исправама достављеним на упис.[40]

Положај странке до доношења решења у поступку пред катастром покренутом по службеној дужности је у потпуности пасиван. Од њене воље ништа не зависи, а то је оличено већ у укидању захтева као иницијалног акта за покретање поступка.[41] Управни поступак који је покренут по службеној дужности достављањем исправе од стране обвезника доставе се наставља и води у јавном интересу. Странка, односно њен законски заступник или пуномоћник, у поступку до доношења првостепеног решења, нема могућност допуне документације осим, достављања пуномоћи за заступање и доказа о плаћеној такси, уколико је такса плаћена пре него што је обавеза плаћања таксе настала.[42] Такво решење законодавца, увођење апсолутне официјел-

[39] Д. Милков (2017), 122.

[40] У пракси то подразумева да је, на пример, лице које је власник непокретности продавац у уговору о купопродаји. Дакле, у поступку пред катастром власник непокретности и друго лице, купац, поседују страначку легитимацију да се са имена досадашњег носиоца права, правног претходника, изврши упис купца као власника, правног следбеника, на непокретности.

[41] ЗУП прописује значајан број диспозитивних процесних страначких радњи (као на пример подношење захтева за покретање управног поступка, измена постављеног захтева, одустанак од постављеног захтева, улагање правних средстава на донете одлуке у управном поступку), које искључиво зависе од воље странке и имају значајне процесне последице. Оваква процесна правила су предвиђена као антипод официјелности у управно процесном праву, будући да странкама дају неопходну слободу у управно-правним односима, са тежњом оптималног уравнотежавања јавног и појединачних интереса. З. Томић, „Аутономија воље странака у управно–процесном праву Србије“, *Право и привреда,* Нови Сад 7–9/2018, 195.

[42] Закон о републичким административним таксама – ЗРАТ, *Службени гласник РС*, бр. 43/2003, 51/2003 – испр., 61/2005, 101/2005 – др. закон, 5/2009, 54/2009, 50/2011, 70/2011 – усклађени дин. изн., 55/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 47/2013 – усклађени дин. изн., 65/2013 – др. закон, 57/2014 – усклађени дин. изн., 45/2015 - усклађени дин. изн., 83/2015, 112/2015, 50/2016 - усклађени дин. изн., 61/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 3/2018 – испр., 50/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018,

ности,[43] у пракси може да произведе одређене негативне последице имајући у виду да обвезници доставе немају директан приступ е-шалтеру катастра. Односно, они катастру исправе достављају преко апликације коју обезбеђује Министарство правде, а која је повезана са е-шалтером катастра.[44] То значи да обвезници доставе након слања комплетираног предмета у електронском формату више немају могућност интервенције. Обвезници доставе не могу ни да допуне списе предмета исправом коју су евентуално заборавили да доставе, нити да повуку, односно из списа формираног предмета изузму исправу која је грешком послата. Како таква могућност није предвиђена ни за странку, катастар доноси одлуку искључиво на основу исправа и докумената која су доставили обвезници доставе по службеној дужности. У таквим случајевима, катастар ће свакако донети негативну одлуку, односно решење којим обуставља поступак уписа и које доставља странкама са поуком о правном средству. Заинтересована странка овакав проблем може да реши изјављивањем благовремене жалбе уз достављање неопходне документације.[45]

Такође, законом је предвиђено да обвезници доставе достављају исправе појединачно, формирањем посебног предмета за сваку исправу коју у складу са својим надлежностима донесу, овере или сачине. У таквој ситуацији, а сходно начелу првенства, морају водити рачуна да исправе које се тичу исте непокретности достављају исправним редоследом. Начело првенства подразумева да се упис у катастар и утврђивање реда првенства права у односу на конкретну непокретности, односно вод врши према временском редоследу пријема исправе достављене ради уписа по службеној дужности, односно пријема захтева за упис, осим ако је законом другачије одређено.[46] Начело првенства мора да се поштује и приликом спајања захтева који се тичу исте непокретности и доношења јединствене одлуке од стране катастра.[47] Можемо да замислимо ситуацију да у слично време, у јед-

38/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 90/2019 – испр., 98/2020 – усклађени дин. изн., 144/2020, 62/2021 – усклађени дин. изн. и 138/2022, чл. 5 и 6

[43] З. Томић (2018), 189.

[44] Уредба о начину достављања докумената у поступку уписа у катастар и начину издавања извода из катастра електронским путем, *"Службени гласник РС"*, бр. 50/18.

[45] У овој фази поступка странка први пут од овере сачињавања или доношења исправе од стране обвезника доставе, дакле и пре покретања управног поступка пред катастром, стиче право на радњу која зависи од њене воље Иако је изложена плаћању трошкова за жалбу, под условом да су испуњени услови прописани законом, првостепени орган жалбу усваја, поништава првостепено решење и доноси позитиван управни акт. ЗПУНКВ, чл. 43, ст. 1, т. 2

[46] ЗПУНКВ, чл. 3, ст. 1, т. 5

[47] ЗПУНКВ, чл. 35

ном дану, јавни бележник на пример, изврши солемнизацију заложне изјаве власника непокретности, након чега солемнизује и уговор о купопродаји истог лица као продавца са купцем, али омашком исправе не достави редоследом којим их је солемнизовао. Односно, уколико се достави прво уговор о купопродаји којим продавац дозвољава да се купац може уписати, такав упис ће бити извршен. То подразумева да неће бити уписано заложно право, будући да се власник непокретности променио и више није онај који је дао заложну изјаву. Овај проблем не може да се реши ни спајањем захтева ради јединственог одлучивања, а с обзиром да се поступак води по службеној дужности, односно нема захтева странке као акта који је иницирао поступак стога нема ни његовог повлачења. Решење се налази у солемнизацији нове исправе, раскида уговора о купопродаји, уписа у катастар по тој исправи, па тек затим достављања заложне изјаве на упис, па након тога достављање солемнизованог уговора о купопродаји. Овај пример смо дали управо да би описали компликацију која настаје због „људског фактора“, момента непажње од стране обвезника доставе. Дакле, оваква омашка у поступању доводи до тога да се, уместо солемнизације две исправе и њиховог уписа законом прописаним редоследом, солемнизују четири исправе и све четири се посебно достављају на упис. Уз претпоставку да до процедуралних омашки више не дође, не само што се продужио рок за упис већ се и странка изложила непотребним трошковима.

У случају када обвезник доставе није катастру доставио комплетну документацију, доноси се негативна одлука, односно катастар решењем обуставља поступак уписа и исто доставља странкама са поуком о правном средству.[48] Заинтересована странка има право да уз благовремену жалбу достави неопходну документацију и исходује позитивно првостепено решење донето по жалби. Овакву могућност странка има уколико је достава негативног решења уредна, или уколико је благовремено извршила увид у решење истакнуто на електронској огласној табли Републичког геодетског завода па је имала могућност да реагује изјављивањем жалбе.[49] Обвезник доставе, иако информисан о одлуци катастра путем електронског сервиса, у име странке нема могућност да реагује на било какав начин. Такође, није овлашћен ни самоиницијативно да комплетира списе предмета и понови њихово достављање електронским путем, будући да је обавезан исправе да доноси искључиво у законом одређеном року након њиховог састављања, овере, доношења или правоснажности. Странци

[48] ЗПУНКВ, чл. 35, ст. 1, т. 2, и ст. 5

[49] М. Торбица, (2021), 188–195.

у таквој ситуацији преостаје само да се обрати професионалном кориснику е-шалтера, адвокату, уколико сама као физичко лице није регистрована за коришћење е-шалтера катастра, чиме се излаже даљим трошковима. И не само трошковима, већ се поступак уписа продужава, односно подношењем захтева почињу да теку нови рокови за доношење одлуке од стране катастра.

5. ЗАКЉУЧАК

Увођење начела официјелности на сам почетак закона којим је уређен поступак уписа у катастар непокретности у Републици Србији има своје оправдање будући да указује на специфичности тог посебног управног поступка, како у погледу покретања тако и у погледу вођења поступка до доношења првостепеног решења. Управни поступак се покреће по службеној дужности на иницијативу обвезника доставе који том приликом доставља све исправе које је сачинио, донео или оверио у вршењу својих јавних овлашћења. Дакле, изостаје уобичајени захтев, на који начин се сва лица која су представљала странке у правном односу који је окончан пред обвезницима доставе препознају као подносиоци захтева и чине процесну заједницу. Са друге стране, с обзром на то да поступак није покренут од стране странке, она нема право ни да од њега одустане нити да га измени. Одредбе којима је регулисан ток посебног управног поступка до доношења првостепеног решења од стране катастра указују на то да се он води у јавном интересу. Није предвиђено да странка учествује у поступку до доношења првостепеног решења, што подразумева да не може да утиче ни на исправљање очигледних грешака обвезника доставе које се огледају у изостављању слања неопходне документације, слању погрешних исправа или слању исправа погрешним редоследом. Како ова могућност није предвиђена ни обвезницима доставе, странци често преостаје једино да поново покрене управни поступак преко е-шалтера и достави све неопходне исправе. У појединим ситуацијама, након достављања негативног решења од стране катастра, странка такве пропусте може да исправи кроз ожалбени поступак, изјављивањем благовремене жалбе и достављањем документације која недостаје. У оба случаја се странка која није скривила ситуацију коју последично искључиво она трпи, доводи у неповољан положај, било због трошкова који јој падају на терет било због продужавања рокова у којима она може да стекне своје право. То такође има и одређене последице на катастар, у смислу повећања броја поступака који се пред њим воде. Избегавање оваквих последица примене начела официјелности се може превазићи дозвољавањем странкама да, уколико дође до наведених пропуста од стране обвезника доставе, сама може извр-

шити допуну документације у управном поступку покренутом по службеној дужности, и тиме спречити доношење негативне одлуке од стране катастра и, последично, повећање броја управних поступака који се воде пред катастром. То је посебно оправдано у ситуацији када достава негативног решења не буде уредна, па странка изгуби и могућност изјављивања благовремене жалбе и исправљање грешке на тај начин. Такође, такву могућност треба обезбедити и обвезнику доставе, што свакако неће бити у супротности са јавним интересом, а интерси странке ће бити задовољени.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Димитријевић, Предраг, *Управно право општи део*, Медивест, Ниш 2019;
2. Лилић, Стеван, „Модернизација српске државне управе“, *Реформе, политичка воља и административни капацитет* 2011;
3. Лилић, Стеван, *Управно право Управно процесно право*, Правни факултет, Београд 2014;
4. Лончар, Зоран, „Осавремењивање управног поступка“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*1-2/1996;
5. Милков, Драган, *Управно право I*, Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2020;
6. Милков, Драган, *Управно право II*, Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2017;
7. Милков, Драган, Радошевић, Ратко, „Начело предвидивости у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020;
8. Милков, Драган, „Положај странке у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2005;
9. Томић, Зоран, „Компатибилност управно-процесних начела“, *Право и привреда* 2/2022;
10. Томић, Зоран, „Аутономија воље странака у управно–процесном праву Србије“, *Право и привреда,* Нови Сад 7-9/2018;
11. Торбица, Милица, „Обавештавање и достављање у управном поступку у Републици Србији који се води поводом уписа у катастар непокретности и водова“, *Правна рјеч часопис за правну теорију и праксу* 64/2021.

Правни прописи

1. Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова, *Службени гласник РС*, бр. 41/18, 95/18, 31/19, 15/20;

2. Закон о државном премеру и катастру, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 – одлука Уставног суда, 95/15, 47/17 – аутентично тумачење, 113/17 – др. закон, 27/18 – др. закон, 41/18 – др. закон, 9/20 – др. закон;
3. Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15;
4. Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/16, 95/18 – аутентично тумачење, и 2/23 – одлука УС;
5. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење, 54/19 и 9/20– аутентично тумачење;
6. Закон о републичким административним таксама, *Службени гласник РС*, бр. 43/2003, 51/2003 – испр., 61/2005, 101/2005 – др. закон, 5/2009, 54/2009, 50/2011, 70/2011 – усклађени дин. изн., 55/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 47/2013 – усклађени дин. изн., 65/2013 – др. закон, 57/2014 – усклађени дин. изн., 45/2015 – усклађени дин. изн., 83/2015, 112/2015, 50/2016 – усклађени дин. изн., 61/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 3/2018 – испр., 50/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 38/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 90/2019 – испр., 98/2020 – усклађени дин. изн., 144/2020, 62/2021 – усклађени дин. изн. и 138/2022;
7. Уредба о начину достављања докумената у поступку уписа у катастар и начину издавања извода из катастра електронским путем, *Службени гласник РС*, бр. 50/18.

Интернет извори

1. SIGMA Paper No. 23, (1998) Preparing Public Administrations for the European Administrative Space, OECD, *https://www.oecd-ilibrary.org/governance/preparing-public-administrations-for-the-european-administrative-space_5kml6143zd8p-en*, 15.04.2023;
2. Статистика, *http://upisnepokretnosti.rs/statistika.php*.

Assistant Professor Milica Torbica, LL.D.

Faculty of Law for Commerce and Judiciary, University Business Academy in Novi Sad

THE EFFECT OF THE PRINCIPLE OF OFFICIALITY ON THE LEGAL POSITION OF THE PARTY TO THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF REGISTRATION IN THE REAL ESTATE REGISTRY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the 1990s the Republic of Serbia began the process of establishing a single record of immovable properties and rights to them, the real estate cadastre, which replaced the existing land registers, deed system and land cadastre as an administrative body. As a rule, the administrative registration procedure in the real estate cadastre in Serbia is initiated ex officio, by delivering a document suitable for registration by the parties obliged to deliver: courts, public notaries, public bailiffs and other public administration bodies. Very short limitation periods are stipulated for submitting the cadastral documents and for issuing decisions based on the submitted documents. In issuing its decision, the cadastre verifies the formal correctness of the submitted documents without examining their material legality. In this way the registration process is simplified and accelerated, and the public register of immovable property and related rights, with the prescribed mandatory registration and digitization, inevitably becomes more up-to-date. Under the said special administrative procedure, active role of the party is not provided for; that is, the party utilizes the possibility of protecting its rights and interests only after the adoption of the first-instance decision and by means of the right to appeal. Obviously, it was considered that by prescribing clear rules for each stage of the procedure, with the support of information technology by various authorities, the party cannot even find itself in a situation where its rights are threatened in any way. However, despite the high degree of responsibility and professionalism, the obligee may make a mistake by, for example, submitting incomplete documentation or delivering documents concerning different types of registration and the said immovable property (registration of encumbrances, property or records of some other rights, which might restrict further use of the immovable property) in the wrong order. As the cadastre cannot make a positive decision in such situations, and the obligee of the delivery does not have the possibility of supplementing the procedure or changing the order of the submitted requests ex officio, providing such a right to the party would be justified. Since the party neither caused nor influenced the situation which affects them alone and under the basic principles of the general administrative procedure, we consider it justified to ensure an active role for the party in the process until the decision is reached, which would protect not only the interest of that party but also the public interest.

Key words: *Ex-officio principle; Real estate cadastre; Cadastral registration procedure; Parties to cadastral registraton procedure*.

UDK/UDC 35.072.6
IZVORNI NAUČNI RAD / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Prof. dr. Emir Mehmedović

Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu

Aleksandar Damjanović

Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine

DRUŠTVENI ZNAČAJ FUNKCIJA INSPEKCIJSKOG NADZORA I OGRANIČENJA NJIHOVE PRIMJENE U PRAKSI

U spomen na
mr Ranka Šakotu
(1958–2023)

U radu autori razmatraju pitanje društvenog značaja preventivne, korektivne i represivne funkcije inspekcijskog nadzora kako teorijski tako i u kontekstu njihove primjene u praksi. Naime, inspekcijske službe u posebnom, inspekcijskom postupku provjeravaju usklađenost postupanja i djelovanja subjekata nadzora u odnosu na pravila utvrđena pravnim normama. U vršenju tih aktivnosti mogu preduzimati preventivne, korektivne i represivne mjere, odnosno vrše preventivnu, korektivnu i represivnu funkciju. Preventivna funkcija inspekcijskog nadzora ima za cilj preduprеđenje povrede propisa, korektivna funkcija ispravljanje, otklanjanje ili umanjivanje posljedica utvrđenih nepravilnosti, dok represivna funkcija ima za cilj kažnjavanje subjekata nadzora zbog nepravilnosti koje su počinili. Svaka od navedenih funkcija ima svoj utjecaj i značaj na stepen usklađenosti postupanja i djelovanja subjekata nadzora, kako u odnosu na pravne norme tako i u odnosu na društvene ciljeve. Iako svaka od navedenih funkcija, nesumnjivo, može doprinjeti ostvarivanju javnih politika u specifičnim oblastima upravnog postupanja, u praksi su evidentna ograničenja u njihovoj primjeni. Ta ograničenja se ogledaju u nedovoljnom broju inspekcijskih službenika, njihovoj nedovoljnoj osposobljenosti, čestoj fluktuaciji inspekcijskog kadra, političkom utjecaju na rad inspekcijskih službi, nepostojanju adekvatne kaznene politike, ali i nedostacima stručne i tehničke podrške koja je nužna za ažurno praćenje i analizu stanja u određenim oblas-

Emir Mehmedović, *emir.mehmedovic@mpr.gov.ba*.
Aleksandar Damjanović, *aleksandar.damjanovic@mpr.gov.ba*.

tima inspekcijskog nadzora. Svako od ovih ograničenja, u različitoj mjeri, utječe na mogućnosti i obim vršenja funkcija inspekcijskog nadzora, što posljedično limitira mogućnosti iskorištavanja benefita navedenih funkcija.

Ključne riječi: Inspekcijski nadzor; Funkcije inspekcijskog nadzora; Preventivna funkcija; Korektivna funkcija; Represivna funkcija.

1. UVOD

Javna uprava kao skup upravnih organizacija koje obavljaju javne poslove u javnom interesu vrši više značajnih društvenih djelatnosti od kojih su najznačajnije: očuvanje stabilnosti državne vlasti, regulacija društvenih procesa, pružanje javnih usluga te pomoć građanima u slučajevima socijalnih i drugih rizika.[1] Te društvene djelatnosti koje vrši državna uprava nazivamo upravnim djelatnostima, odnosno poslovima državne uprave. U poslove državne uprave uobičajno se ubrajaju: izvršavanje zakona i drugih općih akata; predlaganje i provođenje javnih politika; vršenje upravnog nadzora; priprema i donošenje općih, podzakonskih akata iz nadležnosti organa uprave; predlaganje zakona i davanje preporuka iz oblasti zakonodavstva; davanje odgovora na pitanja zakonodavne i izvršne vlasti; praćenje stanja u oblastima za koje su organi uprave osnovani; te vršenje i drugih upravnih i stručnih poslova određenih zakonom ili drugim propisom. Dakako, pored navedenih (standardnih) poslova državne uprave organi državne uprave u određenim oblastima obavljaju i druge, za tu oblast karakteristične poslove.

U svakodnevnom životu, radu i djelovanju fizička i pravna lica ostvaruju interakciju sa drugim fizičkim i pravnim licima, vrše različite poslove i aktivnosti. Najveći broj tih interakcija, poslova i aktivnosti je regulisan društvenim normama, kao zahtjevima koji traže da se u određenim okolnostima nešto čini ili ne čini.[2] U pravilu, društvene norme koje regulišu društveno najznačajnije odnose, koji su snažno konfliktni i izvanjski kontrolabilni, se uređuju pravnim normama.[3]

Svaka ljudska djelatnost podložna je greškama, pa tako i one djelatnosti koje su uređene pravnim normama. Greške mogu biti slučajne i neželjene, ali i svjesna, voljna odstupanja od zakonom utvrđenih pravila. Iako nenamjerne pogreške i namjerna kršenja propisa nemaju istu težinu, ipak i jedne i druge predstavljaju društveno neprihvatljivo postupanje. Kako bi se takvo, društveno neprihvatljivo postupanje otklonilo potrebno je da se,

[1] I. Koprić *et al*., *Upravna znanost – Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2014, 1–2.

[2] N. Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Centar za dopisno obrazovanje, Zagreb 2006, 120.

[3] *Ibid.*, 129.

prethodno, isto konstatuje, utvrdi, a što se ostvaruje vršenjem nadzora nad primjenom propisa. Taj nadzor u pravilu vrši državna uprava. Međutim, i ona sama mora biti nadzirana. Nadzor nad djelatnostima državne uprave se ostvaruje kroz politički, sudski i upravni nadzor. Sudski i upravni nadzor nad radom i djelovanjem državne uprave spadaju u kategoriju pravnog nadzora.

Za našu temu od posebnog značaja je upravni nadzor. On ima dva osnovna oblika: nadzor uprave nad radom i funkcionisanjem nedržavnih subjekata i nadzor uprave nad radom i aktivnostima javne uprave. Njegov primarni cilj je osiguranje i zaštita zakonitosti te je stoga isti prvenstveno usmjeren na otkrivanje eventualnih napravilnosti, korekciju utvrđenih povreda te konačno eliminaciju utvrđenih nepravilnosti.[4] Prema svom sadržaju upravni nadzor može se podijeliti na nadzor nad zakonitošću rada i nadzor nad cjelishodnošću rada, dok se prema predmetu nadzora dijeli na nadzor nad rezultatima rada i nadzor nad načinom rada. Nazor nad zakonitošću rada upoređuje usklađenost akata ili mjera poduzetih od strane nadziranog subjekta sa pravnim pravilima, dok nadzor nad cjelishodnošću upoređuje akte i mjere nadziranog subjekta sa ciljevima koji bi se trebali postići.[5] Nadzor nad rezultatima rada se fokusira na upoređivanju unaprijed postavljenih ciljeva i postignutog rezultata, dok nadzor nad načinom rada ide šire i fokusira se na proces ostvarivanja ciljeva.[6]

Inspekcijski nadzor predstavlja specijalizovan oblik upravnog nadzora nad neautoritativnim aktivnostima organa državne uprave, postupanjem građana i pravnih lica.[7] On se vrši kako u odnosu na zakonitost rada subjekata nadzora tako i u odnosu na način i rezultate njihovog rada. Osnovni zadatak inspekcijskog nadzora jeste provjera usklađenosti postupanja i djelovanja subjekata nadzora u odnosu na pravila utvrđena pravnim normama. U inspekcijskom nadzoru vrši se upoređivanje stvarnog stanja stvari sa preskriptivnim ili normativno zahtjevanim stanjem.[8] To stoga jer su pravne norme po svojoj prirodi preskriptivne budući da sadrže određenu volju koja uređuje šta treba da postoji, odnosno šta treba da se dešava u određenoj oblasti društvenog života.[9]

---

[4] E. Mehmedović, S. Stojanović, *Inspekcije i inspekcijski nadzor: organizacija, nadležnost, postupak,* Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2022, 41.

[5] I. Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine d.d., Zagreb 2002, 112.

[6] E. Mehmedović, S. Stojanović, 43.

[7] Z. Tomić, *Opšte upravno pravo: organizaciono, materijalno, procesno*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 165.

[8] E. Pusić, *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb 2002, 132.

[9] D. Petrović, „Zaključci o bitnim činjenicama u parničnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2-3/1964, 288.

U inspekcijskom nadzoru uspostavlja se interakcija između dva subjekta: aktivnog subjekta koji vrši nadzor (nadzire) i pasivnog subjekta koji je predmet nadzora.[10] Bez navedena dva subjekta nije moguće govoriti o inspekcijskom nadzoru. U protivnom, ukoliko se radi o jednom jedinstvenom subjektu unutar kojeg njegove pojedine organizacione jedinice vrše nadzor nad drugim organizacionim jedinicama ne radi se o inspekcijskom nadzoru nego nekom obliku unutrašnje kontrole. U inspekcijskom nadzoru jedan subjekt nadzire, tj. posmatra i ocjenjuje rad drugog subjekta, te ima mogućnost korektivnog djelovanja radi usmjeravanja posmatranog rada ka ostvarenju postavljenog cilja.

Aktivnosti koje inspekcijske službe vrše ne uključuju samo vršenje inspekcijskog nadzora u užem smislu, nego imaju i mnogo širi i značajniji opseg i ciljeve koji obuhvataju preveniranje nepravilnosti, korekciju utvrđenih nepravilnosti, kao i sankcionisanja subjekta nadzora zbog počinjenih nepravilnosti. Različite uloge i zadatke koje inspekcijske službe ostvaruju u inspekcijskom nadzor nazivamo funkcijama inspekcijskog nadzora.[11] U tom smislu možemo govoriti o tri osnovne funkcije inspekcijskog nadzora preventivnoj, korektivnoj i represivnoj funkciji inspekcijskog nadzora.[12] Svaka od navedenih funkcija ima svoj *raison d'être* (razlog postojanja), svoje specifičnosti i domete.[13]

2. PREVENTIVNA FUNKCIJA

Obavljajući najrazličitije aktivnosti fizička i pravna lica ponekada postupaju i suprotno odredbama relevantnih propisa. To nepravilno postupanje je nekada rezultat pogreški, neznanja i neinformisanosti subjekata nadzora, a nekada svjesne i voljne namjere da se (iz različitih razloga, pobuda ili interesa) počini nepravilnost. U pogledu onih nepravilnosti koje su uzrokovane pogreškama, neznanjem i neinformisanošću subjekata nadzora potrebno je djelovati preventivno, dok se u odnosu na one nepravilnosti koje su rezultat svjesne i voljne namjere da se počini nepravilnost treba djelovati represivno. Prilikom vršenja konkretnog nadzora inspekcijske službe

[10] S. Lilić, *Upravno pravo – Upravno procesno pravo*, Beograd 2008, 317.

[11] Pojam funkcije (lat. *functio* – obavljanje) označava djelovanje, djelatnost, radnju zadatak, dužnost, ulogu, položaj, zvanje. Osim toga, pojam funkcija označava i ulogu koju određeni subjekt ima u okviru nekog sistema, ali i odnos koji elementi određenog sistema održavaju među sobom u okviru tog sistema.

[12] Z. Ivošević, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd 2015, 340.

[13] I. Rozić, E. Mehmedović, „Specifičnosti vršenja inspekcijskih funkcija u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2019, 848.

imaju izazovnu zadaću da utvrde koji su stvarni razlozi doveli do konkretne nepravilnosti te da, u skladu s time, poduzmu odgovarajuću aktivnost.

Preventivna funkcija inspekcijskog nadzora obuhvata skup aktivnosti i mjera koje preduzimaju inspekcijske službe sa ciljem predupređenja povrede propisa.[14] Pod povredom propisa podrazumjevamo sva odstupanje od pravnih pravila (zakona i podzakonskih općih akata) koja su suprotna utvrđenim društvenim vrijednostima. Normativnom aktivnošću, putem propisa koje donose, predstavnički i izvršni organi uređuju određene društvene odnose u skladu sa (barem bi tako trebalo) općim društvenim interesom. Stoga, kršenje pravnih normi predstavlja istovremeno i narušavanje normiranog, općeg društvenog interesa te je kao takvo društveno neprihvatljivo, a pravno zabranjeno. Postupanje protivno pravnim normama se definiše protivpravnošću u formalnom smislu, dok u materijalnom smislu ona predstavlja društvenu štetnost.[15]

Preventivna funkcija se može ostvarivati na razne načine. Ona je primarno usmjerena na subjekte nadzora, a sekundarno i na organe predstavničko-zakonodavne i izvršno-političke vlasti te organe državne uprave i druge subjekte.

