

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП

„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА  
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”

**ЗБОРНИК РАДОВА**

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП

„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА  
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”

**ZBORNİK RADOVA**

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

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

**CONFERENCE PROCEEDINGS**



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

УЗ ПОДРШКУ :  
UZ PODRŠKU :  
WITH SUPPORT :



ПАРТНЕРИ КОНФЕРЕНЦИЈЕ :  
PARTNERI KONFERENCIJE :  
CONFERENCE PARTNERS :





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



ISSN 2831-1310

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП  
„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА  
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”  
**ЗБОРНИК РАДОВА**  
**Година III, Бања Лука, број 3 (2023)**  
**Том I**

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP  
„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA  
PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”  
**ZBORNİK RADOVA**  
**Godina III, Banja Luka, broj 3 (2023)**  
**Tom I**

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE  
“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT  
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”  
**CONFERENCE PROCEEDINGS**  
**Year III, Banja Luka, No. 3 (2023)**  
**Vol. I**

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

ИЗДАВАЧ:

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

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Проф. др Жељко Мирјанић

УРЕДНИЦИ:

Проф. др Игор Милинковић  
Доц. др Бојан Влашки  
Доц. др Мирјана Мишкић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК:

Санда Гверо, ма

ЛЕКТУРА:

Проф. др Дијана Зрнић  
Проф. Драгана Милинчић

ШТАМПА:

Графид д.о.о. Бања Лука

ЗА ШТАМПАРИЈУ:

Бранислав Иванковић

Тираж: 100

НАУЧНИ ОДБОР:

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

ОРГАНИЗАЦИОНИ ОДБОР:

Проф. др Жељко Мирјанић, декан  
Проф. др Зоран Васиљевић, продекан за наставу  
Доц. др Бојан Влашки, продекан за научно-истраживачки рад  
Проф. др Игор Милинковић  
Проф. др Милијана Буха  
Доц. др Мирјана Мишкић  
Игор Поповић, ма

СЕКРЕТАРИЈАТ:

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

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

IZDAVAČ:

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

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK:

Prof. dr Željko Mirjanić

UREDNICI:

Prof. dr Igor Milinković

Doc. dr Bojan Vlaški

Doc. dr Mirjana Miškić

TEHNICKI UREDNIK:

Sanda Gvero, ma

LEKTURA:

Prof. dr Dijana Zrnić

Prof. Dragana Milinčić

ŠTAMPA:

Grafid d.o.o. Banja Luka

ZA ŠTAMPARIJU:

Branislav Ivanković

Tiraž: 100

#### NAUČNI ODBOR:

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

#### ORGANIZACIONI ODBOR:

Prof. dr Željko Mirjanić, dekan  