Preventivna djelatnost usmjerena prema subjektima nadzora se može podjeliti na (1) preventivnu djelatnost u odnosu na potencijalne subjekte nadzora i (2) preventivnu djelatnost u odnosu na konkretne subjekte nadzora.

1. Kada se radi o preventivnoj djelatnosti prema potencijalnim subjektima nadzora ona se odnosi na sve one subjekte koji imaju obavezu postupanja po određenim pravnim normama čiju primjenu nadzire odgovarajuća inspekcijska služba. Ova vrsta djelatnosti najčešće obuhvata upoznavanje potencijalnih subjekata nadzora sa sadržajem propisa nad čijom primjenom se vrši nadzor, upoznavanje sa obavezom pridržavanja propisa i sankcijama u slučajevima eventualnog nepridržavanja, upoznavanje sa štetnim posljedicama koje mogu nastati zbog nepridržavanja propisa, bilo općenito, bilo za konkretnog subjekta nadzora, upoznavanje sa pravima i obavezama koje subjekti nadzora imaju u postupku inspekcijskog nadzora i sl. Ove preventivne aktivnosti najčešće i najprikladnije se ostvaruju kroz pravovremeno, stručno i detaljno informisanje subjekata nadzora o pravilima i propisima koje su dužni primjenjivati te davanje odgovora na upite subjekata nadzora o pravilnom postupanju u određenim situacijama.

[14] E. Mehmedović, S. Stojanović, 74.

[15] B. Simonović, „Društvena štetnost i društvena opasnost krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2–3/1992, 122.

2. Kada se radi o preventivnoj djelatnosti prema konkretnim subjektima nadzora ona se vrši u odnosu na one subjekte čiji rad se konkretno nadzire. Pored aktivnosti koje se provode prema potencijalnim subjektima kod ovih subjekata se provode i aktivnosti: upoznavanja subjekata nadzora sa mjerama za otklanjanje uzroka koji mogu dovesti do štetnih posljedica, davanja informacija i savjeta subjektima nadzora o efikasnijem načinu izvršavanja zakona i drugih propisa, ukazivanja na olakšice utvrđene propisima, izgradnja odnosa povjerenja sa subjektom nadzora i sl.

Preventivna djelatnost usmjerena prema organima zakonodavne i izvršno-političke vlasti te državne uprave i drugih subjekata može se podijeliti na: (1) preventivnu djelatnost u odnosu na organe zakonodavne i izvršno-političke vlasti i (2) preventivnu djelatnost u odnosu na organe uprave i druge subjekte.

1. Kada se radi o preventivnoj djelatnosti usmjerenoj prema organima zakonodavne i izvršno-političke vlasti ona obuhvata one aktivnosti inspekcijske službe koji za prvenstveni cilj imaju bolje normativno uređenje određenih društvenih odnosa, a ostvaruje se kroz aktivnosti izvještavanja nadležnih organa o uočenim nedostacima u propisima, ukazivanje na potrebu normiranja i sankcionisanja određenih društvenih odnosa ili postupanja, ukazivanje nadležnim organima na teškoće u primjeni propisa, ukazivanje nadležnim organima na tendencije u primjeni propisa i sl.
2. Kada se radi o preventivnoj djelatnosti usmjerenoj prema organima uprave i drugim subjektima ona obuhvata one aktivnosti inspekcijske službe koji imaju za cilj bolju organizaciju i efikasnije vršenje inspekcijskih nadzora, a ostvaruje se prije svega osiguranjem što potpunijih podataka o subjektu nadzora, ostvarivanjem saradnje sa jedinicama lokalne samouprave i njihovim službama, ostvarivanjem saradnje sa odgovarajućim službama i drugim pravnim i fizičkim licima koje inspekcijskim službama mogu dati bliže podatke o subjektima nadzora, međusobnom saradnjom i pomaganjem različitih inspekcijskih službi.

U zavisnosti od vrste preventivnih aktivnosti zavisi izbor najadekvatnijeg metoda preventivnog djelovanja. Kada se radi o preventivnoj djelatnosti prema potencijalnim subjektima nadzora efikasan način jeste informisanje potencijalnih subjekata nadzora i javnosti općenito putem medija, zvanične web stranice, a posebno društvenih mreža. S druge strane kada se radi o preventivnoj djelatnosti u odnosu na konkretne subjekte nadzora ista se najčešće ostvaruje neposrednim kontaktom ili elektronskom komunikacijom. Preventivna djelatnost usmjerena prema organima zakonodavne i izvršno-političke vlasti te državne uprave i drugih subjekata se ostvaruje

putem zvaničnih izvještaja, parlamentarnih saslušanja, neposredno ili elektronskom komunikacijom.

S obzirom na društveni značaj dosljednog provođenja propisa kao normiranog društvenog interesa, prevencija bi morala biti najznačajnija funkcija inspekcijskog nadzora. Ona bi svojim djelovanjem trebala doprinjeti smanjenju kršenja propisa, kao društveno neprihvatljivom ponašanju. Ipak, značaj prevencije se vidi tek kada nastupe negativne, društveno nepoželjne posljedice određenog ponašanja. Tek npr. kada radnik nastrada zbog nepridržavanja propisa o zaštiti na radu, u društvu se jasno artikuliše potreba za angažovanjem inspekcije zaštite na radu i kažnjavanjem poslodavca ili samog radnika zbog npr. nekorištenja zaštitne opreme. Što su manje vidljive posljedice nepravilnog ponašanja, manje se pažnje posvećuje prevenciji, tako da možemo reći da je prevencija često žrtva svog uspjeha, jer se relativno brzo „zaborave“ negativne posljedice propuštanja preventivnog djelovanja.[16] Tome doprinosi i činjenica da je rezultate preventivnog djelovanja teško, ali nasreću ne i nemoguće, kvantitativno iskazati.[17] Efekti preventivnog djelovanja inspekcijskih službi mogu se ogledati u činjenici da subjekti nadzora, svjesni da su njihove aktivnosti predmet nadzora (ili to barem mogu biti), dodatno vode računa o zakonitosti svoga djelovanja.[18]

Treba istaći da se određeni elementi prevencije ostvaruju se i kroz represivnu funkciju putem generalne i specijalne prevencije. Generalna prevencija svrhu kažnjavanja vidi kao utjecaj sankcije na javnost sa ciljem spriječavanja nastanka novih nepravilnosti. Ona putem sankcije djeluje preventivno na najširi krug potencijalnih subjekata nadzora.[19] Odgovarajućim kažnjavanjem konkretnog počinioca nepravilnosti upozoravaju se svi potencijalni subjekti nadzora da će u slučaju da i oni počine istu ili sličnu nepravilnost biti sankcionisani.[20] Svrha specijalne prevencije je odvraćanje počinioca nepravilnosti od činjenja novih nepravilnosti u budućnosti. Ona u sebi nosi elemente zastrašivanja i resocijalizacije.[21] Dakle, generalna prevencija vrši preventivni utjecaj putem sankcije na najširi krug potencijalnih subjekata nadzora, dok specijalna prevencija vrši utjecaj na samog izvršioca.

[16] E. Mehmedović, S. Stojanović, 76.

[17] *Ibid.*

[18] I. Borković, 114.

[19] I. Bojanić, M. Mrčela, „Svrha kažnjavanja u kontekstu šeste novele Kaznenog zakona“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2006, 438.

[20] E. Mehmedović, S. Stojanović, 77.

[21] I. Bojanić, M. Mrčela, 436.

Prilikom utvrđivanja misije svake inspekcijske službe mora se poći od toga da ona treba da bude prvenstveno preventivna i proaktivna.[22]

3. KOREKTIVNA FUNKCIJA

Korektivna funkcija obuhvata skup aktivnosti i mjera inspekcijske službe čiji je smisao da već počinjenu i utvrđenu nepravilnost ispravi, otkloni ili umanji njene posljedice. Za razliku od preventivne funkcije, koja je proaktivna, korektivna i represivna funkcija su reaktivne djelatnosti inspekcijskih službi.

Korektivna funkcija podrazumjeva aktivnosti inspekcijske službe usmjerene na uklanjanje nepravilnosti i nedostataka utvrđenih u inspekcijskom nadzoru, odnosno zabranu daljeg preduzimanja radnji i aktivnosti koje su u suprotnosti sa propisima čiju primjenu nadzire. Nepravilnost se nekada može ispraviti na način da subjekt nadzora promjeni svoje postupanje na način da umjesto nepravilnog, postupa pravilno, odnosno onako kako je to određenim propisom regulisano (npr. da poduzme radnju koja mu je propisom naložena). U tom slučaju subjekt nadzora mijenja svoje postupanje te kao rezultat aktivnosti inspekcijske službe postupa ispravno, onako kako je trebao postupati od početka. Međutim, nekada nepravilnost može prouzrokovati i određene posljedice, te je onda bitno da se iste otklone (npr. nije dovoljno da se zabrani deponovanje otpadnog materijala u vodozaštitnoj zoni, nego je potrebno da se već deponovani materijal ukloni). U takvim situacijama korektivna mjera treba sadržavati (i) nalog o otklanjanju posljedica nepravilnog postupanja. Međutim, nekada nije moguće u potpunosti otkloniti posljedice nepravilnosti, jer je nepravilnost dovela do štete koju nije moguće u potpunosti otkloniti. U tim slučajevima subjekat nadzora je dužan poduzeti aktivnosti da se šteta nastala njegovim nepravilnim postupanjem umanji na najmanju moguću mjeru. Dakle, kod korektivnih aktivnosti primarno je ispravljanje nepravilnosti, sa ciljem da se otkloni njeno buduće djelovanje, nakon čega se pristupa saniranju posljedica takve nepravilnosti kroz otklanjanje ili umanjenje istih. Zadatak inspekcijskih službi je da, kada utvrde nepravilnost, odrede i realistične načine na koje se korektivna aktivnost može provesti. Smisao inspekcijskog nadzora je uklanjanje nepravilnosti i otklanjanje njenih posljedica, a ne puko kažnjavanje subjekta nadzora. Korektivnu funkciju inspekcijska služba najčešće vrši nalaganjem upravnih mjera, odnosno donošenjem rješenja kojim subjektu nadzora nalaže ili zabranjuje određeno činjenje ili nečinjenje.

[22] B. Anđelković, „Uloga nadzora i inspekcije zaštite na radu u uslovima tranzicije na tržišnu ekonomiju – iskustva Republike Srbije“, *Safety Engineernig*, Fakultet zaštite na radu u Nišu 1/2014, 54.

Korektivna funkcija je nužna i konstantna. Ukoliko inspekcijske službe ne vrše korektivnu funkciju, to znači da ne obavljaju svoju osnovnu djelatnost, odnosno funkciju.

Korektivnu funkciju inspektori vrše u toku samog inspekcijskog nadzora, kao i nakon njega. Kada prilikom vršenja inspekcijskog nadzora inspektor utvrdi određene manje nepravilnosti kod subjekta nadzora, dužan je iste evidentirati u zapisnik te onda, na osnovu diskrecionog ovlaštenja odlučiti da li je u konkretnom slučaju dovoljno usmeno upozoriti subjekt nadzora da je dužan iste otkloniti[23] ili će, pak, rješenjem naložiti odgovarajuće upravne mjere. I teorija i praksa su pokazale da postoji potreba da se inspektorima ostavi određena mogućnost slobodnog (diskrecionog) odlučivanja kako bi svoje djelovanje mogli prilagoditi konkretnim okolnostima. U slučaju težih nepravilnosti, kao i onda kada subjekat nadzora nije postupio po usmenom upozorenju inspektora, inspektor bi trebao donijeti upravni akt (rješenje) kojim će subjektu nadzora naložiti određene upravne mjere, odnosno postupanja. Sloboda inspektora da odredi najadekvatnije mjere je vrlo značajan instrument osiguranja poštivanja slova i duha zakona, jer omogućava da se u svakoj konkretnoj situaciji iznađe najprihvatljivije rješenje. Ono što je vrlo bitno kod korištenja diskrecionih ovlaštenja je da ista ne budu zloupotrebljena, bilo za ličnu korist ili za tuđu štetu kroz nepošteno kažnjavanje subjekata nadzora. Kako bi se izbjegle zloupotrebe granice diskrecionog ovlaštenja moraju biti jasno i precizno određene.[24] Ovaj rizik se može umanjiti npr. donošenjem vodiča za postupanje i pravila ponašanja inspektora te efikasnim disciplinskim, prekršajnim ili krivičnim sankcionisanjem inspektora u slučaju zloupotrebe ovih ovlaštenja.[25]

U zavisnosti od pravnog sistema, ali i konkretne oblasti inspekcijskog nadzora, različite su upravne mjere koje se mogu naložiti u inspekcijskom postupku. Najčešće upravne mjere koje inspektori mogu naložiti u slučaju kada utvrde nepravilnosti su slijedeće: da se utvrđene nepravilnosti otklone (u određenom roku), da se preduzmu radnje koje je subjekat nadzora propustio preduzeti, da se zabrane određene radnje ili postupanja. U svakom konkretnom slučaju inspektori trebaju odrediti najadekvatniju mjeru, kojom će biti ispravljena ili otklonjena nepravilnost, odnosno umanjene njene posljedice.

[23] Čl. 17. st. (2) Konvencije o inspekciji rada iz 1947. godine. Slično propisuje i čl. 22. st. (2) Konvencije o inspekciji rada (u poljoprivredi) iz 1969. godine.

[24] V. fon Rihthofen, *Inspekcija rada – vodič za profesiju*, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike Republike Srbije, Beograd 2005, 92.

[25] M. L. Vega, R. Rene, *Labour inspection sanctions: Law and practice of national labour inspection systems*, International Labour Organisation, Geneva 2013, 19.

Prilikom određivanja odgovarajuće upravne mjere posebno do izražaja dolazi primjena načela srazmjernosti, budući da inspektor treba odrediti onu mjeru ili radnju koja je srazmjerna nepravilnosti, a kojom se na povoljniji način za subjekat nadzora ostvaruje cilj i svrha inspekcijskog nadzora.

Određene korektivne mjere i radnje inspekcijske službe mogu imati i elemente represije (npr. zabrana rada ugostiteljskog objekta), ali treba imati u vidu da je njihov osnovni smisao u otklanjanju nepravilnosti ili umanjenju njenih posljedica, a ne u kažnjavanju subjekta nadzora.

4. REPRESIVNA FUNKCIJA

Represivna funkcija obuhvata skup mjera i aktivnosti inspekcijske službe kojima se subjekat nadzora kažnjava zbog nepravilnosti koju je počinio, odnosno zbog njegovog ponašanja koje je protivno dispoziciji. To su mjere prinude i kazne koje organ uprave primjenjuje nad prekršiocem dispozicije.[26]

Pojam represije u širem smislu obuhvata ne samo sankcionisanje, nego i prijetnju sankcijom[27]. U zavisnosti od utvrđenih javnih politika u određenoj oblasti društvenog života, kao i od načina organizacije inspekcijskih službi, zavisi intenzitet vršenja ove funkcije. Kao što smo već rekli, i u slučaju kada se sankcija izriče, represivna funkcija se provodi prevashodno u cilju specijalne i generalne prevencije. Kao specijalna prevencija ona predstavlja upozorenje subjektu nadzora da više ne čini nepravilnosti, a kao generalna prevencija ona upozorava druge potencijalne subjekte nadzora da će, u slučaju počinjenja iste ili slične nepravilnosti, i oni biti sankcionisani. Dakle, svrha sankcionisanja nije samo puka retorzija (kažnjavanje) nego se subjekat nadzora kažnjava i zbog toga da se takva nepravilnost ne bi ponovo počinila.[28]

Kažnjavanje u inspekcijskom postupku se, u pravilu, ostvaruje kroz poseban prekršajni postupak. To kažnjavanje se ostvaruje na način da inspekcijska služba subjektu nadzora koji je počinio povredu propisa izdaje prekršajni nalog ili, pak, podnosi prekršajnu prijavu nadležnom sudu. Izuzetno, represivnu funkciju inspekcijska služba može ostvarivati i iniciranjem disciplinskog postupka protiv zaposlenog čijom krivicom je došlo do kršenja propisa, odnosno podnošenjem krivične prijave, ukoliko inspek-

[26] R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo*, Službeni list SCG, Beograd 2003, 274.

[27] Z. Stojanović, „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen* 1/2011, 4.

[28] *Ibid.*

tor utvrdi da određeno kršenje propisa od strane subjekta nadzora (ili njegovog zaposlenog) ima elemenata krivične odgovornosti.[29]

Međutim, represivna funkcija inspekcije ostvaruje se i preduzimanjem drugih mjera. Naime, sankcije su samo jedno od sredstava koja stoje na raspolaganju inspektorima. U vršenju represivne funkcije inspektori mogu vršiti aktivnosti vezane za upravne, prekršajne, građanske i krivične postupke. Također, osim klasičnih pravnih aktivnosti, represivna funkcija se može ostvariti i kroz druge, vanpravne aktivnosti inspekcije koje se mogu ticati ekonomskih interesa subjekata nadzora, kao što su uskraćivanje kvalificiranosti za učešće u postupcima javnih nabavki, uskraćivanje subvencija, podsticaja i državne pomoći, oduzimanje dozvola za obavljanje poslova, privremena ili trajna obustava radova ili poslovne aktivnosti.[30]

Da bi ostvarile svoju svrhu sankcije moraju biti odgovarajuće po obliku i visini, te osim što se izriču one se moraju i efektivno izvršiti.[31] Kredibilitet inspekcijske službe zavisi od dva bitna elementa: (1) sposobnosti da savjetuje subjekte nadzora o najdjelotvornijim načinima usklađivanja njihovog postupanja sa zakonodavstvom (preventivna i korektivna funkcije) te (2) od odabira i primjene odgovarajućih mehanizama izvršenja sankcija (represivna funkcija).[32] Time se još jednom potvrđuje postojanje komplementarnosti između preventivne i represivne funkcije inspekcijskog nadzora.[33]

Nastanak nepravilnosti, odnosno protivpravnosti je nužan uslov za primjenu sankcije, koja predstavlja kaznu zbog ponašanja suprotnog dispoziciji pravne norme.[34] Do nastanka nepravilnosti, odnosno protivpravnosti može doći svakom radnjom kojom se postupa suprotno pravnoj normi, bilo činjenjem ili nečinjenjem. Delikt činjenjem subjekat nadzora čini vršeći one radnje koje su pravnom normom zabranjene (npr. nezakonito uvodi prekovremeni rad), dok nečinjenjem subjekat nadzora ne izvršava neke pravne obaveze koje su mu propisom naložene (npr. ne posjeduje protivpožarni aparat u objektu). Kao što smo to već rekli, protivpravnost u formalnom smislu predstavlja postupanje protivno pravnim normama, dok u materijalnom smislu ona predstavlja društvenu štetnost.[35] Dakle, protiv-

[29] E. Mehmedović, S. Stojanović, 81.

[30] M. L. Vega, R. Robert, 4.

[31] *Ibid.*, 3.

[32] *Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention*, Geneva 2006, 93.

[33] *Provisional Record 19, International Labour Conference 100th Session*, Geneva 2011, 91–92.

[34] R. Lukić, B. Košutić, 273.

[35] B. Simonović, 122.

pravnost u formalnom smislu je protivpravnost samoj normi kao takvoj, dok je u materijalnom smislu protivnost sadržaju pravne norme.[36] Sa vrijednosnog stanovišta, nepravilnost, odnosno protivpravnost predstavlja antidruštvenu vrijednosnu orijentaciju. Stoga, s obzirom da je nepravilnošću, odnosno protivpravnošću, povrijeđen društveni interes zaštićen propisom, postoji (drugi) društveni interes da se ista ispravi, otkloni ili umanji, ukoliko je to moguće, odnosno da se njen počinilac kazni.

Jedna od glavnih prepreka koja rad inspektora čini neefikasnim jeste nepostojanje odvraćajućeg i efikasnog sistema sankcija koje su na raspolaganju inspektoru.[37] Naime, u praksi, nerijetko pitanje sankcija nije jasno uređeno te se inspektorima ne daje mogućnost izbora prilikom izricanja odgovarajućih sankcija u odnosu na konkretnu nepravilnost. Ta mogućnost u suštini predstavlja primjenu načela srazmjernosti, budući da inspektor ocjenjuje da se cilj i svrha nadzora ostvaruju onim mjerama i sankcijama koje su srazmjerne učinjenim nepravilnostima. Načelo srazmjernosti zahtjeva od donosioca odluka da djeluju samo do mjere koja je potrebna za postizanja nekog cilja od javnog interesa od javnog interesa, čime doprinosi unaprijeđenju pravičnosti u društvu.[38] Ovo načelo nalaže inspektoru da među mjerama koje u okviru propisa može izreći izabere onu koja je povoljnija za subjekat nadzora, odnosno da ostavi prikladan rok za otklanjanje nepravilnosti. Vrsta i visina sankcija su nerijetko loše utvrđene, tako da su iste ili preblage da bi mogle imati odvraćajuće dejstvo ili prestroge što opet utječe na to da iste zbog svoje disproporcije (kao društveno neopravdane) najčešće i ne budu izvršene. Sankcije moraju biti tako prilagođene da natjeraju subjekat nadzora da, kada se utvrdi nepravilnost, dobrovoljno ili po nalogu inspektora, preduzme korektivne aktivnosti te da ga odvrate od budućih kršenja.[39]

Različite vrste sankcija odgovaraju različitim oblastima inspekcijskog nadzora, pa redosljed sankcija treba biti prilagođen svakoj konkretnoj oblastiinspekcijskog nadzora. Sistem sankcija, kao dio represivne funkcije, predstavlja značajno sredstvo koje osigurava poštivanje zakona. Sistem sankcija se treba uspostavljati na osnovu vrednovanja društvene štetnosti i društvene opasnosti[40] protivpravnog ponašanja, sa jedne strane, te težine sankcija, sa druge strane.[41] Širina spektra sankcija koje mogu izricati

[36] *Ibid.*, 124.

[37] M. L. Vega, R. Rene, 5.

[38] D. Đerđa, „Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2016, 179.

[39] M. L. Vega, R. Rene, 3.

[40] Vid. B. Simonović.

[41] *Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention*, 96.

inspektori ili prekršajni sudovi, zavisi od države do države, njenog uređenja i organizacije, te politike u oblasti rada. Ta širina spektra sankcija je izuzetno bitna za efektivnost ukupnog sistema sankcija.[42] Naime, uzak spektar sankcija, posebno kada se radi samo o jednoj vrsti sankcija, onemogućava ostvarivanje represivne funkcije. Iako može izgledati kao paradoks, u tom slučaju što je sankcija teža to više dovodi do neprimjenjivanja propisa od strane inspektora. Jer za neke manje prekršaje *„politički je nemoguće i moralno neprihvatljivo“*[43] primjenjivati takve sankcije, budući da ne postoji srazmjer između počinjenog prekršaja i propisane sankcije. Inspekcijske službe koje imaju na raspolaganju samo jednu sankciju u takvim situacijama će se, najčešće, uzdržati od primjene sankcije, što negativno utječe na sistem sankcija.

Iako je osnovni cilj inspekcijskog nadzora usklađivanje postupanja subjekata nadzora sa propisima, inspekcijske službe ne mogu funkcionisati isključivo na represivnoj funkciji, odnosno na prinudi i strahu od prinude. Naprotiv, inspekcijske službe usklađenost između činjeničnog i pravnog stanja moraju ostvarivati izgradnjom dobrih odnosa i saradnje sa subjektima nadzora, pri čemu funkcija represije ne može biti primarna. Posebno, represija ne smije biti izražena u slučajevima kada postoje objektivne okolnosti koje onemogućavaju postupanje subjekata nadzora u skladu sa propisima. U takvim situacijama inspektori trebaju, ukoliko je to moguće i koliko je to moguće, pružiti podršku subjektima nadzora da usklade svoje ponašanje sa propisima.[44]

5. IZAZOVI U RADU INSPEKCIJSKIH SLUŽBI I NJIHOV UTJECAJ NA POJEDINAČNE FUNKCIJE

Na nivo i obim ostvarivanja funkcija inspekcijskog nadzora utječe više faktora, od onih idejne ili vrijednosne prirode poput nivoa razvijenosti javnih politika, do onih praktične prirode poput posjedovanja neophodnih tehničkih pomagala. Neki od najčešćih izazova sa kojima se inspekcijske službe suočavaju u postupcima vršenja inspekcijskih nadzora su: nedovoljan broj inspektora i pomoćnog osoblja, neodgovarajuća osposobljenosti inspekcijskog kadra, česta fluktuacija kadra, politički utjecaj na rad inspekcijskih službi, nepostojanje adekvatne kaznene (prekršajne) politike, ali i nedostaci stručne i tehničke podrške koja je nužna za praćenje i analizu stanja u određenim oblastima inspekcijskog nadzora. Pusić tome dodaje i

[42] I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, New York–Oxford 1992, 36.

[43] *Ibid*.

[44] S. Jacobs, C. Cordova, *Good Practices for Business Inspections – Guidelines for Reforms*, World Bank Group, Small and Medium Enterprise Departmant, Washington 2006, 4.

povećan otpor prema politici te informatizaciju.[45] Svaki od navedenih izazova u različitoj mjeri utječe na primjenu funkcija inspekcijskog nadzora.

Analizom naprijed navedenih izazova iste možemo podijeliti na one koji su: (1) subjektivne prirode – vezani za kadrove inspekcijskih službi (inspektore i pomoćno osoblje, njihovu brojnost i obučenost); (2) materijalno-tehničke prirode – tiču se stručne i tehničke opremljenosti i podrške inspekcijskim službama te informatizacije inspekcijskih sužbi; te konačno, (3) političke prirode – tiču se normativnog okvira za rad i funkcionisanje inspekcijskih službi i kreiranja javnih politika u konkretnoj oblasti inspekcijskog nadzora uključujući i pitanja utvrđivanja adekvatne kaznene politike. Zbog prostorne ograničenosti ovog rada govorićemo samo o onim ograničenjima koje smo nazvali ograničenjima subjektivne prirode.

6. IZAZOVI U SUBJEKTIVNE PRIRODE

Izazovi, odnosno ograničenja subjektivne prirode su oni izazovi koji se tiču ljudskih resursa inspekcijskih službi, a odnose se prevashodno na nedovoljan broj inspektora i pomoćnog osoblja, na izazove fluktuacije inspektorskog kadra te nedovoljnu i neadekvatnu obučenost istog. U nastavku ćemo predstaviti navedene izazove.

6.1. Nedovoljan broj inspekcijskih službenika

Najizazovnije pitanje subjektivne prirode jeste nedovoljan broj inspekcijskih službenika. Ovaj problem je općeprisutan u svim inspekcijskim sistemima, kako u Bosni i Hercegovini tako i zemljama regiona, ali i u Evropskoj uniji.[46] Nedostatak kadrova je najčešće vezan za razloge ekonomske prirode, odnosno uštede koje se pokušavaju ostvariti smanjenjem broja zaposlenih u javnoj upravi.[47] Provedena istraživanja ukazuju da je skoro 64% ispitanika kao osnovni problem u funkcionisanju inspekcijskih službi naveo nedostatak inspektora, odnosno preveliki broj subjekata nadzora.[48] Iako je općenito u javnoj upravi prisutna tendencija rasta uprave[49]

[45] E. Pusić, *Upravljanje u suvremenoj državi*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2000, 3–4.

[46] Tačka 6. Rezolucije Evropskog parlamenta o učinkovitoj inspekciji rada kao strategiji za poboljšanje uslova rada u Evropi od 14.01.2014. godine (Dostupno na: *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0012&language=HR&ring=A7-2013-0458*).

[47] I. Rozić, E. Mehmedović, „Resursi u funkciji jačanja uloge inspekcije rada“, *Radno i socijalno pravo* 2/2018, 52.

[48] E. Muminović, *Unapređenje inspekcijskih službi u FBiH – jedan od elemenata za poboljšanje poslovnog okruženja*, Elementum, Sarajevo 2019, 9.

[49] I. Koprić *et al.*, 31–32.

koja se očituje kroz kontinuirano povećanje obima poslova i broja zaposlenih u javnoj upravi, očito je da to povećanje ne prati potrebe inspekcijskih službi. Zahtjevi javnosti za smanjenje troškova javne uprave su suprostavljeni zahtjevima za kvalitetan i efikasan rad inspekcijskih službi. Nužnost smanjenja broja zaposlenih u javnoj upravi ne smije dodatno otežavati rad i funkcionisanje inspekcijskih službi koje, u pravilu, već imaju problem kadrovske potkapacitiranosti. Osim malog broja sistematiziranih radnih mjesta i još manjeg broja zaposlenih inspektora utvrđeno je da postoji nešto manji nivo zainteresovanosti potencijalnih službenika za rad u inspekcijskim službama od rada u državnoj službi općenito.

Podaci pokazuju da je 2018. godine na konkurse za prijem u državnu službu koje je provodila Agencija za državnu službu federacije Bosne i Hercegovine za 805 upražnjenih radnih mjesta državnih službenika na polaganje ispita općeg znanja pozvano 2.593 kandidata, odnosno 3,22 kandidata po poziciji, dok je taj procenat kada se radi o popuni upražnjenih pozicija inspektora manji i iznosi 2,47 kandidata.[50]

Neki od razloga koji ukazuju na manju zainteresovanost za prijave na upražnjena radna mjesta inspektora su: složenost poslova, veća odgovornost u odnosu na druge državne službenike, nemogućnost napredovanja u okviru inspektorske službe.

6.2. Fluktuacija kadrova u inspekcijskoj službi

Na problem nedovoljnog broja službenika neposredno se nadovezuje i problem fluktuacije zaposlenih u organima uprave, a koji je posebno izražen u inspekcijskim službama. Pod fluktuacijom kadrova podrazumjevamo dobrovoljno napuštanje poslodavca ili organizacionih jedinica kod istog poslodavca od strane zaposlenih. Dakle, fluktuacija može biti interna (kada zaposleni prelazi sa jednog radnog mesta na drugo ili iz jedne organizacione jedinice u drugu) i eksterna (kada zaposleni u potpunosti napušta organ u kojem je do tada radio). U posljednjih par godina primjetna je blaga tendencija povećanja eksterne fluktuacije kadrova u državnoj službi, odnosno povećanje broja državnih službenika koji vlastitom voljom istupaju iz državne službe. Uglavnom se radi o kadrovima koji imaju specifična znanja i vještine, a koji na tržištu rada mogu pronaći odgovarajuće zaposlenje. Radi se o pojavi koja negativno utječe na funkcionisanje organa uprave jer gubitkom iskusnih stručnih kadrova dolazi do pada kvaliteta rada organa uprave. Navedeno je povezano i sa povećavanjem troškova novog zapošljavanja i obuke. Kontrolisanje fluktuacije kadrova važno je za nesmetano funkcionisanje organa uprave.

[50] E. Muminović, 11–12.

Izazov fluktuacije inspektora ima značajan utjecaj na kvalitet i obim vršenja funkcija inspekcijskog nadzora. Neki od razlozi fluktuacije inspektorskog kadra se nalaze u nemogućnosti motiviranja inspektora za trajnije bavljenje inspektorskim pozivom, jer ne postoji mogućnost napredovanja unutar inspekcijske službe. Svi inspektori su u istom zvanju i ne postoji mogućnost za njihovo unaprijeđenje i promociju te stoga nakon određenog vremena značajan broj inspektora, u cilju napredovanja u karijeri, napušta inspekcijsku službu.[51] Tako je npr. u periodu od 2011. do 2021. godine na tri sistematizirana radna mjesta upravnih inspektora u Upravnom inspektoratu Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine bilo je angažovano osam upravnih inspektora, odnosno u navedenom periodu je čak šest upravnih inspektora napustilo posao.[52] U razgovoru sa inspektorima koji su napustili Upravni inspektorat u pet slučajeva (83,33%) razlog fluktuacije je bilo napredovanje u službi, dok je samo u jednom slučaju (16,66%) razlog napuštanja bila promjena mjesta prebivališta. Imajući u vidu da inspekcijske službe u većini slučajeva raspolažu sa nedovoljnim brojem inspektora, svaki voljni ili nevoljni odlazak u značajnoj mjeri utječe i na efikasnost vršenja inspekcijskog nadzora. Posebno stoga što je period obuke novog inspektora dosta dug te je potrebno više vremena da bi se postigao određeni kvalitet rada.

Ova dva izazova, izazov nedovoljnog broja inspektora i pomoćnog osoblja, kao i fluktuacije inspektora, nesporno imaju utjecaj na sve tri funkcije inspekcijskog nadzora, ali ipak u najvećoj mjeri utječu na preventivnu funkciju. Naime, kao što smo već rekli, vršenje preventivne funkcije inspekcijskog nadzora podrazumijeva pravilno planiranje i pripremu redovnih inspekcijskih nadzora, traže kontinuirano praćenje i analizu procesa koji se vode pred pojedinim subjektima nadzora, upoznavanje sa pravnim propisima kojima je takav proces regulisan te utvrđivanje potencijalnih rizika u cilju predupređenja neželjenih posljedica, odnosno nepravilnosti u postupanju. Kako pojedini inspekcijski organi vrše nadzor nad velikim brojem propisa, ovo zahtijeva veći broj izvršilaca kao i vrijeme potrebno za kvalitetno provođenje potrebnih aktivnosti. Posljedično, u slučaju nedovoljnog broja inspektora, najveći dio inspekcijskih aktivnosti se odnosi na postupanje po inicijativama za vršenje inspekcijskog nadzora u situacijama gdje je već došlo do nepravilnosti u postupanju, koje, shodno tome, najčešće podrazumijevaju vršenje korektivne, odnosno represivne funkcije.

[51] I. Rozić, E. Mehmedović, (2016), 52.

[52] E. Mehmedović, S. Stojanović, 151.

6.3. Nedovoljna i neadekvatna osposobljenost inspektora

Pored nedovoljnog broja inspektora, značajan je i problem nedovoljne i neadekvatne osposobljenosti istih za pravilno obavljanje poslova iz nadležnosti inspekcijskih organa. Potrebno je da inspektori budu u stanju u praksi uočiti odstupanja stvarnog stanja od normativno zahtjevanog, uz istovremeno nuđenje realnih rješenja.[53] Naime, inspekcijske službe imaju potrebu za specijaliziranim kadrovima koji, u zavisnosti od oblasti u kojoj vrše nadzor, moraju imati visok nivo stručnog, ali i pravničkog znanja kako bi bili u stanju u praksi uočiti odstupanja od propisanog te istovremeno ponuditi odgovarajuća rješenja.

Osim toga, neophodno je da inspektori imaju razvijene i određene vještine kao što su pregovaračke vještine, vještine obavljanja razgovora, pa i tehnike ispitivanja. Shodno tome, stručno osposobljavanje i usavršavanje svih državnih službenika, mora predstavljati od najbitnijih alata za njihov profesionalni razvoj. Imajući u vidu da je stručno osposobljavanje inspektora specifično u odnosu na ostale državne službenike, neophodno je da inspekcijski organi značajan segment svog rada i djelovanja posvete ovom pitanju.

Na nivou Bosne i Hercegovine je propisana obaveza svih inspektora da se stručno obrazuju i usavršavaju za obavljanje inspekcijskih poslova. Ta obaveza obuhvata opće stručno usavršavanja u okviru kojeg su inspektori dužni da se stručno obrazuju i usavršavaju za obavljanje inspekcijskih poslova, na osnovu Programa općeg stručnog usavršavanja inspektora koji donosi Agencija za državnu službu Bosne i Hercegovine, na prijedlog Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine. S druge strane, ta obaveza obuhvaća i posebno obrazovanje i usavršavanje koje se provodi u skladu sa Programom posebnog obrazovanja i usavršavanja inspektora u organima koji vrše inspekcijski nadzor, a koji donosi rukovodilac organa, na osnovu utvrđene potrebe za takvim obrazovanjem i usavršavanjem[54]. Dakle, iako je za sve ostale državne službenike stručno usavršavanje pravo, u odnosu na inspektore to predstavlja i obavezu.

7. ZAKLJUČAK

Javna uprava obavlja značajne društvene djelatnosti koje uključuju očuvanje stabilnosti državne vlasti, regulaciju društvenih procesa, pružanje javnih usluga i pomoć građanima. Djelatnosti koje se prevashodno tiču očuvanje stabilnosti državne vlasti i regulacije najznačajnijih društvenih procesa u pravilu vrši državna uprava i te djelatnosti nazivamo upravnim

[53] I. Rozić, E. Mehmedović, (2016), 49.

[54] Zakon o upravi BiH – ZOUBiH, *Sl. glasnik BiH*, br. 32/02, 102/09 i 72/17 čl. 71, st. 3.

djelatnostima. Jedna od upravnih djelatnosti je i upravni nadzor čiji je cilj osigurati provođenje zakona, otkrivanje povreda propisa i ispravljanje utvrđenih nedostataka. Poseban oblik upravnog nadzora je inspekcijski nadzor koji nadzire usklađenost postupanja subjekata nadzora sa pravnim normama. Aktivnosti koje inspekcijske službe vrše ne uključuju samo vršenje inspekcijskog nadzora u užem smislu, nego imaju i mnogo širi i značajniji opseg i ciljeve koji mogu obuhvataju prevenciju nepravilnosti, korekciju utvrđenih nepravilnosti, kao i sankcionisanja subjekta nadzora zbog počinjenih nepravilnosti. Različite uloge i zadatke koje inspekcijske službe ostvaruju u inspekcijskom nadzor nazivamo funkcijama inspekcijskog nadzora, a dijelimo ih na: preventivnu, korektivnu i represivnu funkciju.

Preventivna funkcija je proaktivna, dok su korektivna i represivna funkcija reaktivne djelatnosti inspekcijskih službi. Preventivna funkcija inspekcijskog nadzora obuhvata skup aktivnosti i mjera koje preduzimaju inspekcijske službe sa ciljem predupređenja povrede propisa. Ona se može ostvarivati na razne načine, a primarno je usmjerena na subjekte nadzora te organe zakonodavne i izvršno-političke vlasti. Korektivna funkcija obuhvata skup aktivnosti i mjera inspekcijske službe čiji je smisao da već počinjenu i utvrđenu nepravilnost ispravi, otkloni ili umanji njene posljedice. Represivna funkcija obuhvata skup mjera i aktivnosti inspekcijske službe kojima se subjekat nadzora kažnjava zbog nepravilnosti koju je počinio, odnosno zbog njegovog ponašanja koje je protivno dispoziciji. To su mjere prinude i kazne koje organ uprave primjenjuje nad prekršiocem dispozicije.

Na nivo i obim ostvarivanja funkcija inspekcijskog nadzora utječe više faktora, od onih idejne ili vrijednosne prirode, do onih praktične prirode. Sve izazove možemo podijeliti na one: (1) subjektivne prirode, (2) materijalno-tehničke prirode te (3) političke prirode. Kao ključni izazovi subjektivne prirode identificirana su pitanja nedovoljnog broja inspekcijskih službenika, fluktuacije zaposlenih u inspekcijskim službama te nedovoljne i neadekvatne osposobljenosti inspektora. Svako od ovih ograničenja, u različitoj mjeri, utječe na mogućnosti i obim vršenja funkcija inspekcijskog nadzora, što posljedično limitira mogućnosti iskorištavanja benefita navedenih funkcija. Nedovoljan broj inspektora je najčešće vezan za razloge ekonomske prirode, odnosno uštede koje se pokušavaju ostvariti smanjenjem broja zaposlenih. Izazov fluktuacije inspektora ima značajan utjecaj na kvalitet i obim vršenja funkcija inspekcijskog nadzora. Neki od razloga fluktuacije inspektorskog kadra se nalaze u nemogućnosti motiviranja inspektora za trajnije bavljenje inspektorskim pozivom, jer u pozitivnopravnom kontekstu Bosne i Hercegovine ne postoji mogućnost njihovog napredovanja unutar inspekcijske službe. Svi inspektori su u istom zvanju i

ne postoji mogućnost za njihovo unaprijeđenje i promociju te stoga nakon određenog vremena značajan broj inspektora, u cilju napredovanja u karijeri, napušta inspekcijsku službu. Inspekcijski organi imaju potrebu za specijaliziranim kadrovima koji, u zavisnosti od oblasti u kojoj vrše nadzor, moraju imati visok nivo stručnog, ali i pravničkog znanja kako bi bili u stanju u praksi uočiti odstupanja od propisanog te istovremeno ponuditi odgovarajuća rješenja. Potrebno je kontinuirano i sistemski osposobljavati inspektore za uspješno vršenje inspekcijskih nadzora te posebno u pogledu vršenja konkretnih funkcija inspekcijskog nadzora.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Anđelković, Branislav, „Uloga nadzora i inspekcije zaštite na radu u uslovima tranzicije na tržišnu ekonomiju – iskustva Republike Srbije“, *Safety Engineernig*, Fakultet zaštite na radu u Nišu 1/2014;
2. Ayres, Ian, Braithwaite, John, *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, New York-Oxford 1992;
3. Bojanić, Igor, Mrčela, Marin, „Svrha kažnjavanja u kontekstu šeste novele Kaznenog zakona“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2006;
4. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine d.d., Zagreb 2002;
5. Đerđa, Dario, „Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2016;
6. Ivošević, Zoran, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd 2015;
7. Jacobs, Scott, Cordova, Cesar, *Good Practices for Business Inspections – Guidelines for Reforms*, World Bank Group, Small and Medium Enterprise Departmant, Washington 2006;
8. Koprić, Ivan *et al*. *Upravna znanost - Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2014;
9. Lilić, Stevan, *Upravno pravo-Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014;
10. Lukić, Radomir, Košutić, Budimir, *Uvod u pravo*“, Službeni list SCG, Beograd 2003;
11. Mehmedović, Emir, Stojanović, Selma, *Inspekcije i inspekcijski nadzor: organizacija, nadležnost, postupak*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2022;
12. Muminović, Ekrem, *Unapređenje inspekcijskih službi u FBiH - jedan od elemenata za poboljšanje poslovnog okruženja*, Elementum, Sarajevo 2019;

13. Petrović, Dragoljub, „Zaključci o bitnim činjenicama u parničnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2-3/64;
14. Pusić, Eugen, *Nauka o upravi*, Školska knjiga – Zagreb 2002;
15. Pusić, Eugen, *Upravljanje u suvremenoj državi*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2002;
16. Rihthofen, Volfgang fon, *Inspekcija rada – vodič za profesiju*, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike Republike Srbije, Beograd 2005;
17. Rozić, Ivo, Mehmedović, Emir, „Resursi u funkciji jačanja uloge inspekcije rada“, Radno i socijalno pravo 2/2018;
18. Rozić, Ivo, Mehmedović, Emir, „Specifičnosti vršenja inspekcijskih funkcija u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2019;
19. Simonović, Branislav, „Društvena štetnost i društvena opasnost krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2-3/92;
20. Stojanović, Zoran, „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen* 1/2011;
21. Tomić, Zoran, *Opšte upravno pravo: organizaciono, materijalno, procesno*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009;
22. Vega, Maria Luz, Rene. Robert, *Labour inspection sanctions: Law and practice of national labour inspection systems*, International Labour Organisation, Geneva 2013;
23. Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Centar za dopisno obrazovanje, Zagreb 2006.

Pravni propisi

1. Zakon o upravi BiH, *Sl. glasnik BiH* br. 32/02, 102/09 i 72/17;
2. *Report III (Part 1B) General Survey of the reports concerning the Labour Inspection Convention*, Geneva 2006;
3. *Provisional Record 19, International Labour Conference 100th Session*, Geneva 2011;
4. Rezolucij Evropskog parlamenta o učinkovitoj inspekciji rada kao strategiji za poboljšanje uslova rada u Evropi od 14.01.2014. godine. Dostupno na: *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA& reference=P7-TA-2014-0012&language=HR&ring=A7-2013-0458*.

Associate Professor Emir Mehmedović, LL.D.

Faculty of Administration, University of Sarajevo

Aleksandar Damjanović, LL.M.

Ministry of Justice of Bosnia and Herzegovina

SOCIAL SIGNIFICANCE OF INSPECTION FUNCTIONS AND THEIR PRACTICAL LIMITATIONS

Summary

In this paper, the authors discuss the issue of the social significance of the preventive, corrective, and repressive functions of inspection, both theoretically and in the context of their practical application. Through a specific inspection process, inspection services examine the compliance of supervised entities with rules established by legal norms. In carrying out these activities, they can undertake preventive, corrective, and repressive measures, thus performing a preventive, corrective, and repressive function. The preventive function of inspection supervision aims to prevent violations of regulations; the corrective function aims to correct, eliminate, or reduce the consequences of identified irregularities; while the repressive function aims to punish supervised entities for the committed irregularities. Each of these functions has its influence and significance on the degree of compliance of the supervised entities regarding both legal norms and societal goals. Although each of the mentioned functions undoubtedly contributes to the realization of public policies in specific areas of administrative procedures, there are limitations to their practical application. These limitations reflect in the insufficient number of inspectors, their inadequate training, the high turnover of inspection personnel, political influence on the work of inspection services, the absence of adequate punitive policies, as well as shortcomings in the professional and technical support necessary for timely supervision and analysis of conditions in specific areas of inspection. Each of these limitations, to varying degrees, affects the possibilities and scope of performing inspection functions, consequently limiting the opportunities to exploit their benefits.

Key words: *Inspection; Functions of inspection; Preventive function; Corrective function; Repressive function.*

РАДНО ПРАВО /
LABOR LAW

УДК/UDC 349.2
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Проф. др Радислав Лале

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

РАСПОРЕЂИВАЊЕ ЗАПОСЛЕНИХ

Основна сврха распоређивања запослених састоји се у обезбјеђивању оптималне радне функције кадровског потенцијала код једног послодавца. Распоређивањем радника на одговарајуће радно мјесто обезбјеђује се, првенствено заштита интереса послодавца, али и самог радника, у чијем је интересу да буде распоређен на радно мјесто које одговара његовим стручним и радним способностима. У овом раду, систематично ће се извршити анализа позитивноправног уређења интитута распоређивања запослених и његових основних врста, са освртом на понуду измјене садржаја уговора о раду од стране послодавца. У одговарајућим дијеловима рада, посебна пажња биће посвећена ризику и различитим облицима злоупотребе интитута распоређивања запослених, гдје ће аутор покушати да утврди приједлоге de lege ferenda у циљу стварања регула о измјени уговора о раду које ће допринијети успостављању равнотеже између интереса предузећа и управљачке власти послодавца, са једне стране, и потребе за заштитом радника као слабије стране радног односа, са друге стране.

Кључне ријечи: Радноправни однос; Радно мјесто; Распоређивање; Анекс уговора о раду.

1. УВОД

Распоређивање радника на радно мјесто је важна радноправна категорија, чије опште значење произилази, прије свега, из организације рада.[1] Друштвена потреба за радом упућује на мноштво радњи које су везане за организовано и рационално коришћење радне снаге, њено усмјеравање ка одређеним пословима као и унапређење и омогућавање мобилности радника током радног вијека која би требало да

Радислав Лале, *radislav.lale@pravni.ues.rs.ba*.

[1] О распоређивању запослених види: С. Дедић, Ј. Градашчевић–Сијерчић, *Радно право*, Сарајево 2003, 243–252; Б. Жепић, *Радно и социјално право*, Сплит 2001, 142–150.

задовољи основну сврху репродукције друштва. Стога и распоређивање радника (у смислу распоређивања на рад на одређене послове) треба сагледати у укупности тог задатка гдје се он као дио цјелине треба складно уклапати у општи друштвени резон.[2] Основе и циљеви научне, рационалне и економичне организације рада, оптималне ефективности пословања сваког послодавца, задовољства и напредовања сваког запосленог радника, нужно захтијевају да сваки послодавац: 1) прихвати и остварује начела и поступак који осигуравају ефикасан и правилан избор радника приликом примања у радни однос; 2) да утврди и оствари правилан прихват и распоред радника на радно мјесто; 3) да утврди и спроводи добру „кадровску политику“ уопште, а посебно у вези са напредовањем радника у току његовог рада код истог послодавца, односно у вези са професионалном селекцијом постојећих и новопримљених кадрова.[3]

Наиме, овдје је најпресудније дјеловање кадровске политике. Она нужно почиње оцјеном потреба за радном снагом; акцијама да се до такве радне снаге дође; добрим избором радника, како би, у складу са унапријед утврђеним захтјевима сваког радног мјеста, прави човјек дошао на право мјесто; прихватањем изабраног радника; његовим распоредом на одговарајуће радно мјесто; упућивањем радника у његове „дужности“ итд. У оквиру таквих задатака посебно мјесто имају: 1. ступање радника на рад односно прихват радника од стране послодавца; 2. распоред радника на радно мјесто; 3. сталност и сигурност запослења; 4. професионална мобилност радника (у хоризонталној и вертикалној димензији), што укључује и могућност поновног распореда радника на радно мјесто, односно његов премјештај.[4]

Распоред радника на радно мјесто налази своје основе у професионалној подјели рада; у различитостима стручних квалификација радника и у разликама у таленту, склоностима, радним навикама, искуству итд. радника. У том погледу примарну важност имају захтјеви сваког радног мјеста и радник се тражи у зависности од тих захтјева. Само тако ће такво радно мјесто омогућити таквом раднику да ради према својим способностима и да их оптимално користи, а тиме стиче томе одговарајућа права, обавезе и одговорности из рада. То ће омогућити раднику и касније „напредовање“. Утолико правилан распоред радника на радно мјесто претпоставља да је код послодавца спроведена добра организација рада, да су тачно процијењена, дефинисана и

[2] Ј. Перлаин, „Нека питања у вези распореда радника у радном односу“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 26/78, 137.

[3] Н. Тинтић, *Радно и социјално право, Књига прва: Радни односи (II)*, Народне новине, Загреб 1972, 215.

[4] *Ibid.*

утврђена сва радна мјеста, послови на њима и захтјеви које мора испунити лице да би успјешно могло радити (па и бити примљено на рад).[5]

Веома значајно питање које се одражава на распоред радника односи се на мобилност (покретљивост) радника током радног вијека. Она се може испољавати као професионална мобилност (у неограниченом простору), територијална мобилност, мобилност током радног односа, као и друге мобилности везане за одређена друштвена или економска стања. За распоред радника на послове односно радне задатке важна је професионална мобилност.[6] Професионална мобилност изазива битне промјене у нивоима стручне спреме, у нивоима стручности појединих послова, у функцији занимања итд. Она значи промјену мјеста у професионалној структури.[7] Професионална мобилност носи двије основне димензије: 1. хоризонтално–професионалну покретљивост (у којој се мијења садржај, опсег истог занимања), и 2. вертикално–професионалну покретљивост (у којој се промјена занимања испољава у професионалном успону или паду у релацији на положај других чланова професионалне структуре и састоји се у промјени занимања, нивоа стручне спреме итд.). И док хоризонтално–професионална покретљивост доводи до „премјештаја“ (распореда на друго радно мјесто истих захтјева), вертикално–професионална покретљивост доводи до унапређења или назадовања (деградације), тј. до промјене у захтјевима и састоји се у одређивању таквом раднику другог радног мјеста са вишом стручном спремом или са вишом платом, односно са нижом стручном спремом и нижом платом. Отуд је очигледно да промјене под 1. чувају дотадашњи положај радника, а тиме су одређене и границе које има *ius variandi* у случају премјештаја, док промјене под 2. доводе до суштинских промјена.[8]

Остале мобилности такође у себи садрже разлоге професионалне мобилности, али примарно оне су условљене разним мотивима од

[5] *Ibid.*, 216.

[6] Ј. Перлаин, 138–139; Током радног вијека радник може да ради код једног или више послодаваца на основу анекса или новог уговора о раду. У питању је покретљивост радне снаге (професионална мобилност) која означава способност и могућност радника да се прилагођава промјенама на тржишту рада и да мијења радна мјеста како би побољшао услове рада. Покретљивост се постиже кроз распоређивање на друго радно мјесто, распоређивање у друго мјесто рада, упућивање на рад у другу земљу и упућивање на рад код другог послодавца. Види: Ж. Мирјанић, *Увод у радно право, књига прва*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука 2020, 137.

[7] Н. Тинтић, 217.

[8] *Ibid.*, 218.

личне природе до општих друштвених прилика и стања (првенствено економских). То што је основно код покретљивости радне снаге, а која се неминовно рефлектује и на питање распореда радника, у садашњим приликама јесте тенденција ка сталним промјенама на тржишту рада. Стога и раније схватање о сталности радног мјеста (у простору, у организационом и професионалном смислу) трпи знатна ограничења.[9]

У теорији радног права полази се од става да све промјене које се дешавају у статусу запосленог у току трајања радног односа, а које се везују за промјену радног мјеста на којем запослени ради (под условом да се не ради о споразумним промјенама) означавају једностране мутације, односно *ius variandi*. Због тога се поставља питање постојања овлашћења за мутацију, односно *ius variandi* на страни послодавца.[10] Наиме, могуће је прихватити став да у случајевима прецизно утврђених услова рада вриједи начело инваријабилности престације рада, ако нема споразума. Изузеци су могући на страни послодавца, али у границама законских норми, јер нема једностране промјене услова из споразума о заснивању радног односа. Истовремено, у радном праву није занемаривана чињеница да је свако радно мјесто подложно усклађивању са цјелокупним процесом рада, што имплицира и могућност измјена, трансформација, па и укидања радног мјеста. Услови и захтјеви радног мјеста, који су фиксирани приликом заснивања радног односа, објективно су подложни мутацијама, односно модификацијама, што отвара могућности допустивости *ius variandi* на страни послодавца, када су оне нужне са аспекта процеса рада.[11]

Радни односи се остварују у организованом раду у коме сваки радник има одређено радно мјесто, односно посао у оквиру одређеног радног мјеста. Радно мјесто се сматра основном организационом јединицом која се са гледишта организације рада и техничко–радног процеса издваја у посебну јединицу која је саставни и нераздвојни дио цјелокупне организације рада у некој институцији у којој укупност послова и задатака, са уобичајеним радним учинком, може обављати једно запослено лице опремљено одговарајућим средствима.[12] Број и врсте радних мјеста условљени су обимом, врстом, сложеношћу и условима рада у конкретној институцији (предузећу, установи, државном органу), а од тога зависи број и кадровска структура запослених. Са правног аспекта, сва та питања се регулишу актом о

[9] Ј. Перлаин, 139.

[10] С. Дедић, Ј. Градашчевић–Сијерчић, 244.

[11] *Ibid.*

[12] Д. Паравина, *Радно право*, Службени гласник, Београд 1998, 77.

систематизацији радних мјеста, у складу са законом и колективним уговором, чији је овлашћени доносилац послодавац.[13]

Основна мисао водиља на којој се заснивају правила о распоређивању радника или службеника на радна мјеста, премјештају и професионалном напредовању, како наглашава Д. Паравина, садржана је у изреци: „Прави човјек на правом мјесту“. Наведени фундаментални захтјев у праву настоји се реализовати преко радноправног стандарда „одговарајуће радно мјесто“.[14] У области распоређивања и професионалног напредовања запослених апсолутно најзначајнијим се сматра квалитативни критеријум по коме се сва радна мјеста дијеле на одговарајућа и неодговарајућа. Током читаве професионалне каријере, радник се, по правилу, распоређује на одговарајуће радно мјесто (у изузетним случајевима и под законом одређеним условима радника је могуће распоредити на неодговарајуће радно мјесто).[15] Одговарајућим радним мјестом сматра се оно које највише одговара врсти и степену стручне спреме радника и другим његовим знањима и способностима, укључујући и захтијевану здравствену способност (општу или посебну). Без назначених битних садржаја у питању може бити само неодговарајуће радно мјесто.[16] Према томе, сврха и циљ распоређивања запослених састоји се у обезбјеђивању оптималне радне функције кадровског потенцијала код једног послодавца. Распоређивањем радника на одговарајуће радно мјесто обезбјеђује се, првенствено, заштита интереса послодавца, али и самог радника у чијем је интересу да буде распоређен на радно мјесто које одговара његовим стручним и радним способностима, јер само тако може остварити највећи радни допринос, највећу зараду и највећи обим других права из радног односа.[17] Радећи на одговарајућем радном мјесту запослени ће бити од највеће користи за послодавца, себе и своју породицу. Биће то и правом призната сатисфакција за напоре које милиони људи улажу у своје образовање, усавршавање и стицање других способности у функцији успјешнијег рада, али и основна претпоставка за професионално напредовање. И у моралном смислу рад на одговарајућем радном мјесту пружа највеће шансе за стваралачке радости.[18]

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.*

[15] *Ibid.*, 77–78.

[16] *Ibid.*

[17] П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018, 220–221; Циљ је „распоређивања радника на радно мјесто“, али и полазиште: а) „од сваког према његовим способностима – свакоме према раду“ и б) „сталност запослења“. Н. Тинтић, 219.

[18] Д. Паравина, 78.

С обзиром на наведено, институт распоређивања радника мора једнако да „покрива“ интересе обје странке у радном односу. Праву мјеру заштите ових интереса при распоређивању је потребно наћи, јер превелик обим заштите интереса запослених смањује могућности прилагођавања процеса рада и његове организације производним и другим потребама послодавца и тржишним условима привређивања, као што и већа заштита интереса послодавца угрожава слободу иницијативе радника, њихове стваралачке способности и мотиве за бољи рад и даље усавршавање.[19] У том погледу распоређивање радника у процесу рада потребно је ради обезбјеђења нормалног одвијања процеса рада. Због тога је потребно да законски прописи одређујући права радника воде рачуна о потреби да се предвиде такве могућности и права радника и да увијек када процес рада и организација посла захтијевају, радник може бити распоређен и на друге послове и задатке. Одређена ограничења су наравно потребна да се заштите права радника, али та заштита не смије ићи толико далеко да онемогући распоређивање радника које је неопходно и на тај начин ограничи могућности прилагођавања организације рада потребама.[20] Значај института распоређивања запослених произилази из сљедећих потреба: 1) ангажовања запосленог саобразно потребама процеса рада и организације рада; 2) конкуренције стручности и способности у току трајања радног односа; 3) искључивања „монопола“ на радно мјесто и професионална покретљивост запослених и 4) испољавање и радно–социјална верификација стварних стручних и радних способности запослених.[21]

2. ВРСТЕ РАСПОРЕЂИВАЊА ЗАПОСЛЕНИХ

Распоређивање запослених треба посматрати у ширем значењу, с обзиром да се разликују двије врсте распоређивања: распоређивање приликом заснивања радног односа и распоређивање током трајања радног односа. То је потребно навести из разлога што код различитих распореда његова правна одређеност (и правни принципи) не може бити иста ни са истим образложењем,[22] о чему ће бити ријечи у дијеловима рада који слиједе.

[19] П. Јовановић, 221.

[20] В. Брајић, *Радно право*, Савремена администрација, Београд 1991, 291–292.

[21] П. Јовановић, 221; У том смислу види: П. Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *Право и привреда,* 7–9/2012, 474.

[22] У том смислу види: Ј. Перлаин, 139.

2.1. Распоређивање радника приликом заснивања радног односа

Приликом заснивања радног односа, односно приликом ступања на рад радник се распоређује на радно мјесто одређено у уговору о раду и послове ради чијег обављања заснива радни однос.[23] Ово је нормалан завршетак поступка заснивања радног односа и почетак рада у форми радног односа. Другачије поступање представљало би изигравање принципа права на рад, односно принципа једнаке доступности свих радних мјеста свим грађанима.[24] Ради се, дакле, о праву радника који је засновао радни однос и о обавези послодавца који је извршио избор радника и са њим закључио уговор о раду.[25]

Распоредити радника на радно мјесто значи органски укључити радника у радни колектив (радну заједницу). Укључивање и распоред радника на рад обухвата: 1) „прихват“ новог радника (предузимање свих мјера које ће омогућити да се нови радник што брже и боље снађе у радном колективу и укључи у производњу); 2) „увођење у посао“ (подробније упознавање радника са радним мјестом, са условима рада, са правима и дужностима на раду, са непосредним сарадницима на раду, са организацијом процеса рада код послодавца, са општим актима послодавца, са прописима и мјерама заштите на раду, са опасностима до којих може доћи на послу, са организовањем и спровођењем заштите на раду, као и са правима и дужностима у вези са заштитом на раду); 3) распоред радника на радно мјесто, односно на одређени посао у оквиру свог радног мјеста.[26]

Распоред радника на радно мјесто, приликом ступања на рад послије примања радника у радни колектив од обостраног је интереса за субјекте радног односа: 1. у вези са захтјевима сваког радног мјеста (ради правилног и ефикасног остваривања функција организације рада); 2. ради добробити самог радника, посебно ради кориштења његовог стручног знања, способности, па и реализације личног дохотка према резултатима рада; 3. ради посебних услова рада, хигијенске и техничке заштите на раду и сигурности на раду; 4. ради напредовања у току трајања радног односа, итд.[27] Основни принцип код распореда радника приликом заснивања радног односа је да се радник обавезно распоређује на послове односно радне задатке који су били предмет заснивања радног односа. Такав принцип произилази из логике самог заснивања радног односа и добровољности радника код

[23] Ж. Мирјанић, 137.
[24] П. Јовановић, (2018), 221.
[25] С. Дедић, Ј. Градашчевић–Сијерчић, 245.
[26] Н. Тинтић, 219.
[27] *Ibid.*, 221.

опредјељења за одређени рад.[28] Други принцип односи се на сталност распореда на одређеним пословима односно задацима истог занимања (право радника да ради на радном мјесту за које је изабран). Међутим, због промјена у организационој структури код послодавца, потреба технолошког процеса, промјена у пословима и задацима и др., поменути принцип трпи ограничења која се састоје у промјенама у распореду када је потребно да до њих дође у законом предвиђеним случајевима.[29] Трећи принцип односио би се на могућност сталног (перманентног) усавршавања стручних и других способности радника која су неопходна за сва занимања, а у вези са присутним прогресом у друштву.[30]

2.2. Распоређивање радника у току трајања радног односа

У току трајања радног односа радник може бити распоређен (премјештен) на свако друго радно мјесто и друге послове који одговарају његовој стручној спреми, знању и способностима (одговарајуће радно мјесто), ако то захтијевају потребе процеса и организације рада. То су послови за чије се обављање захтијева иста врста и исти степен стручне спреме.[31] Ријеч је о могућности која је константно на располагању и која се може користити, сагласно сврси због које је установљена.[32] Одлуку о распореду радника на радно мјесто доноси надлежни орган (директор), по сопственој процјени потреба процеса рада и ситуације када је распоред неопходан. Дакле, да би распоређивање радника било легално и легитимно потребно је да је извршено: 1) у складу са потребама процеса рада и организације рада; 2) на друго радно мјесто које одговара степену и врсти стручне спреме радника, његовом знању и способностима и 3) на основу писменог акта (анекса уговора о раду). Распоређивање по наведеним правилима врши се независно од воље радника.[33]

[28] О томе види: Ј. Перлаин, 141; У складу са одредбама чл. 16. ст. 1, тач. 6) Закона о раду Републике Српске – ЗОР, *Службени гласник РС*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – одлука УС и 119/21., послодавац је дужан да раднику обезбиједи обављање послова утврђених уговором о раду.

[29] Послови и задаци радног мјеста на које је запослени распоређен приликом заснивања радног односа представљају релативно константан садржај његовог рада у току радног вијека, све док не наступи неки од предвиђених основа за распоред на друго радно мјесто или пак за престанак радног односа. С. Дедић, Ј. Градашчевић–Сијерчић, 245.

[30] Ј. Перлаин, 142–143.

[31] Ж. Мирјанић, 137.

[32] Д. Паравина, 79.

[33] П. Јовановић, (2018), 221–222.

Ако се пође од претпоставке да радник има право да ради на пословима односно радним задацима за које је изабран, што би требало максимално поштовати, онда допустивост распореда у току трајања радног односа (премјештаја) мора имати ограничења и бити условљено, посебно ако се ради о праву послодавца на основу закона. Раније је било ријечи о хоризонталној и вертикалној покретљивости радника током радног односа. Овдје нас више интересује хоризонтална покретљивост из разлога што се она у већини случајева (скоро редовно) испољава као воља послодавца, а тек рјеђе на захтјев радника. Управо због тога што је она редовно воља послодавца поставља се као неопходно њено ограничавање (на основу закона), из разлога што постоје могућности арбитрарности на штету радника (злостављања на раду, мобинга), због његове економске зависности од запослења, док су остали разлози везани за статус радника у радном односу и слободно исказивање његове личности.[34]

Потреба за хоризонталном покретљивошћу може бити резултат: измијењеног опсега рада и пословања код послодавца, већег коришћења радних способности радника, укидање организационих јединица, измјена технолошког процеса, недовољна способност (умјешност) радника, дислокација процеса производње, захтјев радника итд. Значи, те потребе могу бити субјективне и објективне природе, али независно од њихове природе оне требају бити правно ограничене и условљене (објективизоване).[35] Домаће радно законодавство, као основне облике покретљивости радника, познаје распоређивање на друго радно мјесто, премјештај у друго мјесто рада, упућивање на рад код другог послодавца и упућивање на рад у другу земљу. Наведени облици покретљивости представљају измјену битних елемената (услова) уговора о раду, те су, сходно томе, обухваћени регулама о анексу уговора о раду.

2.3. Измјена уговора о раду

Иако начело *pacta sunt servanda* поставља пред стране уговора о раду захтјев да уговор извршавају онако како он гласи, обје стране могу учинити понуду за закључење анекса уговора о раду. Ово из разлога што се испуњење обавеза радника и послодавца простире у времену, тако да на њих могу утицати различите околности. То је и разлог што је законодавац детаљно нормирао питање измјене уговора

[34] Ј. Перлаин, 143.
[35] *Ibid.*

о раду.[36] Уређивањем овог питања напуштено је рјешење из југословенског права, по којем је распоређивање, односно премјештај запосленог на друго радно мјесто (други посао) или у друго мјесто рада вршено једностраном одлуком послодавца, тако да је радник који би одбио да ради на новом радном мјесту могао да буде отпуштен са посла након што послодавчева одлука постане коначна. Умјесто тога, афирмисано је правило да се оно што се, приликом заснивања радног односа, може правоваљано створити само споразумом странака, у току трајања радног односа може измијенити само уз њихов пристанак.[37]

Дакле, радни однос се заснива уговором о раду којим се уређују питања у вези са условима рада на одређеном радном мјесту, те права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца поводом таквог рада. Свака промјена у вези са наведеним питањима, мора бити извршена одговарајућим измјенама постојећег уговора о раду – анексом уговора о раду, у писменој форми. Измјена уговора о раду је могућа када то захтијевају потребе процеса и организације рада, и у сваком другом случају сагласно интересима послодавца и радника. Услови рада су подложни промјенама, а са тим у вези мијењају се и права, обавезе и одговорности из радног односа.[38] Анекс уговора о раду се користи у случају измијењених услова рада када је неопходно прилагођавање промјенама на тржишту. За уговор о раду вриједи општи принцип уговорног права садржан у клаузули *rebus sic stantibus* и у случају да се битно промјене околности уговорног односа, уговор о раду се може измијенити или раскинути на захтјев једне уговорне стране.[39]

Према томе, измјена уговора о раду изводи се посредством додатка постојећем уговору, тзв. анекса. Он постаје саставни дио уговора, уз замјену одредаба које се односе на елементе о чијој је промјени постигнута сагласност.[40] Измјене садржаја радног односа чији је правни основ уговор о раду (измјене уговорених услова рада) уређене су законским одредбама о анексу уговора о раду. Предмет измјена могу бити права и обавезе уређене уговором о раду и подаци наведени у уговору, као и друга права и обавезе која уговорне стране хоће да уреде.[41] Анекс уговора се као двостранообавезујући правни акт зас-

[36] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *Радно право*, *Приручник за полагање правосудног испита, Књига 11*, Београд 2017, 182.

[37] Н. Тинтић, 255; О томе види: Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 182.

[38] П. Јовановић, (2018), 222.

[39] Ж. Мирјанић, 138.

[40] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 182.

[41] Ж. Мирјанић, „Измјене уговора о раду“, *Радно и социјално право,* 2/2019, 2.

нива на сагласности послодавца и радника о измјени уговора о раду. Поред сагласности уговорних страна, за измјену уговорених услова рада неопходно је да садржај и облик анекса уговора буду у складу са законским одредбама о садржају и облику уговора о раду.[42]

С обзиром да сагласност изјављених воља чини први и најважнији елемент уговора, *conditio sine quanon* за измјену основних обавеза из уговора о раду представља сагласност радника и послодавца. Основне обавезе се односе на извршавање престације рада под влашћу послодавца и исплате плате. Оне се уговарају приликом заснивања радног односа, када за радника и послодавца добијају снагу закона. Дакле, у питању су битни елементи (услови) уговора о раду који су потребни за његово постојање и чине његову суштину, због чега је за њихову измјену потребна заједничка воља уговорних страна.[43] Супротно томе, измјена услова рада која није везана за битне елементе уговора о раду сматра се изразом послодавчеве власти, са чијим је вршењем запослени сагласан од тренутка закључења уговора и која се не сматра измјеном, већ извршавањем уговора о раду. Због тога радник који одбије да ради у новим условима, не извршава своје уговорне обавезе, за шта може бити и дисциплински санкционисан, ако су услови рада измијењени у доброј вјери.[44] Поред критеријума који се тиче предмета измјене, за правилно разумијевање института измјене уговора о раду треба имати у виду и критеријум трајности, који подразумијева да се измјеном уговора о раду могу сматрати само трајне измјене битних елемената уговора о раду. Измјеном уговора о раду не треба сматрати привремени премјештај радника на други посао или било коју другу потребну измјену услова извршавања уговора о раду која је краткотрајна или повремена.[45]

---

[42] *Ibid.*

[43] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 183.

[44] *Ibid.*, 183–184.

[45] *Ibid*; Уговор о раду се може измијенити без спровођења поступка за понуду анекса ако је у питању измјена података којима се не мијењају услови рада или измјена података о уговорним странама. О томе види: Ж. Мирјанић, (2020), 138; Измјена личних података о запосленом и података о послодавцу и других података којима се не мијењају услови рада може да се констатује анексом уговора, на основу одговарајуће документације, без спровођења поступка за понуду анекса (видјети одредбе чл. 172а, ст. 4. Закона 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). То питање није уређено Законом о раду Републике Српске, али није спорно да се може примијенити исто правило. Поступак анексирања се не спроводи ни у случају када се врши замјена уговора о раду и свих анекса, пречишћеним текстом уговора. О томе види: Ж. Мирјанић, (2020), 138; Уговор о раду са анексима који су саставни дио тог уговора може да се замијени пречишћеним текстом уговора о раду, који потписују

У правној пракси се обично сагласност о измјени уговора о раду постиже тако што радник прихвати анекс уговора о раду уз најаву отказа (отказ са понудом измјењеног уговора), а ријетко на основу понуде радника. Наиме, уговор о раду се може измијенити и на основу преговора радника и послодавца на иницијативу једне или обје уговорне стране, а кроз договор који је резултат слободно изражене воље равноправних страна. У овом случају, послодавац који упути иницијативу за измјену уговора није дужан да остави рок за изјашњење, али није спорно да раднику треба оставити довољно времена за доношење одлуке.[46] Прихватањем измјењених уговорених услова рада, радник преузима права и обавезе у складу са измјенама и може пред судом оспоравати измјене уговора само у случају постојања мана воље. Ако радник не прихвати иницијативу послодавца, неће сносити негативне правне посљедице, а уговор о раду остаје неизмјењен.[47] Тако, ако послодавац понуди раднику распоред на друге одговарајуће послове (без покретања формалног поступка анексирања), а радник то не прихвати, радник остаје да ради на пословима ради чијег је обављања закључио уговор о раду.[48] Супротно томе, радноправна ситуација је у потпуности другачија када послодавац запосленом упути приједлог анекса уговора о раду са најавом отказа и тако покрене формални поступак у коме је радник дужан да се изјасни у одређеном року, о чему ће бити више ријечи у редовима рада који слиједе.

Позитивно радно законодавство утврђује случајеве у којима послодавац може раднику понудити измјену садржаја уговора о раду, а то су: распоред на друго радно мјесто или премјештај у друго мјесто рада код истог послодавца, упућивање на рад на одговарајући посао код другог послодавца, остваривање права радника за чијим је радом престала потреба (који је вишак), измјена плате (зараде), док се општим актом и уговором о раду могу утврдити и други случајеви за упућивање понуде за закључење анекса уговора о раду. Међутим, неприхватање послодавчеве понуде за измјену уговора, у складу са одредбама Закона о раду Републике Српске, може представљати разлог за отказ у сљедећим случајевима: ако је понуда учињена ради премјештаја на други посао, премјештаја у друго мјесто рада, упућивања на рад код другог послодавца, остваривања права која запослени има као вишак (премјештај на друге послове, рад код другог послодавца, пре-

послодавац и запослени (видјети одредбе чл. 172а, ст. 5. Закона о раду Републике Србије).

[46] Ж. Мирјанић, (2019), 2.

[47] *Ibid.*

[48] *Ibid.*

квалификација или доквалификација, рад са непуним радним временом и друге мјере за запошљавање), као и ради промјене елемената за утврђивање основне плате, накнаде плате, радног учинка, увећане плате и других примања која су предвиђена уговором о раду.[49]

Отказ уговора о раду због неприхватања послодавчеве понуде за закључење анекса уговора о раду ће бити ништав ако је она учињена из дискриминаторских мотива. Ризик дискриминације је посебно изражен у односу на раднике који користе одсуство са рада због трудноће и порођаја, с обзиром да њихов рад прати опасност од премјештаја на нижи посао по повратку са породиљског одсуства, нарочито, са одсуства са рада ради његе дјетета, као и ризик да коришћење ових права може имати за посљедицу губитак или ограничење права и погодности које се тичу услова рада, посебно зараде.[50] Институт премјештаја може бити злоупотребљен и на низ других начина, као што је неограничено проширивање појма више силе, односно околности у којима је допуштен привремени премјештај. Исто вриједи и за прорачунати премјештај радника на посао за који је извјесно да ће, у скоријем периоду, бити укинут, као и за друге случајеве премјештаја који послодавац предлаже у циљу шиканирања запосленог, односно његовог стављања у неповољније услове рада, најчешће како би се на њега извршио притисак да сам иницира престанак радног односа.[51] Такође, ризик злоупотребе премјештаја постаје посебно озбиљан из разлога што је запослени суочен са економским притиском да прихвати послодавчеву понуду за измјену уговора, будући да је алтернатива таквом исходу губитак запослења и излагање ризику дуготрајне незапослености.[52] Стога се, како с правом наглашава професор Љ. Ковачевић, а с чим се и ми слажемо, пред законодавцем и социјалним партнерима налази задатак да стварају правила о измјени уговора о раду која ће уважити обавезујућу снагу уговора и допринијети успостављању равнотеже између интереса предузећа и управљачке власти послодавца, са једне стране, и потребе за заштитом радника као слабије стране радног односа, са друге стране.[53] Професор Ж. Мирјанић сматра да је

[49] Закон о раду Републике Српске, чл. 170; О томе види: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2016, 439.

[50] *Ibid.*

[51] Према Пресуди Врховног касационог суда (Рев2. 1379/2013 од 18.12.2013. године) послодавац је дужан да детаљније и ближе образложи потребе у процесу и организацији рада које су разлог да понуди анекс уговора о раду у циљу спречавања злоупотребе послодавца да запосленом понуду измјену уговорених услова рада по овом основу. Наведено према: Ж. Мирјанић, (2019), 6.

[52] Љ. Ковачевић, 439.

[53] *Ibid.*

у случају повреде права, раднику потребна заштита синдиката (савјета радника) да спријечи послодавца да му откаже уговор или да га на други начин доведе у неповољан положај под изговором да постоји „потреба процеса и организације рада“. Успостављање равнотеже у заштити интереса уговорних страна је рационалан и довољан разлог да се законом или општим актом уреди консултативно учешће представника радника у случају када послодавац упути анекс уговора о раду са најавом отказа. Ако то питање није уређено законом, онда може бити нормирано колективним уговором. Иако је законско уређење обично потребан услов да се обезбједи релевантна заштита, често није довољан, па је због тога и даље важна улога економских, социјалних и институционалних приступа унапређењу те заштите. Основни мотив за учешће синдиката на позив радника јесте и то што законске одредбе у већој мјери штите интересе послодавца иако је радник економски слабија страна.[54] У прилог тези да је потребно успоставити већу равнотежу у заштити интереса уговорних страна, могуће је навести и то да је за запосленог некад повољније да прихвати понуду за закључење анекса уговора о раду иако не постоји оправдан разлог за измјену уговора, како би сачувао радноправни однос и задржао право да пред судом оспорава измјене. Измјену уговора о раду сходно правној природи уговора и слободи рада, треба заснивати на слободно израженој вољи и сагласности уговорних страна, односно да понуда упућена раднику изражава вољу послодавца како треба да се измијени садржај уговора о раду и да прихватање анекса од стране радника треба да изражава вољу радника о томе. У противном, како правилно закључује професор Ж. Мирјанић, ако радник прихвати измјене само зато што је то једини начин да сачува радни однос и обезбједи средства за егзистенцију, онда је упитна и равноправност уговорних страна.[55]

Према томе, правна анализа законских одредби и судска пракса показују да је у горе наведеним случајевима код измјене уговора о раду путем анекса са најавом отказа, фундаментално питање како истовремено уважити и заштитити интересе обје уговорне стране. Интерес запосленог је сталност и стабилност запослења (радноправна сигурност) и професионално напредовање, а интерес послодавца је да задовољи кадровске и пословне потребе премјештањем или отпуштањем радника.[56] Послодавци су изложени тржишним захтјевима да константно раде на унапређењу пословања и због тога су им потребни радници који су стручно оспособљени да користе нове технологије

[54] Ж. Мирјанић, (2019), 4–5.
[55] *Ibid.*
[56] *Ibid.*, 3.

или су на други начин квалификовани и спремни да се прилагоде промјенама које налажу потребе процеса и организације рада. Савремене тенденције тржишта рада и капитала захтијевају мобилност радне снаге, флексибилизацију радноправног односа, што за посљедицу има смањење сигурности радног мјеста.[57] Отуда констатација да је у посљедњих неколико деценија феномен несигурности радног мјеста постао главна тема у дебатама у социологији рада, и да упркос олакшицама које пружају флексибилни облици запошљавања, овај проблем постаје све присутнији, јер живимо у доба које карактерише култура „унајми и отпусти“ гдје идеја о „послу за цио радни вијек“ више не важи.[58] Насупрот поменутом приступу, за огромну већину радно способних грађана који економско–социјалну сигурност себи и својој породици граде зарадом по основу радног односа, сталност запослења и стабилност радног односа јесте животни циљ. Са текућом друштвено–економском кризом, глобалном рецесијом свјетске привреде, техничко–технолошким промјенама, наћи посао (пристојан посао) и како га сачувати, је умијеће и вјештина живљења, са којом се суочава савремени, па и индустријски развијен свијет.[59] Осим за раднике, сталност и стабилност једном добијеног запослења има прворазредни економско–социјални, политички, морални, па и етички значај и за послодавце, државу и међународну заједницу, у крајњој линији.[60]

2.3.1. Случајеви измјене уговора о раду

Правило да, за лица која га закључе, уговор о раду важи као закон, подразумијева, поред осталог, и то да се услови уговора могу

[57] *Ibid.*

[58] Е. Гиденс (A. Giddens), *Социологија*, Економски факултет, Београд 2007, 414. Преузето из: Ж. Мирјанић, (2019), 3; У питању је једна од стратегија за суочавање са незапосленошћу која доводи у питање постојећу веома круту и једнообразну организацију рада те захтијева, поред осталог, и далеко већи степен флексибилности. Ова стратегија у својим најдалекосежнијим и најоптимистичкијим варијантама рачуна да рјешење проблема незапослености више не лежи у отварању нових радних мјеста, већ у одбацивању једног једнообразног модела по коме запослени мора имати стално запослење од завршетка школовања па до пензионисања. То је стратегија која очекује да би свако могао на флексибилан начин комбиновати вријеме рада и вријеме не–рада, рад уз зараду и рад без зараде, тражећи задовољавање својих аспирација исто толико у садржају рада колико и у потрошњи коју му омогућује зарада из рада. Види: А. Петровић, „Незапосленост као привремена појава или као судбина?“, *Радно и социјално право,* 1/2012, 12–13.

[59] С. Перић, *Пристојан рад*, Правни факултет, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Београд 2013, 108.

[60] *Ibid.*; О томе види: Д. Р. Паравина, „Престанак радног односа по основу технолошког вишка нарочито према стандардима Међународне организације рада“, *Радно и социјално право,* 4–7/2000, 14.

измијенити само из разлога који су унапријед утврђени законом или вољом уговорних страна.[61] За разлику од претходног Закона о раду,[62] чијим одредбама нису биле непосредно наведене промијењене околности због којих је послодавац могао да понуди запосленом измјену уговора о раду, важећи истоимени закон прецизно утврђује више случајева у којима је то могуће, што доприноси успостављању правне сигурности. Међутим, законодавац не утврђује *numerus clausus* тих разлога, већ само њихов индикативни списак,[63] те уговором о раду, колективним уговором или правилником о раду могу бити утврђени и други разлози за упућивање понуде за закључење анекса (чл. 170, ст. 1, тач. 5) Закона о раду Републике Српске). То даље значи да је, уз пристанак радника, промјена елемената уговора о раду увијек могућа, ако није супротна когентној правној норми, јер у потоњем случају не важи правило да се не наноси неправда ономе ко на њу пристаје.[64] Наиме, послодавац може раднику да понуди закључивање анекса уговора о раду (измјену садржаја уговора о раду): 1) ради распореда на друго радно мјесто или премјештаја у друго мјесто рада код истог послодавца; 2) ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца; 3) ако је раднику који је вишак обезбиједио остваривање права из програма који се односи на мјере за запошљавање (премјештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно вријеме, али не краће од половине пуног радног времена и друге мјере); 4) ако је дошло до промјена у плати, новчаним накнадама и другим примањима радника по основу рада; 5) у другим случајевима утврђеним општим актом и уговором о раду.[65]

---

[61] Љ. Ковачевић, 452.

[62] *Службени гласник РС*, бр. 38/00, 40/00, 47/02, 38/03, 66/03, 20/07 и 55/07 – пречишћени текст. Према чл. 137. овог закона, послодавац је могао отказати уговор о раду раднику уз истовремену понуду за закључивање уговора о раду под измијењеним условима, а одредбе закона које уређују отказивање уговора о раду од стране послодавца сходно су примјењиване на отказивање уговора о раду у овом случају. Као особено средство за измјену битних елемената уговора о раду појављује се институт отказа уговора о раду са понудом за закључење новог уговора. Ријеч је о тзв. модификујућем отказу, при чему запослени коме је послодавац упутио понуду за закључење новог уговора може да је прихвати или одбије, али може и да је прихвати са резервом, ако сматра да измјена услова рада није била социјално оправдана. О томе види: Љ. Ковачевић, 446; Слично рјешење познаје и хрватско радно законодавство (види одредбе чл. 123. Закона о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 и 64/23).

[63] Љ. Ковачевић, 452–453.

[64] Н. Тинтић, 254; О томе види: Љ. Ковачевић, 453.

[65] Закон о раду Републике Српске, чл. 170; Види одредбе чл. 171. Закона о раду Републике Србије.

Код промјене радног мјеста у истом мјесту рада код истог послодавца разликују се трајни распоред путем анекса уговора о раду и привремени распоред на основу једностране одлуке послодавца.[66] Радник може да буде распоређен на друго радно мјесто код послодавца које одговара његовој стручној спреми и искуству стеченим радом (чл. 172, ст. 1. Закона о раду). Дакле, премјештај радника на други посао допуштен је ако су испуњена два услова: а) да захтјеви новог посла одговарају врсти и степену стручне спреме радника у погледу потребних радних способности (да је ријеч о „одговарајућем послу“, тј. послу који одговара стручној спреми и искуству стеченим радом запосленог);[67] б) да је промјена посла потребна због објективне ситуације процеса и организације рада.[68] Када је ријеч о другом услову за премјештај радника на други посао, треба уочити то да потреба за премјештајем мора бити објективно заснована, тј. да премјештај на друго радно мјесто мора бити мотивисан објективним разлозима, које српски законодавац означава генеричким појмом „потребе процеса и организације рада“.[69] У том смислу, треба сматрати да послодавац има објективне разлоге за упућивање понуде за закључење анекса онда када је премјештај на други посао неопходан због задовољавања захтјева радног процеса или техничког и технолошког напретка (нпр. зато што је одређени посао доступан – упражњен или је уведен нови посао који радник може успјешно да обавља), или постоји потреба за побољшањем квалификационе стриктуре запослених (нпр. због увођења нових специјалности). Исто вриједи и за друге објективне захтјеве који се тичу процеса рада или стварних кадровских, финансијских и других потреба одређене радне средине.[70] У сваком случају, до премјештаја на други посао може доћи само ако је потреба за таквом промјеном непристрасно и стварно утврђена. Запослени отуд, има право да зна да ли су разлози за премјештај због потреба процеса и организације рада услиједили из субјективних или објективних разлога. То је и разлог што се у евентуалном судском поступку за оцјену законитости анекса уговора о раду неће процјењивати само поступак измјене уговора, већ ће се правилност и законитост премјештаја проц-

[66] О томе види: Ж. Мирјанић, (2020), 140.

[67] У складу са чл. 170, ст. 2. Закона о раду, одговарајућим послом сматра се посао за чије се обављање захтијева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.

[68] Види одредбе чл. 171, ст. 1, тач. 1) Закона о раду Републике Србије; О томе види: Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 189.

[69] Види одредбе чл. 171, ст. 1, тач. 1) Закона о раду Републике Србије.

[70] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 189-190; О томе види: С. Ковачевић–Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *Право и привреда,* 7-9/2015, 360.

јењивати и са материјалноправног становишта.[71] Закон о раду Републике Српске, нажалост, не утврђује изричито „потребе процеса и организације рада“ као услов за премјештај радника на други посао, као што то ради српски законодавац. Наведени недостатак је потребно отклонити кроз будуће новелирање закона, по узору на упоредноправна рјешења, из разлога што је „стварна потреба за премјештајем материјалноправна претпоставка премјештаја запосленог, која мора постојати у сваком случају упућивања понуде за закључење анекса због овог разлога“.[72]

Као што је раније истакнуто, поред критеријума који се тиче предмета измјене садржаја уговора о раду, за правилно разумијевање института измјене уговора о раду треба имати у виду и критеријум трајности, који подразумијева да се измјеном уговора могу сматрати само трајне измјене битних елемената уговора о раду. У том смислу, измјеном уговора о раду не треба сматрати привремени премјештај радника на други посао или било коју другу потребну измјену услова извршавања уговора о раду која је краткотрајна или повремена. С тим у вези, у изузетним случајевима послодавац може привремено да премјести запосленог на други посао без обавезе упућивања понуде за закључење анекса уговора о раду и без сагласности радника.[73] Новина у домаћем радном законодавству је у томе што се код привременог распоређивања радника на друго радно мјесто или распоређивања у друго мјесто рада више не тражи сагласност радника. Послодавац може својом одлуком да привремено распореди (краткотрајно премјести) радника на неодговарајуће послове.[74] Радник је дужан да привремено обавља послове који не одговарају ни врсти ни степену његовог стручног образовања, знања и радног искуства: 1) у случају више силе (природних или других несрећа у којима је угрожен живот и здравље људи или имовина), спасавања људских живота и здравља, изненадног квара постројења, сировина и материјала који проузрокују потпун или дјелимичан застој радног процеса код послодавца, ако је оспособљен за руковање средствима рада и средствима заштите на раду на пословима које је дужан привремено обављати, док те околности трају; 2) изузетно, у случају изненадног повећања обима посла, замјене одсутног радника или обавезе извршавања уговореног посла, с тим да такав распоред не може трајати дуже од 60 дана у току једне

[71] *Ibid.*; О правним посљедицама незаконитог премјештаја радника и судској заштити види: В. Душић, „Правне последице незаконитог премештаја запосленог и судска заштита“, *Радно и социјално право* 2/2020, 161–181.

[72] Љ. Ковачевић, 460.

[73] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 184.

[74] Ж. Мирјанић, (2020), 141.

године.[75] Радник за вријеме привременог обављања послова који не одговарају врсти и степену његовог стручног образовања, знања и радног искуства има право на плату свог радног мјеста, односно плату радног мјеста на које је привремено распоређен, уколико је та плата за њега повољнија,[76] чиме се штити економска сигурност запосленог.[77]

Присуство радника на мјесту рада, према утврђеном распореду радног времена, неопходан је услов за дјелотворно вршење послодавчевих управљачких и других овлашћења. Радник извршава престацију рада само на мјесту које је унапријед одређено као мјесто рада будући да је простор послодавчеве власти географски дефинисан.[78] Овај елемент уговора о раду може бити измијењен само уз сагласност радника, с тим што премјештајем у друго мјесто рада не треба сматрати случајеве рада запосленог ван сједишта послодавца ако је дјелатност послодавца таква да се послови и радни задаци уобичајено врше ван сједишта послодавца (нпр. грађевински радови на отвореном, рад у саобраћају и сл.). Према томе, премјештај у друго мјесто рада може бити допуштен само ако послодавац има погоне, одсјеке, секторе, одјељења или друге јединице у географски различитим мјестима.[79] Одредбама Закона о раду (чл. 172, ст. 2–3) утврђено је да радник може да буде премјештен у друго мјесто рада ако су кумулативно испуњени сљедећи услови: 1) ако је дјелатност послодавца такве природе да се рад обавља у мјестима ван сједишта послодавца, односно његовог организационог дијела; 2) ако је удаљеност од мјеста у коме радник ради до мјеста у које се премијешта на рад мања од 50 km и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбијеђена накнада трошкова превоза у висини цијене превозне карте у јавном саобраћају; 3) ако радно мјесто у другом мјесту рада одговара његовој стручној спреми и искуству стеченим радом. Радник може да буде премјештен у друго

[75] С обзиром да је могућност привременог премјештаја скопчана са ризиком злоупотребе, посебно када је ријеч о неограниченом проширивању појма више силе, односно околности у којима је привремени премјештај допуштен, спречавању ових злоупотреба доприноси правна одређеност изузетних околности у којима је привремени премјештај допуштен. Ти изузеци могу бити утврђени законом, колективним уговором или једностраним општим актима послодавца, с тим што ограничавању послодавчевих овлашћења у вези са привременим премјештајем значајно доприноси и одређивање максималне дужине рада запосленог на другом послу. Љ. Ковачевић, 461.

[76] Види одредбе чл. 15, ст. 2–4. Закона о раду Републике Српске.

[77] Љ. Ковачевић, 461.

[78] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 192.

[79] *Ibid.*

мјесто рада у другим случајевима само уз свој пристанак. Наш законодавац предвиђа посебну заштиту жена и материнства у вези овог случаја измјене уговора о раду. Наиме, жену за вријеме трудноће и мајку дјетета до три године живота послодавац може распоредити на рад у друго мјесто рада само уз њен пристанак (чл. 106, ст. 4. Закона о раду). Законодавац, с правом, поставља строге границе премјештаја, спречавајући злоупотребе послодавчевих овлашћења које би, у овом случају, могле да угрозе и приватни и породични живот запосленог, с тим што те захтјеве, у извјесној мјери, релативизује могућност да он, уз свој пристанак, буде премјештен у друго мјесто рада и ван наведених случајева. Законом су, притом, утврђена само основна правила за премјештај у друго мјесто рада, док је социјалним партнерима препуштено да општим актима уреде детаљнија правила.[80] Послодавац може радника упутити на рад у другу земљу у којој послодавац обавља дио своје дјелатности, под условом да послови које радник треба да обавља одговарају његовим стручним и радним способностима и да се са радником споразумије о трајању рада у другој земљи, условима смјештаја радника за вријеме боравка у другој земљи, ако је то потребно, валути у којој ће се раднику исплаћивати плата и друга примања по основу рада у другој земљи, као и роковима и начину исплате, условима одласка и повратка радника са рада у другој земљи. Послодавац је дужан да радника, прије одласка на рад у другу земљу, упозна о прописима који ће се примјењивати код остваривања његових права и обавеза за вријеме рада у другој земљи.[81]

Упућивање радника на рад код другог послодавца представља посебан случај измјене уговора о раду, првенствено што се одговарајућа измјена везује за радњу која је увијек временски ограничена (привремена), за разлику од свих других случајева који се тичу трајне измјене уговора о раду.[82] Закон о раду (чл. 173.) прописује да радник може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао ако је привремено престала потреба за његовим радом, ако је дат у закуп пословни простор или закључен уговор о пословној сарадњи, док трају разлози за његово упућивање, а најдуже до годину дана. Радник може, уз своју сагласност, у наведеним случајевима и у другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду, да буде привремено упућен на рад код другог послодавца и дуже од годину дана, док трају разлози за његово упућивање. Тако-

[80] Љ. Ковачевић, 463; О томе види: Љ. Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *Право и привреда,* 4–6/2015, 844.

[81] Види одредбе чл. 174, ст. 1–2. Закона о раду Републике Српске.

[82] Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 193.

ће, радник може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца у друго мјесто рада ако је удаљеност од мјеста у коме радник ради до мјеста у које се премијешта на рад мања од 50 km и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбијеђена накнада трошкова превоза у висини цијене превозне карте у јавном саобраћају. Радник са послодавцем код кога је упућен на рад закључује уговор о раду на одређено вријеме. Радно законодавство Републике Српске предвиђа законску забрану промјене у положају радника *in peius*,[83] јер новим уговором о раду (на одређено вријеме) раднику се не могу утврдити мања права од права која је имао код послодавца који га је упутио на рад. По истеку рока на који је упућен на рад код другог послодавца радник има право да се врати на рад код послодавца који га је упутио.

2.3.2. Поступак измјене уговора о раду и посљедице закључења анекса

Понуду за закључење анекса уговора о раду могу учинити обје стране. Она представља изјаву о условима под којима једна страна пристаје да закључи анекс уговора о раду, уз овлашћење понуђене стране да одлучи да ли хоће да закључи анекс или не. Радник рјеђе чини понуду за закључење анекса од послодавца и то ће, по правилу, бити онда када је унаприједио своје вјештине и друге радне способности које му омогућавају приступ вишим, односно боље плаћеним пословима. Поред тога, радник може предложити промјену мјеста рада, због потребе да боље усклади своје приватне и професионалне обавезе, под условом да послодавац има погоне или друге просторије и у том другом (географском) мјесту.[84] Ни у једном од ових случајева, послодавац није дужан да прихвати понуду запосленог, због чега, на примјер, не чини повреду права запосленог ако не прихвати његову понуду за премјештај на други посао због накнадног стицања вишег степена стручне спреме.[85] Закон о раду Републике Србије (чл. 172а, ст. 3.) прописује да се не примјењују одредбе о поступку који се спроводи када послодавац понуди запосленом измјену уговорених услова рада, у случају закључивања анекса уговора о раду на иницијативу запосленог. Закон о раду Републике Српске не регулише ово питање, али могуће је закључити да вриједи исто правило које утврђује српски законодавац из разлога што су одредбе о измјени угово-

[83] *Ibid.*

[84] Љ. Ковачевић, 446–447.

[85] Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 3356/1963, нав. према: Љ. Ковачевић, 447.

ра о раду веома сличне.[86] У упоредном праву су присутна другачија рјешења. Тако, Закон о раду Црне Горе[87] (чл. 47. и 48.) утврђује иста правила за измјену уговорених услова рада (анекс уговора о раду) која се примјењују без обзира на то која страна је учинила понуду за закључење анекса уговора о раду. Послодавац и запослени могу да понуде измјену уговора о раду, а понуђена страна је дужна да се изјасни о понуди за закључивање анекса уговора у року који не може бити краћи од осам радних дана од дана достављања понуде.

Дакле, иницијатива за закључење анекса редовно долази од стране послодавца. Према одредбама Закона о раду (чл. 171.), уз понуду за закључивање анекса уговора послодавац је дужан да раднику у писаном облику достави и разлоге за понуду,[88] рок у коме радник треба да се изјасни о понуди и правне посљедице које могу да настану одбијањем понуде. Радник је дужан да се изјасни о понуди за закључивање анекса уговора у року који одреди послодавац, а који не може бити краћи од осам радних дана. Сматра се да је радник одбио понуду за закључивање анекса уговора ако се не изјасни у наведеном року. Ако радник прихвати понуду за закључивање анекса уговора, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора у року од шест мјесеци. То даље значи да је „анекс уговора о раду коначан акт, по коме је запослени дужан да поступи кад га потпише, без обзира на чињеницу што је пред судом покренуо поступак за његов поништај“. У противном, чини тежу повреду радне обавезе,[89] због које може бити дисциплински санкционисан.

Анекс је закључен оног тренутка када понуђена страна изричито и недвосмислено да позитиван одговор на учињену понуду. Са друге стране, одбијање понуде за закључење анекса лишава понуду правног дејства. Наш законодавац, у том случају, утврђује дужност радника да се изјасни о послодавчевој понуди, док ћутању радника признаје улогу неприхватања послодавчеве понуде, будући да се сматра да је радник одбио понуду анекса ако га не потпише у одређеном року. Ова фикција важи у свим случајевима, у којима послодавац може раднику

[86] Ж. Мирјанић, (2019), 12.

[87] *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/19, 8/21, 59/21, 68/21 и 145/21.

[88] „Незаконит је анекс уговора о раду који се достави запосленом на потпис без претходно учињене понуде за закључење уговора о раду под измењеним условима и који не садржи разлоге за такву одлуку“ (пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1379/2013, од 18.12.2013. године.). Нав. према: Љ. Ковачевић, 448.

[89] Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 171/2010, од 14.06.2010. године. Нав. према: З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд 2015, 873.

да предложи измјену уговора о раду.[90] Разлог за потписивање анекса уговора од стране радника може бити избјегавање отказа као очекиване правне посљедице одбијања закључења анекса. Послодавац може одбијање радника да прихвати понуду искористити као оправдан разлог за отказ. Радник који одбије понуду анекса уговора о раду задржава право на судску заштиту ако добије отказ. Ако послодавац откаже уговор о раду, раднику остаје могућност да у судском поступку оспорава законитост анекса уговора. У судском поступку против отказа због одбијања анекса уговора о раду, радник може да оспорава законитост анекса у материјалноправном (нпр. у случају намјере послодавца да радника распореди на неодговарајуће радно мјесто) и у формалноправном смислу (нпр. повреда процесних одредаба о достављању анекса).[91]

3. ЗАКЉУЧАК

Распоред радника на радно мјесто налази своје основе у професионалној подјели рада; у различитостима стручних квалификација радника и у разликама у таленту, склоностима, радним навикама, искуству итд. радника. У том погледу примарну важност имају захтјеви сваког радног мјеста и радник се тражи у зависности од тих захтјева. Само тако ће такво радно мјесто омогућити таквом раднику да ради према својим способностима и да их оптимално користи, а тиме стиче томе одговарајућа права, обавезе и одговорности из рада. То ће омогућити раднику и касније „напредовање“. Утолико правилан распоред радника на радно мјесто претпоставља да је код послодавца спроведена добра организација рада, да су тачно процијењена, дефинисана и утврђена сва радна мјеста, послови на њима и захтјеви које мора испунити лице да би успјешно могло радити (па и бити примљено на рад). Потреба за покретљивошћу радника може бити резултат: измијењеног опсега рада и пословања код послодавца, већег кориштења радних способности радника, укидање организационих јединица, измјена технолошког процеса, недовољна способност (умјешност) радника, дислокација процеса производње, захтјев радника итд. Значи, те потребе могу бити субјективне и објективне природе, али независно од њихове природе оне требају бити правно ограничене и условљене (објективизоване). Домаће радно законодавство, као основне облике

[90] Љ. Ковачевић, 450; Овдје је ријеч о конклудентном одбијању, које се изражава неизјашњавањем, односно ћутањем запосленог у року одређеном у понуди анекса уговора. Дејство овог одбијања је исто као и код изричитог одбијања. Види: З. Ивошевић, М. Ивошевић, 367.

[91] Ж. Мирјанић, (2020), 140.

покретљивости радника, познаје распоређивање на друго радно мјесто, премјештај у друго мјесто рада, упућивање на рад код другог послодавца и упућивање на рад у другу земљу. Наведени облици покретљивости представљају измјену битних елемената (услова) уговора о раду, те су, сходно томе, обухваћени регулама о анексу уговора о раду. Правна анализа законских одредби и судска пракса показују да је у свим предвиђеним случајевима код измјене уговора о раду путем анекса са најавом отказа, фундаментално питање како истовремено уважити и заштитити интересе обје уговорне стране. Интерес запосленог је сталност и стабилност запослења (радноправна сигурност) и професионално напредовање, а интерес послодавца је да задовољи кадровске и пословне потребе премјештањем или отпуштањем радника.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Брајић, Влајко, *Радно право*, Савремена администрација, Београд 1991;
2. Гиденс, Ентони, *Социологија*, Економски факултет, Београд 2007;
3. Дедић, Сеад, Градашчевић–Сијерчић, Јасминка, *Радно право*, Сарајево 2003;
4. Душић, Весна, „Правне последице незаконитог премештаја запосленог и судска заштита“, *Радно и социјално право* 2/2020;
5. Жепић, Божо, *Радно и социјално право*, Сплит 2001;
6. Ивошевић, Зоран, Ивошевић, Милан, *Коментар Закона о раду*, Београд 2015;
7. Јовановић, Предраг, „Радноправне границе слободе рада“, *Право и привреда* 7–9/2012;
8. Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018;
9. Ковачевић, Љубинка, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *Право и привреда* 4–6/2015;
10. Ковачевић, Љубинка, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Београд 2016;
11. Ковачевић–Перић, Слободанка, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *Право и привреда* 7–9/2015;
12. Мирјанић, Жељко, „Измјене уговора о раду“, *Радно и социјално право* 2/2019;

13. Мирјанић, Жељко, *Увод у радно право, књига прва*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука 2020;
14. Паравина, Душан, „Престанак радног односа по основу технолошког вишка нарочито према стандардима Међународне организације рада“, *Радно и социјално право* 4–7/2000;
15. Паравина, Душан, *Радно право*, Службени гласник, Београд 1998;
16. Перић, Слободанка, *Пристојан рад*, Правни факултет, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Београд 2013;
17. Перлаин, Јошко, „Нека питања у вези распореда радника у радном односу“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 26/78;
18. Петровић, Александар, „Незапосленост као привремена појава или као судбина?“, *Радно и социјално право* 1/2012;
19. Тинтић, Никола, *Радно и социјално право, Књига прва: Радни односи (II),* Народне новине, Загреб 1972;
20. Шундерић, Боривоје, Ковачевић, Љубинка, *Радно право, Приручник за полагање правосудног испита, Књига 11*, Београд 2017;

Правни прописи

1. Закон о раду Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – одлука УС и 119/21;
2. Закон о раду Републике Српске *Службени гласник РС*, бр. 38/00, 40/00, 47/02, 38/03, 66/03, 20/07 и 55/07 – пречишћени текст;
3. 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;
4. Закон о раду Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/19, 8/21, 59/21, 68/21 и 145/21;
5. Закон о раду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 и 64/23.

Associate Professor Radislav Lale, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

DEPLOYMENT OF EMPLOYEES

Summary

The main purpose of assigning employees is to ensure the optimal work function of the personnel potential. By assigning a worker to a suitable workplace, the employer protects his own interests primarily. Still, the workers also benefit from being assigned to a workplace that corresponds to their professional and working abilities. This paper systematically

analyzes positive legal regulation concerning the institution of deployment of employees with special reference to the offer by the employer to change the terms of the employment contract. Specific parts of the paper also focus on the risk and various forms of abuse of the authority to reassign employees. The author will put forward proposals de lege ferenda aimed at creating regulations that will govern the amendments to the employment contract. This would contribute to establishing a balance between the company's interests and the employer's management authority on the one hand, and the need to protect workers as the weaker party to the employment relationship, on the other hand.

Key words: *Employment relationship; Work place; Deployment; Annex to the employment contract.*

УДК/UDC 349.2
ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / *ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE*

Истраживач сарадник др Јована Рајић Ћалић

Институт за упоредно право, Београд

ПРАВНИ РЕЖИМ И СПЕЦИФИЧНОСТИ РАДА ОД КУЋЕ[1]

Рад од куће, као специфичан начин организовања послова, актуелизован је услед пандемије вируса COVID-19, те је тако почео да привлачи све већу пажњу правника. Ренесанси овог облика рада допринела је и дигитализација, отварајући до сада невиђене могућности да се широк спектар послова обавља ван просторија послодавца. Рад који је дислоциран уноси промене у оквиру института правне субординације у односу послодавац–запослени, као и у домену заштите и безбедности на раду и у области приватног живота запосленог, те усклађивања породичног и пословног. У том смислу, пошли смо од хипотезе да Закон о раду садржи недовољно одредби које могу да испрате рад од куће који је присутан у тренутној пракси. Поред допуне Закона о раду, у раду ће бити указано на значај постојања одредби о раду од куће у Закона о безбедности и здравља на раду, који уопште не препознаје овај облик радног ангажовања.

Кључне речи: Рад од куће; Корона; Правна субординација; Безбедност и здравље на раду.

1. УВОДНА РЕЧ О РАДУ ОД КУЋЕ

Историја радних односа обележена је радом од куће, све до почетка прошлог века када обављање посла код куће као стандрад, под утицајем индустријализације, бива замењено радом у просторијама

Јована Рајић Ћалић, *j.rajic@iup.rs.*

[1] 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).

послодавца.[2] Савремени услови рада наметнули су да се рад за другог обавља у просторијама послодавца, али рад ван пословних просторија постаје све актуелнији. Разлози су многоструки. Један од њих види се у развоју информационих технологија и дигитализација, односно четврта индустријска револуција, како се у теорији назива[3]. Промене које је претрпело савремено радно право велике су и као такве, отварају и нека друга питања, попут заштите приватности и личних података. Професор Јашаревић истиче да се променио контекст радног права, начин одвијања послова, субјекти који у њему учествују као и правни приступ радном односу.[4] Захваљујући дигитализацији, рад од куће омогућен је широкој лепези запослених, поготову када су у питању непроизвидне делатности.[5] Својеврсну еволуцију доживео је и сам термин запосленог, па тако долази до формирања тзв. платформских радника.[6] Ту су пандемијски услови рада, који су изазвани вирусом корона, који су натерали послодавца да примени институт рада од куће.[7] Рад од куће за време пандемије био је специфичан, јер послодавци нису имали обавезу да организују овакву врсту рада, већ дискрециono право у оквиру оних послова који се могу обављати од куће, а у складу са општим актом и уговором о раду.[8] Уз то се указује

[2] International Labour Organization, *Working from home: estimating the world wide potential*, ILO brief, Geneva, 2020, 4.

[3] Б. Урдаревић, „Рад на даљину као специфичан начин организације рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021, 206. Професор Урдаревић сматра да су после четврте индустријске револуције остали пољуљани основни стубови на којима почива радно законодавство, попут запошљавања на неодређено време са пуним радним временом, указујући на чињеницу да су претходне револуције доприносиле општем благостању запосленог кроз повећање запослености и социјалне сигурности, што сада није случај.

[4] С. Јашаревић, „Радно право Србије у XX и XXI веку“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 927.

[5] М. Рељановић, „Информационе технологије и изазови у реформи радног права“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 2/2020, 764.

[6] За више видети: М. Рељановић, Ј. Мисаиловић, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља“, *Страни правни живот* 3/2021.

[7] И. Џамић, „Рад на даљину – правни режим пре и током пандемије ковид-19“, *Право и привреда* 3/2021, 425. Аутор сматра да примена рада код куће за време пандемије није била спроведена на правилан начин јер Уредба о организовању рада послодавца за време ванредног стања није била довољно прецизна, што је домаћим послодавцима оставило скроман простор за организацију оваквог рада за време пандемије.

[8] М. Рељановић, „Рад у околностима епидемије у ванредним стању“, *Пандемија Ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. В. Ђурић, М. Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 81-82. Аутор истиче проблеме који су се јавили у вези са применом рада од куће за време пандемије у виду одсуства одлуке послодавца за рад од куће а изостало је и закључивање анекса уговора о раду, као и одсуство обавеш-

на чињеницу да је подзаконски акт остао недовршен због непостојања ближих одредби о надзору над радом запослених од куће, као и о елеметнарном обезбеђивању средстава за рад.[9] Ту треба још поменути и економску кризу, незапосленост и миграције, које су свеукупно промениле и стандард услова рада. Професор Јашаревић тврди да је дошло до „дерегулације радних односа“, која у основи подразумева сужавање права запослених, односно „трку ка дну“.[10] Глигорић указују на то да је рад од куће у савременом свету умногоме другачији него раније, јер је пре свега ограничен на „интелектуалне послове и услуге које се пружају у дигиталном свету“.[11] Заинтересованост за овај облик радног ангажовања свакако ће потрајати, како због конкуренције на тржишту рада, тако и због тога да се на овај начин тражи решење за незапосленост квалификованих људи.[12]

Ако узмемо у обзир нечело јединства рада, места и времена, рад у пословним просторијама намеће се као правилност, па се правна субординација и интегрисаност приликом извршавања рада испољавају управо приликом такве организације рада.[13] Професорка Ковачевић у том смислу с правом указује да је радно право базирано, по традицији, на концепту рада у просторијама послодавца, без уважавања у потребној мери специфичности рада од куће, што ове запослене може ставити у неповољнији положај у односу на запослене који раде у просторијама послодавца.[14] Професор Лубарда наводи да је оваква подела на уговоре о раду у пословним просторијама и ван њих условљена с обзиром на то где се посао обавља.[15] Даље, у оквиру рада ван пословних просторија послодавца, могуће је разликовати рад код куће и рад на даљину. Такву правилност прати и Закон о раду.[16]

тења запослених о правима и обавезама која уживају приликом обављања рада од куће.

[9] Ј. Мисаиловић, „Утицај пандемије вируса ковид 19 на режим рада од куће“, *Пандемија Ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. В. Ђурић, М. Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 99.

[10] С. Јашаревић, „Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ“, *Радно и социјално право* 1/2019, 70.

[11] С. М. Глигорић, „Правни режим рада од куће у домаћем и међународном праву“, *Страни правни живот* 3/2021, 481.

[12] Б. Урдаревић, 218.

[13] Б. Лубарда, *Радно право. Расправа о достојанственом раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 353.

[14] Љ. Ковачевић, „Изазови заштите запослених који раде (к)од куће“, *Право и привреда* 7-9/2011, 452.

[15] Б. Лубарда, 353.

[16] Закон о раду (у даљем тексту ЗОР), *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

2. ПРАВНА РЕГУЛИСАНОСТ И ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ РАДА ОД КУЋЕ

Рад од куће сматра се последицом дематеријализације посла и рада код послодавца, као и чињенице да запослени не мора бити лоциран у просторијама послодавца да би радио.[17] Професор Лубарда рад од куће дефинише као „облик радног ангажовања у коме радник извршава за послодавца рад код своје куће или на другим местима по свом избору (не у пословним просторијама послодавца), независно од тога ко обезбеђује опрему и предмете рада“.[18] Дакле, то је рад који се обавља у оквиру делатности послодавца, а колективним уговором се одређују начин и услови под којим се посао обавља. Овај облик радног ангажовања разликује се од стандардног, јер код њега изостаје могућност послодавца да неспосредно надзире рад запосленог, односно изостаје елемент видљивости и присуства радника.[19] Код овог другачијег, атипичног рада дакле, изостаје уобичајена, строга контрола послодавца над радом запосленог, као саставним елементом традиционално схваћеног рада, због чега су у прошлости законодавци овакав облик рада квалификовали као независни рад.[20] У том смислу ваља закључити да је елемент правне субординације, односно правне подређености запосленог нормативној, управљачкој и дисциплинској власти релативизован. Поред одсуства правне подређености у правом смислу те речи, професор Лубарда наводи да се приликом рада од куће одступа од личног обављања рада као битног обележја радног односа, јер рад за послодавца могу обављати и чланови породице са којим запослени дели домаћинство.[21] И поред промена које се дешавају на пољу субординације, у теорији се указују да рад од куће треба сматрати радом за другог, а правну субординацију његовим елементом, све док послодавац сноси ризик посла и док је у могућности да врши нормативну власт, која се огледа у издавању налога за рад и упутстава.[22] Ово важи и онда када се запослени, ради извршавања радних налога, користи својим материјалом или радним потенцијалима чланова свог домаћинства. Како професорка Ковачевић објашњава, важно је применити критеријум, односно правило да се посао обавља за рачун послодавца, те да запослени не иступају сами на тржиш-

[17] G. L. Melypataki, „Dematerialisation of workplace in non-classical Labour law relations“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2019, 658.

[18] Б. Лубарда, 353.

[19] Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет у Београду, Београд, 2013, 315.

[20] *Ibid.*

[21] Б. Лубарда, 354.

[22] Љ. Ковачевић, (2013), 319.

те рада, односно не обављају посао у своје име и за свој рачун.[23] Ако је одговор потврдан, посреди је рад од куће, а не независни рад.

Закон о раду штуро регулише рад од куће, указујуће на основне елементе које уговор о раду од куће мора да садржи.[24] Они се тичу трајања радног времена, начин вршења надзора над квалитетом обављеног рада, средства за рад које је послодавац дужан да обезбеди, трошкова тих средстава и других који могу бити у вези са обављањем рада од куће. Уз то, у теорији се указује нужним да се уговором прецизира и којим ће се средствима запослени користити прилико рада код куће и износ накнаде који ће по том основу примати.[25] Својеврсна ограничења постоје, па се тако ван пословних просторија послодавца не могу обављати послови са повећаним ризиком, изузев оних код којих природа посла одређује рад на посебним местима рада попут градилишта, морских или нафтних платформи, уз обавезу послодавца да обезбеди посебне мере ради заштите здравља и безбедности на раду.[26] На то упућује и ЗОР.[27] Важно је нагласити да је рад од куће могуће радити, само ако запослени има адекватну опрему за рад. Ту се мисли на рачунар, који је у обавези да обезбеди послодавац, без ослањања на то да ли га запослени већ поседује. У случају необезбеђивања адекватне опреме, проблем би, на пример, могао да настане, уколико супружници код куће поседују само један рачунар који је неопходан и једном и другом потребан за рад од куће. Рад од куће је могућ само ако је производ аутономије воље, што имплицира пристанак запосленог.[28] Дакле, елемент добровољности је услов *sine qua non*. У складу са начелом једнакости, основна зарада запосленог који ради од куће мора бити одређена на еквивалентан начин као и за запосленог који ради у просторијама послодавца, а исто је предвиђено и за прековремени рад,[29] расподелу радног времена, ноћни рад, одморе и одсуства.

[23] *Ibid.*

[24] ЗОР, члан 42.

[25] Б. Урдаревић, А. Антић, „Нека отворена питања у погледу рада код куће за време пандемије вируса covid-19 у Републици Србији“, *Радно и социјално право* 2/2020, 29.

[26] Б. Лубарда, 353.

[27] ЗОР, члан 44.

[28] П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2015, 205.

[29] Корисно је указати да су истраживања у европској унији показала да рад од куће негативно утиче на радно време запосленог и то тако што он проведе већи број сати радећи прековремено од запосленог који ради у просторијама послодавца. Већи број тих прековремених сати остане неплаћено. Разлог већег броја радних сати објашњава се чињеницом да је приликом обављања рада од куће често танка граница између пословног и приватног због доступности запосленог и значајног броја неформалних задатака које запсолени такође обавља. Цитирано према: Б. Урдаревић, 215.

Запосленима који раде од куће гарантују се иста индивидуална права као и запосленима који раде у просторијама послодавца, сходно начелу једнакости. Ово начело нашло је своје место и у оквиру Конвенције бр. 177 коју је донела Међународна организација рада, те се сматра основним постулатом када је заштита запослених који раде од куће у питању.[30] Домашај овог начела је важан јер захваљујући њему запослени треба да уживају исте услове рада, могућности за напредовање, стручно усавршавање, без обзира на то да ли раде у просторијама послодавца или код куће. С обзиром на то да не раде у просторијама послодавца, запослени који раде од куће не уживају право на исплату путних трошкова, што, с друге стране, не ускраћује право послодавцу да и у погледу овог права изједначи запослене у складу са начелом *in favorem laborem*. Спорно је која колективна права уживају запослени код раде од куће, с обзиром да су местом рада дислоцирани. Професор Лубарда сматра да им припада право на синдикално организовање и право на колективно преговарање, чиме се омогућава изједначавање (или се бар покушава) положаја запослених који раде од куће и оних који раде у просторијама послодавца.[31]

Како запослени мора да искаже сагласност за радно ангажовање од куће, поставља се питање, може ли запослени да трпи одређене последице уколико одбије да потпише анекс уговора о раду? Ово питање ваља размотрити у светлу одредбе Закона о раду, која се односи на отказ уговора о раду због одбијања запосленог да буде премештен на друго место рада код истог послодавца.[32] Од помоћи ће бити ако укажемо на теоријско разматрање природе анекса о раду од куће. Наиме, професор Јовановић указује да је у случају потписивања анекса који се односи на рад од куће посреди промена врсте радног односа а не само права и обавеза из постојећег.[33] Тако, дислокација рада у овом случају не може се сматрати другим местом рада, онако како то прописује Закон о раду. С правом се закључује да у конкретном случају послодавац не би могао да откаже уговор о раду запосленом који није пристао на такву промену радног ангажовања. Са тим се слаже и Глигорић, те додаје је да у Закону о раду недостаје одредба која се тиче последице у случају да запослени одбије да потпише анекс уговора о раду који се тиче измене већ уговорих услова рада, те се применом начела *in favorem laborem*, ова одредба тумачи у корист

[30] Конвенција МОР 177, члан 4.
[31] Б. Лубарда, 353.
[32] ЗОР, чл. 171, ст.1, тч. 2.
[33] П. Јовановић, 205.

запосленог.[34] Послодавац не би могао да отпусти запосленог који одбије да ради од куће, јер би такав отказ био неоправдан.[35]

Занимљиво је да Закон о безбедности и здрављу на раду уопште не познаје рад од куће.[36] С обзиром на то да поменути акт представља системски закон ради успостављања безбедног и здравог рада кроз права, обавезе и одговорност како послодавца тако и запосленог, изостављање важног института попут рада од куће не чини се оправданим. Сама чињеница да се рад од куће не обавља у просторијама послодавца, упућује на нужност прописивања посебних мера безбедности које би омогућиле безбедан и здрав рад. Обавеза послодавца се у овом случају не исцрпљује у информисању запослених о потенцијалним ризицима на раду, обезбеђивању и дрђавању заштитне опреме, већ захтева активну улогу послодавца у складу са специфичностима рада од куће.[37] У теорији се истиче да су запослени који раде од куће у већој мери изложени ризицима услова посла у којима раде, због коришћења електричних уређаја и монитора, тим пре што запослени одговара за исправност електричног система у просторијама у којима ради.[38] Утешно ипак делују одредбе новог Закона о безбедности и здрављу на раду, чији Нацрт ипак познаје рад од куће.[39] Додуше, чини се да редактори Нацрт нису схватили суштину инситута рада од куће јер га ограничавају на рад „који се обавља употребом информационо комуникационих технологија за послодавце из места пребивалишта, односно боравишта или другог места становања, а које није под непосредном контролом послодавца.“ На слично указује и Глигорић, да се овим занемарује чињеница да је радом од куће могуће обављати и мануелан рад, указујући на исто поимање рада од куће у Водичу за безбедан и здрав рад, рад од куће, као тренутно једином акту у сфери безбедности и здравља на раду које је 2020. године донело Министарство за рад, борачка и социјална питања.[40]

3. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ РАДА ОД КУЋЕ

Препознавање значаја и регулисање рада од куће на међународном нивоу препознато је релативно касно. У оквиру Међународне

[34] С. М. Глигорић, 490–491.

[35] Б. Лубарда, 356.

[36] Закон о безбедности и здрављу на раду, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 – др. закон.

[37] Љ. Ковачевић (2011), 466.

[38] *Ibid.*

[39] Нацрт Закона о безбедности и здрављу на раду, *https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/200921/200921-vest13.html* (22.03.2022).

[40] С. М. Глигорић, 491.

организације рада потреба за регулисањем овог облика радног ангажовања уследила је 1977. године доношењем Конвенције бр. 177 о раду на даљину[41] и Препоруке бр, 184 од раду од куће.[42] Србија није ратификовала Конвенцију, односно прихватила Препоруку. Ипак не треба занемарити ни узгредно спомињање рада од куће у Конвенцији бр. 26 МОР, која је донета непосредно после оснивања ове организације 1928. године, што се може објаснити таласом индустријализације, који је захватио Европу.[43] Ова Конвенција је предвиђала обавезу за сваку државу која је ратификује да установи транспарентне механизме за одређивање минималне зараде у занатима, који се, између осталог, обављају код куће.

Конвенција бр. 177 одређује рад од куће кроз дефинисање појма радник, па тако овај облик рада постоји ако су испуњени одређени услови. Рад је могуће обављати у просторијама где запослени живи или у другим, а које не представљају просторије послодавца. Оно што треба да диференцира рад од куће и самозапослене јесте циљ рада који је прокламован и у овој конвенцији, а односи се на стварање производа за послодавца или пружање услуге у оквиру његове делатности. То су ставови који се и данас заузимају у позитивном праву, а који су у раду већ наведени. Оно што је занимљиво, и за перспективе савременог права, неприхватљиво јесте чињеница да Конвенција не прописује обавезу за послодавца да обезбеди средства, односно опрему за рад. С друге стране, одредбе Конвенције посебном пажњом су усмерене на прокламацију једнакости запослених приликом уживања великог броја индивидуалних права, у чему неки аутори виде разлог за низак проценат ратификације ове Конвенције.[44] Похвално је указати да ова Конвенција осветљава питање безбедности и здравља на раду код рада од куће, те да није могуће органитовати посао од куће, ако услови рада, и поред предузетих мера, не могу задовољити стандарде безбедног и здравог рада. Што се Препоруке тиче, ваља истакнути пар добрих решења. Једно од њих је и оно које се тиче надзорног тела које би послодавац требало да обавести у случају да са запосленим договори рад од куће. Интенција оваквог правила је добра,

[41] Конвенција бр. 177 о раду код куће из 1996. године (C177 – Home Work Convention), *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::-P12100_INSTRUMENT_ID:312322* (24.03.2022).

[42] Препорука бр. 184 о раду код куће из 1996. године (R184 – Home Work Recommendation), *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0-::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312522* (26.03.2022).

[43] Конвенција бр. 26 о механизму за утврђивање минималне зараде из 1928. године (C026 – Minimum Wage-Fixing Machinery Convention), *https://www.ilo.org/dyn/-normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C026* (24.03.2022).

[44] И. Џамић, 430.

али се чини да недостају конкретне инструкције за домаће законодавце како би примена овакве одредбе функционисала у пракси. Помало невешто регулисана, одређивање минималне зараде остављено је социјалном дијалогу, што сматрамо да треба допунити одређивањем минималног износа. Добра одредба ове Препоруке која је пропустила своје место у Конвенцији, тиче се обавезе послодавца да сноси трошкове одржавања система.

До сада, Европска унија се није посебним документом бавила регулисањем положаја радника који раде од куће. Темељи постоје у Европском оквирном споразуму који је потписан још 2002. године, који препознаје тзв. *telework*.[45] Међутим, овакав споразум није обавезујуће природе за државе чланице, јер им оставља слободу у погледу тога да ли ће и на који начин ће применити овај споразум. Тако се и објашњава чињеница да још увек није донета посебна директива која ће бити посвећена раду од куће, јер су државе чланице Европске уније искористиле своје право и овај аутономни споразум имплементирале користећи социјални дијалог, уместо закон.[46] Ипак, посредне одредбе могу се наћи у Директиви о успостављању равнотеже између породичног и приватног живота (), у Диективи о радном времену, као и у Директиви која се посвећена безбедности и здрављу на раду. Ове Директиве само се делом дотичу рада од куће, као могућности рада родитеља, или кроз обавезу послодавца да обезбеди достојанствене услове рада без обзира на то где запослени ради. Такве прокламације су недовољне, што се показало и у ситуацији у којој су се нашли послодавци у току пандемије вируса корона, када се потреба за радом од куће повећала. Овим верујемо да је пут регулисања оваквог облика радног ангажовања утабан и да је доношење посебне директиве на помолу, поготову ако узмемо у обзир предвиђања Међународне организације рада да би 37% радника могло да буде ангажовано од куће, у односу на 19% колико их је на овај начин радило пре пандемије.[47]

[45] Сходно Споразуму, рад на даљину се своди на рад који се обавља посредством информационо-технолошких технологија која се обавља ван просторија послодавца. Такође, овај документ прокламује исти степен права, која уживају и запослени који раде у просторијама послодавца. Оквирни споразум о раду на даљину, члан 2, *https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2019-09/Telework%202002_Framework-%20Agreement%20-%20HR.pdf* (27.03.2022).

[46] И. Џамић, 435.

[47] M. Sostero, *Teleworkability and the COVID-19 Crisis: a new digital divide? file:///E:/ZA%20RAD/INSTITUT/RADOVI/2022/Рад%20од%20куће/sostero_-_telework_cedefop.pdf* (29.03.2022).

4. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ РАДА ОД КУЋЕ

Поред тога што рад од куће изискује ниже трошкове за послодавце приликом организовања процеса рада, овај облик обављања послова може се видети и као инструмент за постизање вишег нивоа запослености, поготову за теже запошљиве категорије.[48] Ту треба на уму имати особе са инвалидитетом, запослене са породичним обавезама, као и предности приликом обављања послова за запослене који живе у сеоским срединама, а који су просторно везани за град. Са тим се слаже и професор Урдаревић, те наводи да се флексибилне форме рада користе као алат да би се презавишли проблеми држава у развоју попут велике незапослености, ограничене понуде за обављање послова на тржишту рада за квалификоване, ниских зарада.[49] Рад од куће послужио је као средство за очување радних места посебно за време пандемије.[50] Једна од предности оваквог радног ангажовања се тако нашла у помирењу професионалних и породичних обавеза. Тачније, у Јапану се у радном ангажовању од куће види један од начина подизања наталитета, јер омогућава жени бољу организацију породичних обавеза и обављања посла.[51] Усклађивање породичних и пословних обавеза се сматра лакшим у оквиру рада од куће, због чињенице да запослени штеди време за одлазак и повратак са посла. То, с друге стране, може представљати и негативну старну рада од куће, због губљења јасних граница између пословног и приватног, те фрустрација због немогућности запослених да се у довољној мери посвете породици, што се не може надоместити ни уштедом времена у превозу од куће до посла.[52] Оваква негативна конотација рада од куће посебно је дошла до изражаја приликом услова у раду од куће за време пандемије.[53] Неравноправност у расподели кућних послова лоше се одразила на жене, које су преузимале већи део кућних послова, а којих је највише било у тзв. првој линији запослених.[54] Терет двоструких обавеза, породичних и пословних, умногоме представља већи

[48] Љ. Ковачевић (2011), 469.

[49] Б. Урдаревић, А. Антић, 28.

[50] Eurofound, *Labour market change Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide, working paper*, 2020, 62.

[51] Б. Урдаревић, 207.

[52] L. Harris, *Home-based tele working and the employment relationship: Managerial challenges and dilemmas*, Personnel Review, 32(4), 2003, 425., цитирано према: Б. Урдаревић, 216.

[53] International Labour Organization, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond, a practical guide*, Geneva, 2020, 17.

[54] Ј. Рајић Ћалић, „Правни положај запослених у првој линији за време ванредног стања“, *Пандемија ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. В. Ђурић, М. Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 108.

изазов када је посреди рад од куће[55], јер води већој оптерећености жене која кућне послове и не дели, јер је код куће током дана. У другим земљама, пак, рад од куће види се као начин да се смањи утицај загађења на животну средину и растерети градски саобраћај.[56]

Иако овакав режим представља „привредну развојну шансу као лек а незапосленост“, остају упитне последице рада од куће по квалитет запошљавања и достојанствен рад запосленог.[57] Тако се, поред предности, у теорији истичу и мане рада од куће. Поред поменуте испреплетености приватног и пословног, која се често негативно одражава на породичан живот запосленог који ради код куће, треба потцртати и нејасну границу између радног времена и времена за доколицу, те и то да запослени од куће неретко раде свој посао и прековремено. Друге мане најчешће су адресиране на недостатак социјализације запосленог који ради од куће са осталим колегама, отуђеност и изолацију.[58] У том контексту још се наводи и недостатак интеракције са колегама у смислу размене знања али и помоћи, као и изостанак са социјалних дешавања која се организују код послодавца.[59] Специфичности оваквог рада огледају се у томе што запослени није у класичном подређеном положају као запослени који раде у просторијама послодавца, али не ужива ни положај самозапосленог лица јер не достиже степен такве економске самосталности.[60] Слично као и код других института, и рад од куће крије могућности за злоупотребу. Једна од њих у вези је са потписивањем анекса уговора о раду ради обављања посла од куће јер долази до промене врсте радног односа, што послодавца онемогућава да запосленом, који одбије да потпише анекс уговора, откаже уговор о раду, на шта је указано.[61] У пракси, рад од куће није спроведен кроз анекс уговора о раду и запосленима је ова врста радног ангажовања наметнута, што је потврдила и примена овог института за време пандемије вируса корона.[62] Злоупотребе су могуће у вези са вршењем надзора. Како се рад од куће обавља посредством информационих технологија, надзор је могуће вршити на исти начин, односно снимањем запосленог који ради од куће у току радног времена, уз помоћ камере, чиме се отвара питање оправданости таквог

[55] За више видети: International Labour Organization (2021), 23.

[56] Б. Урдаревић, 207. Професор наводи овакав пример из Индије и Бразила.

[57] Б. Урдаревић, А. Антић, 31.

[58] A. Bilić, „Rad na daljinu prema međunarodnom, europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2011, 631.

[59] Б. Урдаревић, А. Антић, 31.

[60] Б. Лубарда, 354.

[61] П. Јовановић, 205.

[62] М. Рељановић, 81.

надзора.[63] С друге стране, таква врста надзора имплицира и питање нарушавања приватности запосленог. С правом, професор Јовановић питање видео надзора у радном односу сматра врло осетљивим питањем, јер се у том домену посебно сукобљавају интереси послодавца и интереси запосленог.[64] С једне стране, послодавац се користи видео надзором јер жели да осигура безбедност у процесу рада, која се пре свега односи на безбедност његове имовине. С друге стране, ту су и интереси запосленог, који тежи томе да његова интима не буде узурпирана, с обзиром на то да путем видео надзора постају доступни сегменти његовог приватног живота, који нису од значаја за обављање посла. Тако, Ковач-Орландић закључује да је „право на приватност запосленог у овом случају у директном сукобу са његовим правом на безбедно радно окружење.“[65] У домаћој теорији се указује да питање контроле мора бити одређено у складу са општим правилом, које важи за надзор над радом запосленог који ради у просторијама послодавца, омеђено обавезом лојалности запосленог и обавезом послодавца да не задире превише у права и слободе запсолених, што би требало да резултира тачно одређеног циља надзора и прикупљања података.[66] Када је у питању рад од куће, сматрамо да треба имати на уму принцип сразмерности, односно, може ли се надзор над радом запослених од куће постићи на други начин. С разлогом професорка Ковачевић указује да се рад од куће одликује „специфичним режимом надзорних овлашћења“, која се у овом случају своде на контролу резултата, уместо на уобичајене контроле извршавања рада, што је и последица прокламованог начела неповредивности стана, где се рад извршава.[67]

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Мишљења смо да институт рада од куће заслужује потпуније регулисање, које мора заузимати већи простор у оквиру радноправног прописа од једног члана, какво је садашње решење. То су показали и пандемијски услови, који су условили овакво радно ангажовање, а

[63] E. Frantziou, *The right to privacy while working from home ('WFH'): why employee monitoring infringes Art 8 ECHR*, доступно на: *https://uklabourlawblog.com/2020/10/05/the-right-to-privacy-while-working-from-home-wfh-why-employee-monitoring-infringes-art-8-echr-by-eleni-frantziou* (20.03.2022).

[64] П. Јовановић, Д. Божичић, 863.

[65] М. Ковач-Орландић, *Право запосленог на приватност и његова заштита* (докторска дисертација објављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 137.

[66] Љ. Ковачевић, (2011), 467.

[67] Љ. Ковачевић, (2013), 318.

које послодавци нису знали да примене. Стога, треба узети у обзир правну праксу и у складу са тим ревидирати и додати чланове који ће ближе регулисати овај институт. Најпре, сматрамо да би у овом случају послодавац требало да нагласи обавезу потписивања анекса уговора о раду, самим тим и потребну сагласност запосленог да ради ван просторија послодавца. Такође, чини се да пракса вапи за теоријским одређењем рада од куће и његовим разграничењем од рада на даљину, како се тиме првопоменуто радно ангажовање не би свело на обављање оних послова уз помоћ информационих технологија. У том смислу, треба указати на погрешно резоновање у оквиру Нацрта Закона о безбедности и здравља на раду. Надаље, Закон о раду мора садржати ближе одреднице које се тичу одређивања основне зараде за запослене који раде од куће, радног времена а у вези са тим посебно одредби које се тичу прековременог рада. Како је у раду истакнуто, запослени који раде од куће незадовољни су, јер долази до брисања граница између периода када се посвећују послу и времена које је приватно. Не постоји евиденција прековременог рада за ту категорију запослених, те је и додатно плаћање таквих радних сати утопија. Посебна пажња мора бити посвећена надзору над радом запосленог који ради од куће. Једно од решења може бити пронађено у оквиру продужених надлежности инспекције рада, која би долазак на радно место запосленог морала да најави у договору са запосленим. Питање надзора од стране послодавца остаје отворено, поготову видео надзор.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bilić, Andrijana, „Rad na daljinu prema međunarodnom, europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3/2011;
2. Глигорић, М. Слађана, „Правни режим рада од куће у домаћем и међународном праву“, *Страни правни живот* 3/2021;
3. Eurofound, *Labour market change Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide, working paper,* 2020;
4. International Labour Organization, *Working from home: estimating the world wide potential*, ILO brief, Geneva 2020;
5. International Labour Organization, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond, a practical guide*, Geneva 2020;
6. International Labour Organization, *Working from home form invisibility to decent work*, Geneva 2021;
7. Јашаревић, Сенад, „Радно право Србије у XX и XXI веку“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2018;

8. Јашаревић, Сенад, „Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ“, *Радно и социјално право* 1/2019.
9. Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015;
10. Јовановић, Предраг, Божичић, Дарко, „Право запосленог на приватност као сегмент безбедности и здравља на раду“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018;
11. Ковач-Орландић, Милица, *Право запосленог на приватност и његова заштита* (докторска дисертација објављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018;
12. Ковачевић, Љубинка, „Изазови заштите запослених који раде (к)од куће“, *Право и привреда* 7-9/2011;
13. Ковачевић, Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет у Београду, Београд 2013;
14. Лубарда, Бранко, *Радно право. Расправа о достојанственом раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012;
15. Melypataki, L. Gabor, „Dematerialisation of workplace in non-classical Labour law relations“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2019;
16. Мисаиловић, Јована, „Утицај пандемије вируса ковид 19 на режим рада од куће“, *Пандемија Ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021;
17. Рајић-Ћалић, Јована, „Правни положај запослених у првој линији за време ванредног стања“, *Пандемија ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021;
18. Рељановић, Марио, „Информационе технологије и изазови у реформи радног права“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 2/2020;
19. Рељановић, Марио, „Рад у околностима епидемије у ванредним стању“, *Пандемија Ковида 19: правни изазови и одговори* (ур. Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић), Институт за упоредно право, Београд 2021;
20. Рељановић, Марио, Мисаиловић, Јована, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља“, *Страни правни живот* 3/2021.
21. Урдаревић, Бојан, „Рад на даљину као специфичан начин организације рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2021;
22. Урдаревић, Бојан, Антић, Александар, „Нека отворена питања у погледу рада код куће за време пандемије вируса covid-19 у Републици Србији“, *Радно и социјално право* 2/2020;

23. Џамић, Илија, „Рад на даљину – правни режим пре и током пандемије ковид-19“, *Право и привреда* 3/2021.

Правни прописи

1. Закон о раду, *Службени гласник РС* бр. 24/2005, 61/2005, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење;
2. Закон о безбедности и здрављу на раду, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 – др. закон.

Интернет извори

1. Eleni Frantziou, *The right to privacy while working from home ('WFH'): why employee monitoring infringes Art 8 ECHR*, доступно на: *https://uklabourlawblog.com/2020/10/05/the-right-to-privacy-while-working-from-home-wfh -why-employee-monitoring-infringes-art-8-echr-by-eleni-frantziou*.
2. Matteo Sostero, *Teleworkability and the COVID-19 Crisis: a new digital divide? file:///E:/ZA%20RAD/INSTITUT/RADOVI/2022/Рад%20од%20куће/sostero_-_telework_cedefop.pdf*
3. Нацрт Закона о безбедности и здрављу на раду, *https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/200921/200921-vest13.html*
4. Конвенција бр. 26 о механизму за утврђивање минималне зараде из 1928. године (C026 – Minimum Wage-Fixing Machinery Convention), *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C026*
5. Конвенција бр. 177 о раду код куће из 1996. године (C177 – Home Work Convention), *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322*
6. Препорука бр. 184 о раду код куће из 1996. године (R184 – Home Work Recommendation), *https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312522*
7. Оквирни споразум о раду на даљину, *https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2019-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20HR.pdf*

Research Associate Jovana Rajić Ćalić, LL.D.
Institute of Comparative Law, Belgrade

LEGAL REGIME AND SPECIFICS OF WORKING FROM HOME

Summary

Working from home, as a specific way of organizing business, has become relevant due to the covid-19 virus pandemic and has, thus, begun to attract increasing attention from lawyers. Digitization has also contributed to the renaissance of this form of work, opening unprecedented opportunities for a wide range of work engagements outside the employer's premises. Working from home introduces changes within the institute of legal subordination of the employer-employee relationship, in the field of protection and safety at work and in the area of the employee's private life. It also affects the emploees' efforts to strike a balance between family and work. In light of this, we hypothesized that the Labor Law contains insufficient provisions regulating work from home, which is increasingly present in the current practice. In addition to proposing the amendments to the Labor Law, the paper will point out the importance of the provisions on working from home in the Law on Safety and Health at Work, which does not recognize this form of work engagement at all.

Key words: *Working from home; Corona pandemic; Labour subordination; Health and safety at work.*

UDK/UDC 331.53
349.2
PREGLEDNI NAUČNI RAD / *REVIEW ARTICLE*

Asistent Armina Čunjalo, ma

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

AGENCIJSKI RAD: DISKREPANCIJA IZMEĐU TUMAČENJA PROPISA I PRAKTIČNE PRIMJENE INSTITUTA

Proces globalizacije i razvoj prava, neminovno za sobom povlače pojavu određenih specifičnosti i potrebu za stvaranjem nečega novog. Tako je pojava tzv. agencijskih radnika u oblasti radnog prava otvorila mnogobrojna pitanja na koja je trebalo i na koja tek treba dati odgovor. S obzirom na to da se do prve pojave termina i samih agencijskih radnika, radni odnos zaključivao isključivo između poslodavca i zaposlenika, sada se to mijenja uvođenjem trećeg subjekta - agencije za privremeno zapošljavanje radnika. Stoga, bilo je neophodno definisati odnose između radnika i agencije za posredovanje, agencije za posredovanje i kompanije korisnika, te između kompanije korisnika i radnika, i te odnose pravno urediti. Provedeno istraživanje u svrhu rada usmjereno je ka tome da se utvrdi u kojoj mjeri je u praksi došlo do divergencije između nacionalnih zakonodavstava i njihove primjene sa Direktivom 2008/104/EZ o privremenim agencijskim radnicima. Uporedno-pravna metoda će pokazati u kojem stepenu agencijski rad olakšava kompanijama korisnicima, kao i radnicima, što će odgovoriti na pitanje svrsishodnosti postojanja radno-pravnog instituta agencijskog rada. U vezi sa time, a s obzirom na zatvorenost i nefleksibilnost radnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, u radu će biti predstavljena i praksa nepotpunog i pogrešnog tumačenja zakonskih normi, a kakvo tumačenje može proizvesti veliki jaz između svrhe određenog instituta u praksi i njegove pravne regulacije. Autorica rada će prikazati opasnost nepravilnog tumačenja normi i reperkusije koje takvo tumačenje može imati na razvoj i stvaranje prava.

Ključne riječi: Agencijski rad; Ciljno tumačenje; Međunarodno pravo; Nacionalno zakonodavstvo; Europsko radno pravo.

Armina Čunjalo, *armina.cunjalo@gmail.com.*

1. UVOD

Radna prava i oblici rada predstavljaju središnje pitanje i temu savremenog radnog zakonodavstva koje prolazi kroz proces modernizacije te neminovno mora pratiti globalizaciju društva. Čini se da je uobičajeno da sve diskusije o radno-pravnim odnosima i radu općenito, počinju i završavaju sa akcentom na zaštitu radnika i njihovih prava pri radu. Za razliku od perioda kada su rad obavljali isključivo robovi lišeni svih radnih prava, danas su radnici zaštićeni, kako međunarodnim, tako i nacionalnim zakonodavstvima, te uživaju cijeli niz utvrđenih radnih prava. No, ipak i pored ogromnog pomaka u pogledu zaštite radnika, sa globalizacijom došli su i mnogi izazovi za sve grane prava, a osobito u pogledu radnog prava koje sada iziskuje veliki stepen modernizacije i fleksibilnosti kako bi se svjetsko tržište rada uspjelo održati funkcionalnim i razvijati. Upravo iz razloga održavanja funkcionalnosti svjetskog tržišta rada koje je u doba globalizacije i međusobne upućenosti država jedne na drugu iznimno bitna, to se javlja potreba za stalnim prilagođavanjem i promjenama radnog prava i uvođenjem novih oblika rada koji odgovaraju uslovima globalizacije. Tako su se pojavili novi oblici rada koji su radnicima omogućavali odstupanje od standardnog radnog vremena, tradicionalnog načina zasnivanja radnog odnosa, te do tada uobičajenog obavljanja rada u prostorijama poslodavca. Postalo je jasno da zakonsko regulisanje, zaštita radnika i organizovanje novih oblika rada neće biti lak zadatak. Stoga, počela je opsežna akcija Europske unije (u daljem tekstu: EU) na donošenju i izmjenama EU zakonodavstva koje će poboljšati položaj radnika i pomiriti dva, do tada potpuno suprotstavljena, principa sigurnosti i fleksibilnosti u radu, a kroz nestandardne oblike rada. U radu će biti predstavljen jedan od nestandarnih oblika zapošljavanja – rad putem agencija za privremeno zapošljavanje, a čija se specifičnost i osnovna karakteristika ogleda u trouglastom radnopravnom odnosu. Dakle, agencijski rad se odvija između tri subjekta koji aktivno učestvuju u procesu. U vezi sa time, raspravljat će se o prednostima i nedostacima agencijskog rada, te se potežu vrlo problematična pitanja određivanje uloge poslodavca kao i utvrđivanje odgovornosti za štetu nastalu za vrijeme rada. Napose, istraživanje će biti usmjereno i na uporednopravnu analizu instituta agencijskog rada u različitim nacionalnim zakonodavstvima, kao i različitostima koje se javljaju prilikom implementacije propisa koji regulišu agencijski rad, te ka istraživanju i elaborisanju Direktive 2008/104/EZ o radu preko agencije za privremeno zapošljavanje, koja reguliše agencijski rad, prava i obaveze sve tri strane, odnosno subjekata koji učestvuju u realizaciji ovog vida radnog odnosa.

2. POJAM I PRAVNI STATUS AGENCIJSKIH RADNIKA

Rad preko agencija za iznajmljivanje podrazumijeva tri ugovorne strane od kojih je jedna agencija kao ugovorni partner poslodavca, druga je preduzeće kojem je potrebna radna snaga – poslodavac i treća strana je zakupljeni radnik. Zakupljeni radnik je osoba koja je u osnovi dugoročno unajmljena od strane agencije, koja je odgovorna za isplatu plate i plaćanje poreza, te osiguravanje povlastica za tog zaposlenika.[1] S druge strane agencija za iznajmljivanje radnika je organizacija koja se bavi iznajmljivanjem radnika kompanijama koje su njihovi klijenti, odnosno ugovorne strane.[2] Naposljetku, treća strana ovog trouglastog ugovornog odnosa je preduzeće klijent koji unajmljuje radnike od agencije za iznajmljivanje, a koji radnici tom preduzeću klijentu obezbjeđuju potreban rad.[3] Na samom početku razrade ove teme, bitno je spomenuti da se pojmovi najam i posudba radne snage, kako u svakodnevnom, tako i u stručnom jeziku, često neispravno izjednačavaju. Naime, u slučaju privremene potrebe radne snage od strane jednog poslodavca, to iziskuje kratkotrajno rješenje poput posudbe radnika iz drugog preduzeća u svrhu rješavanja određenog posla/zadatka.[4] U tom slučaju, obično se ugovor sklapa na tačno određeni, kraći vremenski period i to sa radnikom, i on biva isplaćen po završetku posla za koji ga je poslodavac namjenski unajmio. Agencijski rad je najčešći u Njemačkoj i omogućava poslodavcu da bude fleksibilniji u smislu broja zaposlenih tokom vrhunca u proizvodnji ili povećanja poslovanja i sl. Iznajmljivanje radnika najčešće pružaju profesionalne agencije za iznajmljivanje, ali u nekim državama mogu ih pružati i poslodavci, npr. unutar korporativne grupe ili partneri u zajedničkom ulaganju.

Na samom početku osnivanja agencija za iznajmljivanje radnika, svaka država se sa time nosila na sebi svojstven način. Kako je naprijed navedeno, u Italiji je poslovanje agencije bilo strogo ograničeno, u Švedskoj su agencije za iznajmljivanje imale potpunu zabranu poslovanja, sve do rušenja monopola države nad dijelom društvenog života koji se odnosi na ponudu i pomoć pri zapošljavanju i donošenju određenih zakonodavnih akata,[5] dok je u Sjedinjenim Američkim Državama Zakonom o poreskoj reformi iz 1984. godine regulisana, između ostalog, sva za njih problema-

[1] C. A. Metzler, “Unemployment Insurance”, *Occasional Paper* 1/1997, U.S. Department of Labor Acting – Secretary of Labor, 9–11, dostupno na: *https://oui.doleta.gov/dmstree/op/op97/op_01-97.pdf.*

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] B. Nystrom, “The Legal Regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden”, *Comparative Labor Law and Policy Journal* 173/2001, 178.

[5] E. Voss *et al*., “The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transition Europe”, *Final Report for the Joint Eurociett / UNI Europa Project*, Hamburg 2016, 167.

tična pitanja u vezi sa pojavljivanjem agencija za iznajmljivanje radnika, a to su finansijske obaveze za zapošljavanje radnika.[6] Agencija ima obavezu plaćanja pripadajućih poreza na platu radnika, te pružanje svih drugih dodatnih pogodnosti, kako to ugovorne stranke odrede. Sve to se ispunjava za određenu naknadu, obično postotak od plate radnika u korist agencije.[7] Preduzeće klijent zadržava pravo da zatraži zamjenu određenog radnika, ukoliko se nije pokazao dobro na povjerenim poslovima, ali ne i da radniku dodijeli otkaz u standardnom obliku kakvom ga poznaje radno pravu.[8]

3. PRAVNO UREĐENJE STATUSA AGENCIJSKIH RADNIKA U PRAVU EU

Prvih nekoliko godina nakon Drugog svjetskog rata zapošljavanje radnika bilo je široko zabranjeno u Zapadnoj Europi, ako ono nije podrazumijevalo nadzor države nad zaposlenjem, i takva zabrana trajala je sve do rušenja monopola države 1960, 1970-ih godina.[9] Posljedično tome, počeli su se javljati fleksibilni oblici rada, a samim time i potreba za njihovim regulisanjem. Kako je zapošljavanje radnika preko agencija za iznajmljivanje jedan od fleksibilnih oblika rada, sve više su se razvijale diskusije na temu pravne regulacije zapošljavanja putem agencija za iznajmljivanje radnika. Tako je 1982. godine donesen prijedlog Direktive,[10] međutim tada nije bio prihvaćen, te se sa novim prijedlogom izašlo tek početkom 1990-ih godina. Tek 2008. godine, služeći se nacrtom iz 2002. godine, postignut je dogovor oko uređenja agencijskog rada i napokon je usvojena Direktiva 2008/104.[11] Usvojeni tekst Direktive bio je kombinacija modela različitih pravnih sistema država članica, a ne izvorno europski. Odredbe Direktive se mogu shvatiti kao srednji put između strožih ali i nekih blažih nacionalnih odredbi. Direktiva je donesena od strane Europskog parlamenta i Vijeća, a odnosi se na radnike koji imaju ugovor o radu sa agencijom za iznajmljivanje radnika koji su dodijeljeni korisničkom preduzeću na privremeni rad pod njihovim nadzorom i vodstvom.[12] Direktiva predstavlja važan

[6] S. S. Coben, “Employee Leasing: Industry in a Time of Change”, *Law Forum* 657/1984, 659–670.

[7] C. A. Metzler, 1.

[8] Vid. Odluka Uprave za unutrašnje prihode Sjedinjenih Američkih Država, 1975-I C.B. 323 IRS.

[9] Vid. *International Labour Organization, Guide to Private Employment Agencies – Regulation, monitoring and enforcement, Skills and Employability Department*, Geneva 2007.

[10] Dostupno na: *http://aei.pitt.edu/12357/*.

[11] S. Laleta, A. Križanović, „Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje u hrvatskom, evropskom i usporednom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci* 1/2015, 307.

[12] G. Thüsing, *European Labour Law*, Beck–Hart –Nomos, Oxford 2013, 98.

iskorak u regulaciji rada agencija za iznajmljivanje radnika za privremeni rad, jer se položaj agencijskih radnika oduvijek smatrao nesigurnim i stoga je razumljivo da im se mora pružiti bolja pravna zaštita.[13] Direktiva uređuje ovu vrstu rada na veoma ekstenzivan način i ostavlja državama članicama dovoljno prostora da po svom izboru unaprijede uslove radnika.[14] Direktiva, teži dvostrukom cilju. S jedne strane, ona zahtijeva da države članice preispitaju ograničenja agencijskog rada, koja se mogu održavati samo na osnovu općeg interesa.[15] S druge strane, Direktiva štiti agencijske radnike. Propisuje da se oni moraju tretirati jednako kao i radnici u preduzeću korisniku, u odnosu na osnovne uslove zapošljavanja propisane u poglavlju II Direktive,[16] te da moraju imati pristup zapošljavanju, kolektivne pogodnosti i mogućnost strukovnog osposobljavanje.[17] Oni takođe imaju pravo biti predstavljeni preko tijela koja zastupaju radnike, bilo u preduzeću ili u agenciji, ili na oba mjesta.[18]

4. KOMPARATIVNO-PRAVNA ANALIZA UREĐENJA AGENCIJSKOG RADA I IMPLEMENTACIJE NAČELA JEDNAKOG TRETMANA

4.1. Pravni status instituta agencijskog rada u Hrvatskoj

U Hrvatskoj je rad preko agencija za iznajmljivanje radnika uređen Zakonom o radu Republike Hrvatske (u daljem tekstu: ZOR RH).[19] Institut rada preko agencija za iznajmljivanje radnika uveden je 2003. godine, a do sada je doživio određene promjene, odnosno liberalizaciju u upotrebi ovog oblika zapošljavanja. Slično kao i u slučaju Njemačke, i u Hrvatskoj je jedna od najznačajnijih promjena u kontekstu rada putem agencija, produženje najdužeg perioda na koje je agencijski radnik mogao biti unajmljen od strane preduzeća korisnika, kao i propisivanje prava na naknadu plate za vrijeme koje agencijski radnik nije ustupljen preduzeću korisniku, već na osnovu ugovora o radu sa agencijom dobija i određenu naknadu, odnosno platu.

[13] I. Schömann, C. Guedes, *Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, 5. Dostupno na: *https://www.etui.org/sites/default/files/R125%20Temp%20agency%20work%20for%20Netlex%20Conf%20Web%20version.pdf*.

[14] I. Sekulovlić, *Modeli zaštite lica radno angažovanih preko agencija za privremeni rad u Europskoj uniji*, 3, dostupno na: *http://www.centaronline.org/userfiles/files/publikacije/FCD-Modeli-zastite-lica-radno-angazovanih-by-Ivan-Sekulovic.pdf*.

[15] Direktiva, čl. 4.

[16] *Ibid*., čl. 5.

[17] *Ibid*., čl. 6.

[18] *Ibid*., čl. 7.

[19] Zakon o radu Republike Hrvatske – ZORRH, *Narodne novine*, br. 94/2014 i 127/2017.

U ZOR HR više nema odredbe prema kojoj je ustupanje agencijskih radnika preduzeću korisniku bilo ograničeno na područje Republike Hrvatske, koja je bila protivna slobodi kretanja radnika kao jednoj od temeljnih sloboda EU, a uklonjeno je i ograničenje prema kojem je agencija mogla obavljati jedino poslove ustupanja radnika pa se danas može baviti i poslovima posredovanja u zapošljavanju radnika što je zapravo usko vezano uz ustupanje. Izmjenom, odnosno ukidanjem ograničavajućih propisa, olakšan je rad agencijama. Poslodavci koji osnuju agenciju za iznajmljivanje radnika oslobođeni su dodatnih formalnosti u vidu osnivanja posebnog pravnog subjekta koji bi služio poslovima posredovanja.[20] Za razliku od prvobitnog stava Njemačke, hrvatsko zakonodavstvo od samog početka regulacije, ne dozvoljava unajmljivanje radnika od strane preduzeća korisnika kao zamjenu za radnike koji su u štrajku (čl. 45. st. 4. t. 1. ZOR RH). Pri obavljanju poslova radi kojih je radnik ustupljen preduzeću korisniku agencija za iznajmljivanje radniku ne smije naplatiti naknadu za njegovo ustupanje korisniku, odnosno naknadu u slučaju da dođe do sklapanja ugovora o radu između ustupljenog radnika i korisnika.[21] U Hrvatskoj je zapošljavanje preko agencija za iznajmljivanje agencijskih radnika u porastu. Broj agencija za privremeno zapošljavanje u evidenciji ministarstva je znatno veći 2020 godine u odnosu na 2019. Imajući u vidu da je 31. decembra 2019. godine bilo evidentirano 255 agencija za privremeno zapošljavanje proizlazi da je u odnosu na tu godinu evidentirano 56 agencija više 2020 godine.[22]

4.2. Pravni status instituta agencijskog rada u Srbiji

Kada je riječ o zakonodavstvu Republike Srbije, pozitivni propisi koji uređuju oblast radnog prava, prvenstveno Zakon o radu Republike Srbije,[23] poznaju samo ugovorne odnose između zaposlenog i poslodavca, slično kao u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: BiH), dok pitanje angažovanja radnika preko agencije za privremeno zapošljavanje, ostavljaju neregulisanim. Uvođenje zakonskog okvira za rad preko agencija 2019. godine, izvršeno je usaglašavanje radnog zakonodavstva Republike Srbije sa međunarodnim standardima Međunarodne organizacije rada i EU. Ovim zakonom vrši se usklađivanje kako sa navedenom konvencijom

[20] N. Novaković, „Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje“ *Časopis Radno Pravo* 10/2013, 12.

[21] *Ibid.*, čl. 44. st. 6.

[22] *Analiza prikupljenih podataka o radu agencije za privremeno zapošljavanje*, Ministarstvo rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike, Zagreb 2021. Dostupno na: *http://apzp.mrms.hr/Izvjesce_2020.pdf*.

[23] Zakon o radu Republike Srbije – ZORRS, *Službeni* glasnik *Republike Srbije*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017.

i Preporukom 188 tako i sa Direktivom 2008/104 o radu preko agencija za privremeno zapošljavanje i drugim direktivama koje sadrže odredbe koje se odnose na agencijske radnike (ustupljene zaposlene), kao što su direktive 91/383,[24] 96/71[25] i 533/91.[26] Iako naprijed navedeni dokumenti ne predviđaju obaveznost donošenja posebnog zakona o agencijama za privremeno zapošljavanje, argument koji ide u prilog tome izvodi se iz pretpostavke da bi se jasnim definisanjem agencija za privremeno zapošljavanje i preciziranjem uslova za njihov rad, znatno poboljšao i njihov položaj.

5. ZAKONODAVNA REGULACIJA INSTITUTA AGENCIJSKOG RADA U BOSNI I BERCEGOVINI I NJEGOVA PRAKTIČNA PRIMJENA

5.1. Konvencija 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje

Konvencija Međunarodne organizacije rada (u daljem tekstu: MOR) o privatnim agencijama za zapošljavanje[27] donijeta je 1997. godine na sjednici održanoj u junu. Osnovni motivi i razlozi za donošenje ove konvencije bili su fleksibilizacija na tržištu rada kao i zaštita radnika od protupravnog postupanja i zloupotrebe.

Pod pojmom privatnih agencija za zapošljavanje, Konvencija podrazumijeva i agencije za privremeno zapošljavanje.[28] Konvencija izričito zabranjuje zapošljavanje djece putem privatnih agencija za zapošljavanje, pa tako i putem agencija za privremeno zapošljavanje. Također, zabranjuje da agencije izravno ili neizravno naplaćuju svoje usluge radnicima, a iznimke se mogu dopustiti za posebne kategorije radnika uz obavezno konsultovanje sa predstavnicima radnika i poslodavaca. BiH je jedna od država koje su ratificirale Konvenciju 181.

Država koja ratificira Konvenciju mora poduzeti potrebne mjere kako bi osigurala odgovarajuću zaštiti privremenih radnika preko agencija za

[24] Direktiva Vijeća 91/383/EEZ o dopunama mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu radnika u radnom odnosu na određeno vrijeme ili privremenom radnom odnosu, 25. juni 1991. Službeni list EU L 206/19 od 28. Juna 2007, br. 63.

[25] Direktiva 96/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, 16. decembar 1996, Službeni list Europske Unije L 018/1 od 9. jula 2018, br. 173.

[26] Direktiva Vijeća 91/533/EEZ o obvezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor o radu ili radni odnos, 14. oktobar 1991, Službeni list EU L 288/32, br. 64.

[27] Konvencija o privatnim agencijama za zapošljavanje br. 181 (dalje: Konvencija 181), donijeta od strane Međunarodne organizacije rada 1997. godine.

[28] K. Čujko, „Agencije za privremeno zapošljavanje“, *Časopis za pravna i društvena pitanja* 79/2004, 4.

privremeno zapošljavanje, a u vezi sa slobodnim udruživanjem, kolektivnim pregovaranjem, minimalnom platom, radnim vremenom i drugim uslovima rada, zakonskim davanjima iz socijalne sigurnosti, pristupom obuci, sigurnost i zdravlje na radu, nadoknada u slučaju nesreće na radu ili bolesti, naknadu u slučaju insolventnosti i zaštitu zahtjeva radnika, zaštitu porodilja te roditeljsku zaštitu i beneficije.[29] Također, države moraju poduzeti mjere kako bi osigurale prava radnika u vezi sa zabranom diskriminacije kao i zaštitom privatnosti radnika u prikupljanju, obrađivanju i pohranjivanju njihovih ličnih podataka. Uz sve naprijed navedeno, predviđa se i saradnja sa javim službama zapošljavanja u svrhu analize stanja i planiranja strategije zapošljavanja. Saradnja posebno predviđa obavezu agencija da nadležnim tijelima ustupe potrebne podatke koji se odnose na zapošljavanje.[30]

5.2. Izostanak pravne regulacije instituta agencijskog rada u zakonodavstvu BiH i obaveza poštivanja Konvencije 181 od strane BiH

Kada je riječ o radno-pravnom okviru BiH, zakonima o radu, pojam privremenog zapošljavanja putem agencija za iznajmljivanje nije regulisan. Dakle, u Zakonu o radu FBiH (u daljem tekstu: ZOR FBiH) ne postoji definicija instituta privremenog zapošljavanja, kao ni ustupanja radnika. Međutim, iako ZOR FBiH ne sadrži odredbe o radu putem agenncija za iznajmljivanje, Klasifikacija djelatnosti BiH iz 2010 godine,[31] poznaje pod šifrom 78.20 djelatnost za Agencije za privremeno zapošljavanje. S druge strane, BiH je ratificirala MOR-ovu Konvenciju o privatnim agencijama za zapošljavanje, broj 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. S 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.[32] Također se predviđa saradnja s javnim službama zapoš-

[29] J. D. R. Craig, S. M. Lynk, *Globalization and the Future of Labour Law,* Cambridge University Press, Edinburgh 2006, 208.

[30] Vidi: K. Čujko.

[31] Klasifikacija djelatnosti Bosne i Hercegovine, dostupno na: *3.Klasifikacija djelatnosti BiH 2010, 59_10, HRV.pdf.*

[32] Čl. 8. st. 2. Konvencije 181.

ljavanja 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.[33] Shodno naprijed navedenom, vrlo jasno su uočljivi određeni propusti i nelogičnosti u vezi sa primjenom instituta agencijskog rada na području BiH. Zakoni o radu FBiH, Republike Srpske i Brčko distrikta 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 FBiH, 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 preduzeća korisnike za „rad na crno” ne priznavajući institut agencijskog rada zbog njegove neregulacije u ZOR FBiH.

U nastavku će biti analiziran slučaj u kome je praktična primjena instituta agencijskog rada, za preduzeće korisnika okarakterisana kao rad na crno od strane Kantonalne uprave za inspekcijske poslove.

5.3. Apelacija Ustavnom sudu BiH u predmetu *Veritas Automotive*[34]

Kao što je prethodno rečeno, s obzirom na to da je zakonska regulacija agencijskog rada izostala iz radnog zakonodavstva u BiH, to praktična primjena instituta agencijskim radnicima ne pruža pravnu sigurnost jer nadležni organi koji prate i kontrolišu zakonitost rada ne uzimaju u obzir međunarodni akt kojim je primjena ovog instituta dozvoljena i zakonita u BiH, te se isključivo oslanjaju i pozivaju na zakonsku neregulaciju. Upravo zbog toga, predmetni slučaj je važan jer je Sud iznio pozitivan stav po pitanju praktične primjene agencijskog rada u BiH, te naglasio rad preko agencija za iznajmljivanje ne predstavlja rad na crno.

U konkretnom predmetu, kompanija koja se bavi prodajom autodijelova i opreme zaključila je ugovor o angažiranju radne snage sa kompanijom 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, ovaj je sačinio zapisnik, te utvrdio da je u pitanju rad na crno, jer radnici koji su bili na licu mjesta nemaju zaključen ugovor sa kompanijom u čijim prostorijama obavljaju rad, dok ZOR FBiH ne poznaje institut ustupanja radnika.

[33] Preambula Konvencije 181.

[34] Veritas Automotive d.o.o. Sarajevo, AP 809/19 od 10. novembra 2020, Ustavni sud BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 79/20.

Inspektor je nakon toga, Općinskom sudu u Sarajevu podnio zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka protiv apelanta zbog prekršaja iz čl. 4 ZOR FBiH, u vezi sa čl. 170.[35] Dakle, inspektor je polazio od pretpostavke da sve što nije ZOR FBiH dozvoljeno, zabranjeno je i predstavlja protupravnu radnju. Općinski sud je u obrazloženju naveo da je analizom i ocjenom provedenih dokaza utvrdio da je apelant učinio prekršaj za koji se terete, a što je sud prepoznao kao rad na crno jer kada su u pitanju poslovi iz redovne djelatnosti za koje je privredni subjekt registrovan, moraju biti zaključeni ugovori o radu između privrednog subjekta i radnika koji obavlja redovne djelatnosti kod tog poslodavca.[36] Apelant je izjavio žalbu protiv Rješenja Općinskog suda, a koja je odbijena kao neosnovana Rješenjem Kantonalnog suda.[37] U žalbi je, između ostalog, 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 181. konvencijom [38]

Naposljetku, apelant upućuje apelaciju Ustavnom sudu BiH, u kojoj 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 od 19. novembra 2008. godine. Dalje je istakao da Direktiva broj 2008/104/EZ predstavlja sekundarni izvor prava i da je ona dio pravne stečevine Evropske unije i da ona upravo dozvoljava privrednim društvima da se bave ustupanjem radnika sa stručnim znanjem drugim društvima za njihove potrebe, te da na taj način ostvaruju dobit. Pored toga, Konvencija 181. Međunarodne organizacije rada od 19. juna 1997. godine definisala je i regulisala primjenu instituta ustupanja radnika.

Apelant je smatrao da su redovni sudovi proizvoljno tumačili smisao i svrhu odredaba ZOR FBiH u vezi sa čl. 4. i 5. koje je propisao zakonodavac sa ciljem da se spriječi „rad na crno“. Kako apelant dalje ističe, u konkretnom slučaju on nema nikakav odnos sa zatečenim radnicima, već u apelantovim prostorijama u ime i za račun poslodavca navedena lica obavljaju poslove na osnovu važećeg obligacionog ugovora između pravnih lica, te se plaćanja vrše po osnovu ugovora isključivo između pravnih lica

[35] *Ibid*., par. 5.
[36] *Ibid*., par. 9.
[37] Rješenje Kantonalnog suda br. 65 0 Pr 693371 18 Pžp od 20. decembra 2018. godine.
[38] AP 809/19, par. 14.

na ime izvršenih usluga, što znači da sva zakonska prava u smislu zdravstvenog i penzijskog osiguranja radnicima uplaćuje kompanija Prevent Direkt.

Ustavni sud je istakao da je u konkretnom postupku utvrđeno da je apelantu davalac usluge ustupio 56 radnika da u njegovim prostorijama obavljaju posao za njega, ali da te radnike za obavljanje poslova plaća 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.[39] Ustavni sud je našao shodnim napomenuti da ZOR FBiH 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.[40] 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.[41] 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.[42] Zaključak Ustavnog suda, na osnovu naprijed navedenog, je da nema osnova za tvrdnju nadležnih organa da su ustupljeni radnici radili nezakonito.

Dalje, član 170. stav 1. ZOR FBiH predviđa kaznu ako se ne zaključi ugovor o radu, ali i drugi kumulativni uvjet – ako se ne izvrši prijava na obavezno osiguranje. Nadalje, Ustavni sud ističe da iz člana 4. stav 2. ZOR FBiH proizlazi da se ugovor o radu vezuje za prijavljivanje radnika i plaćanje obaveza propisanih zakonom (nakon zaključivanja ugovora o radu poslodavac je dužan prijaviti radnika na obavezno osiguranje u skladu sa

[39] AP 809/19, par. 40. i 41.
[40] *Ibid*., 44.
[41] *Ibid*.
[42] *Ibid*.

zakonom – penzijsko i invalidsko osiguranje, zdravstveno i osiguranje za slučaj nezaposlenosti). Dakle, za postojanje bića prekršaja iz člana 170. stav 1. ZOR FBiH suština je da je ispunjen i drugi kumulativni uvjet, to jeste da je plaćeno osiguranje. U konkretnom slučaju uopće nije bilo sporno da se ustupljenim radnicima plaća obavezno osiguranje.

Također, Ustavni sud je naveo da se Konvencija 181, u stvari, primjenjuje putem Odluke o klasifikaciji djelatnosti BiH iz 2010. prema kojoj je dozvoljeno ustupanje radnika bez uvjeta da li se radi o osnovnoj djelatnosti društva ili ne. Pored toga, zakoni o klasifikaciji djelatnosti u BiH i u Federaciji BiH propisuju da se klasifikacija djelatnosti mora usklađivati sa međunarodnim standardima u oblasti rada (član 5, odnosno član 4. navedenih zakona). Između ostalog, zaključak Ustavnog suda jeste da je prekršeno apelantovo pravo iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, jer su redovni sudovi arbitrarno tumačili obaveze BiH i njenih organa prema Konvenciji 181.

Iz prezentirane apelacije i odluke Ustavnog suda, jasno se može vidjeti šta u praksi znači naprijed navedena teza da institut agencijskih radnika u BiH predstavlja „sivu zonu”. S obzirom na to da zakonski nije regulisan, no shodno ratificiranoj Konvenciji MOR-a, primjeniv – vrlo često može dovesti do konfuzije usljed rigidnog tumačenja Zakona o radu, i vođenja principom da sve što nije zakonom dozvoljeno je zabranjeno.

6. UMJESTO ZAKLJUČKA

U slučaju eventualne usklađenosti, odnosno regulisanja instituta agencijskog rada u domaćem zakonodavstvu, a shodno Konvenciji 181 i Direktivi 2008/104, znatno bi se u radnom zakonodavstvu razvila fleksibilnost rada koju trenutni zakoni na teritoriji BiH ne poznaju.

Zakonska regulacija instituta agencijskog rada doprinijela bi većoj zaposlenosti i angažmanu većeg broja radnika na različitim poslovima. Agencija za iznajmljivanje, shodno zakonima o privrednim društvima Federacije BiH, Republike Srpske, Brčko distrikta, bila bi pravno lice koje zasniva radni odnos sa radnikom u cilju njegovog ustupanja preduzeću korisniku radi obavljanja poslova pod njegovim nadzorom i rukovođenjem. S obzirom na to da Konvencija 181, čija je jedna od potpisnica i BiH, daje okvir državama članicama u kome bi se trebale kretati pri donošenju zakona koji reguliše institute agencijskog rada ili smjernice za eventualne izmjene i dopune postojećih zakona o radu, naš zakonodavac bi bio slobodan detaljnije urediti agencijski rad shodno domaćem zakonodavstvu. To daje mogućnost domaćem zakonodavcu da rad agencijskih radnika prilagodi već postojećim zakonima, kao i samim potrebama tržišta. U tom smislu bi trebalo doći do izmjena i dopuna zakona o radu u BiH, u smislu

inkorporacije agencijskog rada u odredbe već postojećih zakona o radu, kako je to urađeno u mnogim uporednim zakonodavstvima. Odredbe zakona o agencijskom radu bile bi orijentisane ka regulisanju zasnivanja ugovora o radu, tačno definisanih vrsta poslova za koje će se agencijski radnik ustupati, kao i tačno definisanom sadržaju uputa za rad kod kompanije korisnika. Upute su bitan dio ugovora o radu, a u kontekstu institute agencijskog rada sadržavale bi naziv i mjesto kompanije korisnika, naziv i opis poslova na koje bi agencijski radnik bio postavljen, trajanje ustupanja i osnov ustupanja, utvrđivanje plate, radnog učinka, uvećanja primanja, i slično, uz sve druge uobičajene obavezne elemente ugovora o radu.

Nadalje, odredbe o agencijskom radu trebale bi sadržavati i detaljniju regulaciju ugovora o ustupanju radnika u slučaju upućivanja radnika u drugu državu. Također, od države članice zavisi i to koja ograničenja će propisati u slučaju ustupanja radnika, kao što je Direktiva propisala zabranu unamljivanja radnika korisniku preduzeću u svrhu zamjene radnika koji su u štrajku. S obzirom na to da ovaj institut nikada nije pravno regulisan zakonima u BiH, odredbe o određenim ograničenjima ustupanja agencijskih radnika, doprinijeli bi boljem razumijevanju cilja i svrhe uvođenja agencijskog rada u zakonodavstvo BiH. Iako zakoni o radu u BiH propisuju uslove rada za radnike pri zasnivanju standardnog radnog odnosa, u poglavlju zakona koji bi regulisao agencijski rad, trebale bi se nalaziti odredbe koje regulišu uslove rada ustupljenog radnika koje podrazumijevaju odredbe o odmorima, dnevnim, sedmičnim, godišnjim, o platama, određenim zabranama, otkazu o radu i slično. Također, neizostavan dio regulacije agencijskog rada jesu i odredbe o obavezama preduzeća korisnika, a što bi pružilo dodatnu zaštitu agencijskim radnicima i stavilo ih u jednak rang, u pogledu prava, sa standardno zaposlenim radnicima. Kako je naprijed navedeno i kroz praksu sudova pokazano, vrlo problematičan aspekt agencijskog rada je pitanje odgovornosti i naknade štete u slučaju povrede agencijskog radnika, pa su i odredbe koje regulišu takvu situaciju neophodne radi uređenja i utvrđivanja odgovornosti jedne od strana, agencije za iznajmljivanje ili preduzeća korisnika uz utvrđivanje eventualne krivice radnika u nastanku povrede.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Coben, Sheldon S. “Employee Leasing: Industry in a Time of Change”, *Law Forum* 657/1984;
2. Craig, John D. R., Lynk, Stanley Michael, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, Edinburgh 2006;

3. Čujko, Kristijan, „Agencije za privremeno zapošljavanje“, *Časopis za pravna i društvena pitanja* 79/2004;
4. Laleta, Sandra, Križanović, Anamarija, „Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje u hrvatskom, evropskom i usporednom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci*, 1/2015;
5. Metzle, Cynthia A., “Unemployment Insurance”, *Occasional Paper* 1/1997, U.S. Department of Labor Acting – Secretary of Labor, 9–11, dostupno na: *https://oui.doleta.gov/dmstree/op/op97/op_01-97.pdf*;
6. Novaković, Nataša, „Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje“ *Časopis Radno Pravo* 10/2013;
7. Nystrom, Brigitta, “The Legal Regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden”, *Comparative Labor Law and Policy Journal* 173/2001;
8. Schömann, Isabelle, Guedes, Coralie, *Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, Report 125, European Trade Union Institute, Brussels 2012;
9. Sekulovlić, Ivan, *Modeli zaštite lica radno angažovanih preko agencija za privremeni rad u Europskoj uniji*, 3, dostupno na: *http://www.centaronline.org/userfiles/ files/publikacije/FCD-Modeli-zastite-lica-radno-angazovanih-by-Ivan-Sekulovic.pdf*;
10. Thüsing, Gregor, *European Labour Law*, Beck–Hart –Nomos, Oxford 2013;
11. Voss, Eckhard *et al*., “The Role of Temporary Agency Work and Labour Market Transition Europe”, *Final Report for the Joint Eurociett/ UNI Europa Project*, Hamburg 2016.

Pravni propisi

1. Zakon o radu Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 26/16, 89/18 i 31/20;
2. Zakon o radu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 94/2014 i 127/2017;
3. Zakon o radu Republike Srbije, Službeni *glasnik Republike Srbije*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017.
4. Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 1/2016, 66/2018, 91/2021, 119/2021.

Izvori prava Europske unije

1. Direktiva Vijeća 91/383/EEZ o dopunama mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu radnika u radnom odnosu na određeno vrijeme ili privremenom radnom odnosu, 25. juni 1991. Službeni list EU L 206/19 od 28. juna 2007, br. 63;
2. Direktiva 96/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, 16. Decembar 1996, Službeni list Europske *Unije* L 018/1 od 9. jula 2018, br. 173;

3. Direktiva Vijeća 91/533/EEZ o obvezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor o radu ili radni odnos, 14. oktobar 1991, Službeni list EU L 288/32, br. 64;
4. Konvencija o privatnim agencijama za zapošljavanje br. 181.

Izvještaji

1. *Analiza prikupljenih podataka o radu agencije za privremeno zapošljavanje*, Ministarstvo rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike, Zagreb 2021;
2. International Labour Organization, Guide to Private Employment Agencies – Regulation, monitoring and enforcement, Skills and Employability Department, Geneva 2007;
3. Odluka Uprave za unutrašnje prihode Sjedinjenih Američkih Država U vlč. Rul. 75-41, 1975-I C.B. 323 IRS;
4. Rješenje Kantonalnog suda br. 65 0 Pr 693371 18 Pžp od 20. decembra 2018. godine;
5. Veritas Automotive d.o.o. Sarajevo, AP 809/19 od 10. novembra 2020, Ustavni sud BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 79/20.

Teaching Assistant Armina Čunjalo, LL.M.

Faculty of Law, University of Zenica

AGENCY WORK: DISCREPANCY BETWEEN INTERPRETATION OF THE INSTITUTE AND ITS PRACTICAL APPLICATION

Summary

Globalization and the development of law inevitably entail the emergence of certain specificities and the need to create something new. The appearance of the so-called agency workers in the field of labor law opened numerous questions that needed and still need to be answered. Before agency workers and the term agency work first appeared, the employment relationship was concluded exclusively between the employer and the employee. The situation changed with the introduction of a third entity–an agency for the temporary employment of workers. Therefore, it has become necessary to define the relations between the worker and the mediation agency, the mediation agency and the user's company, and between the user's company and the worker, and to regulate these relations. The aim of the research is to determine the extent of divergence in practice between national legislations and their application with Directive 2008/104/EC on temporary agency workers. The comparative law method will show to what degree agency work facilitates business operations for

companies, users, and workers, which will answer the question of the expediency of a labor-law institute of agency work. In connection with that, and considering the closedness and inflexibility of labor legislation in Bosnia and Herzegovina, the paper will also describe the practice of incomplete and incorrect interpretation of legal norms and point to a significant gap which is left between legal regulation of a particular institute and its practical application. The author of the paper will show the danger of incorrect interpretation of norms and the repercussions that such an interpretation can have on the development and creation of rights.

Key words: Agency work; Interpretation; International law; National legislation; European labor law.

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У ЗБОРНИКУ РАДОВА „ПРАВО ИЗМЕЂУ СТВАРАЊА И ТУМАЧЕЊА“, У ЧЕТИРИ ТОМА

СА XI. НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА

који је одржан 5. новембра 2022. год. на Палама

(по азбучном реду, са назнаком државе из које су)

1. Амповска, Марија, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев” у Штипу, Сјеверна Македонија;
2. Алиходић, Јасмина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
3. Бејатовић, Станко, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
4. Беванда, Марко, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
5. Благић, Драган, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
6. Боланча, Драган, редовни професор Правног факултета Универзитета у Сплиту, Република Хрватска;
7. Боранијашевић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
8. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
9. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
10. Бановић, Божидар, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
11. Васиљевић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
12. Васиљевић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, , Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Вековић, Владимир, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
14. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
15. Вујовић, Огњен, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
16. Вуковић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;

17. Вучић, Михајло, виши научни сарадник, Институт за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
18. Говедарица, Младенка, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
19. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
20. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
21. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
22. Дајовић, Горан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
23. Дамјановић, Драгана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
24. Дамјановић, Јелена, ванредни професор Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
25. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета и Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
26. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
27. Димитријевић, Душко, научни савјетник Института за међународну политику и привреду, Београд, Република Србија;
28. Димитријевић, Марина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
29. Димић, Сузана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
30. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
31. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
32. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
33. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
34. Дураковић, Анита, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
35. Ђерић, Бранко, редовни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;

36. Ђокић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
37. Ђорђевић, Славко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
38. Ђурђић Милошевић, Тамара, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
39. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
40. Ђурић, Владимир, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
41. Етински, Родољуб, редовни професор Правног факултета Универзитета Доња Горица, Црна Гора;
42. Илић Попов, Гордана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
43. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
45. Јовановић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
46. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
47. Јотановић, Раденко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
48. Камбовски, Игор, Редовни професор Правног факултета Универзитета "Гоце Делчев" у Штипу, Сјеверна Македонија;
49. Карбоне, Маријатереза, редовни професор Универзитета „Велика Грчка” у Катанцару, Република Италија;
50. Каћаће, Симона, доцент Правног факултета Универзитета у Бреши, Италија;
51. Кнежевић, Марко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија; 1
52. Кнежевић, Саша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија
53. Ковачевић, Дарко, ванредни професор Филозофског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
54. Костић, Милан, редовни професор Економског факултета у Крагујевцу, Република Србија;
55. Краљић, Сузана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Марибору, Република Словенија;
56. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

57. Крешић, Борис, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина;
58. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
59. Кривокапић, Борис, редовни професор, Пословни и Правни факултет Универзитета „МБ“ Београд, Република Србија, Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, Руска Федерација;
60. Крстић, Новак, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
61. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
62. Лалић, Велибор, ванредни професор Факултета безбједности Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
63. Лалић, Срђан, ванредни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
64. Лепетић, Јелена, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
65. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Италија;
66. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
67. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
68. Лукић, Радомир В., редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
69. Мариловић, Ђорђе, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
70. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
71. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
72. Марковић, Сузана, доцент Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
73. Матић Матешковић, Инес, доцент Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
74. Медар, Сузана, доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија;
75. Мезеи, Питер, редовни професор Факултета правних и политичких наука Универзитета у Сегедину, Република Мађарска;
76. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
77. Миладиновић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;

78. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
79. Милотић, Иван, ванредни пофесор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
80. Миљковић, Страхиња, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија
81. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
82. Мишкић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Млинаревић, Предраг, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
84. Мораит, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
85. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;
86. Надаждин Дефтердаревић, Мирјана, редовни професор, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
87. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
88. Новаковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија
89. Онида, Пјетро Паоло, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
90. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
91. Павловић, Гојко, доцент, Истраживачки центар, Бања Лука, Босна и Херцеговина, Република Српска;
92. Палачковић, Душица, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
93. Пена, Урош, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
94. Перић Ковачевић, Слободанка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
95. Перишић Ћеранић, Јелена, научни савјетник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
96. Петковић, Игор, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
97. Петров, Владан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;

98. Петровић, Борислав, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина;
99. Петровић, Стојана, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
100. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
101. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија
102. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
103. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
104. Прлаиновић Јовић, Олга, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
105. Радивојевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
106. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
107. Радуловић, Срђан, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
108. Радојевић, Мијодраг, научни сарадник, Институт за политичке студије, Београд, Република Србија;
109. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
110. Ракић, Бранко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
111. Раковић, Ђорђе, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Реублика Српска;
112. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска; 2
113. Ринолфи, Кристијана, доцент Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија;
114. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
115. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
116. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
117. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;

118. Сакоћио, Антонио, редовни професор Правног факултета Универзитета „Сапјенца“ у Риму, Италија;
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. Старчевић, Јелена, доцент, Педагошки факултет у Бијељини Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
124. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Република Србија;
125. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
126. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Тешић, Ненад, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
128. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;
129. Тузов, Данил Олегович, ванредни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Виша школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
130. Тупеша, Ненад, Редовни професор Православног богословског факултета „Свети Василије Острошки“ у Фочи, Универзитта у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
131. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
132. Хаџић, Мехмед, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
133. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
134. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
135. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија
136. Човић, Ана, Виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;

137. Чолаковић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;
138. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
139. Џафче, Сејдефа, редовни професор Правног факултета и политичких наука Универзитета АУЕ–ФОН, Сјеверна Македонија;
140. Шаула, Валерија, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
141. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;
142. Шокињов, Стефан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија.

LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN PROCEEDINGS "LAW BETWEEN CREATION AND INTERPRETATION" IN FOUR VOLUMES WITH XI SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE DAY OF THE FACULTY OF LAW

which was held on November 5, 2022. at Pale

(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)

1. Academician Full Professor Bejatović, Stanko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
2. Academician Full Professor Petrović, Borislav, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
3. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
4. Full Professor Antonio Saccoccio, PhD, Faculty of Law, University of "Sapienza" Rome, Republic of Italy;
5. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
6. Full Professor Bevanda, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
7. Full Professor Bolanča, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Split, Republic of Croatia;
8. Full Professor Boranijašević, Vladimir, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
9. Full Professor Brković, Radoje, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
10. Full Professor Banović, Božidar, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade, Republic of Serbia;
11. Full Professor Carbone, Mariateresa, PhD, Magna Graecia University of Catanzaro, Republic of Italia;
12. Full Professor Dimitrijević, Marina, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
13. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
14. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
15. Full Professor Đerić, Branko, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
16. Full Professor Đorđević, Slavko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

17. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
18. Full Professor Etinski, Rodoljub, PhD, Faculty of Law, University of Donja Gorica, Montenegro;
19. Full Professor Ilić-Popov, Gordana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
20. Full Professor Jašarević, Senad, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
21. Full Professor Jovanović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
22. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
23. Full Professor Knežević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
24. Full Professor Knežević, Saša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia,
25. Full Professor Kostić, Milan, PhD, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
26. Full Professor Kraljić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Maribor, Republic of Slovenia;
27. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
28. Full Professor Krivokapić, Boris, PhD, Faculty of Business and Law, „MB" University, Belgrade, Republic of Serbia; Law Faculty, Samara National University „S. P. Korolev", Samara, Russian Federation;
29. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
30. Full Professor Lobrano, Giovanni, PhD, Pontifical Catholic University of Peru, University of Sassari, Republic of Italy;
31. Full Professor Lončar, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
32. Full Professor Lukić, Radomir V., PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
33. Full Professor Marković, Goran, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
34. Full Professor Marković, Ivanka, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
35. Full Professor Mezei, Péter, PhD, University of Szeged, Hungary;
36. Full Professor Miladinović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
37. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
38. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

39. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
40. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
41. Full Professor Nadaždin Defterdarević, Mirjana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
42. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
43. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
44. Full Professor Palačković, Dušica, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
45. Full Professor Pena, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
46. Full Professor Perić Kovačević, Slobodanka, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
47. Full Professor Petrov, Vladan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
48. Full Professor Planojević, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
49. Full Professor Popović, Dušan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
50. Full Professor Prlainović Jović, Olga, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, 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 Radivojević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
54. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
55. Full Professor Rakić, Branko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
56. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
57. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
58. Full Professor Sejdefa Džafče, PhD, Faculty of Law and Political Science, AUE-FON University, Skopje, Republic of North Macedonia;

59. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
60. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
62. Full Professor Šaula, Valerija, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
63. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
64. Full Professor Šokinjov, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia.
65. Full Professor Tupeša, Nenad, PhD, St. Vasilije Ostroški Faculty of Orthodox Theology in Foča, University of East Sarajevo, 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 Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
68. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
69. Full Professor, Principal Research Fellow Ćeranić Perišić, Jelena, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
70. Associate Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
71. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
72. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
73. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
74. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Dajović, Goran, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
76. Associate Professor Damjanović, Jelena, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
77. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

78. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
79. Associate Professor Dimić, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
80. Associate Professor Dragan Gocevski, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Nort Macedonia;
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 Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Govedarica, Mladenka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
86. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
87. Associate Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
88. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
89. Associate Professor Jotanović, Radenko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
90. Associate Professor Kovačević, Darko, PhD, Faculty of Philosophy, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
91. Associate Professor Krstić, Novak, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic Of Serbia,
92. Associate Professor Krešić, Boris, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
93. Associate Professor Lalić, Srđan, PhD, Faculty of Economics Brčko, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
94. Associate Professor Lalić, Velibor, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

95. Associate Professor Lepetić, Jelena, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
96. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
97. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
98. Associate Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
99. Associate Professor Miljković, Strahinja, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
100. Associate Professor Mlinarević, Predrag, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
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 Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
104. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
105. Associate Professor Raković, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
109. Associate Professor Stanković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
110. Associate Professor Tešić, Nenad; PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
111. Associate Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
112. Associate Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
113. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

114. Associate Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
115. Associate Professor Vuković, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
116. Senior Research Fellow Čović, Ana, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
117. Senior Research Fellow Dimitrijević, Duško, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Đurić, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
120. 119. Senior Research Radojević, Mijodrag, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
121. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
122. Assistant Professor Cacace, Simona, Faculty of Law, University of Brescia, Italy;
123. Assistant Professor Čelić, Duško, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
124. Assistant Professor Damjanović, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
125. Assistant Professor Đurđić Milošević, Tamara, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, 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 Kreštalica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
128. Assistant Professor Marilović, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
129. Assistant Professor Marković, Suzana, PhD, Faculty of Business Economics, 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 Medar, Suzana, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
132. Assistant Professor Miškić, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
133. Assistant Professor Pavlović, Gojko, PhD, Research Center, Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Petković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

135. Assistant Professor Petrović, Stojana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
136. Assistant Professor Radulović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
137. Assistant professor Rinolfi, Cristiana, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy
138. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
139. Assistant Professor Tot, David, PhD, Faculty of Law, University of of Pécs, Hungary;
140. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
141. Assistant Professor Vasiljević, Dragana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
142. 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)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Право између стварања и тумачења" (11 ; Пале ; 2022)
Зборник радова "Право између стварања и тумачења" = Collection of papers "Law Between Creation and Interpretation". Том I = Vol. I / XI Научни скуп поводом Дана Правног факултета, Међународни научни скуп одржан 5. новембра 2022. год. на Палама ; [организатор] Универзитет у Источном Сарајеву, Правни факултет и [суорганизатори] 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 ; [коуредници Димитрије Ћеранић ... и [др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2023 (Лакташи : Графомарк). - XIX, 574 стр. ; 25 cm

На спор. насл. стр.: Collection of papers "Law Between Creation and Interpretation". - Текст на срп. и енгл. језику. - Текст ћир. и лат. - Тираж 80. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-99938-57-77-8

COBISS.RS-ID 139232257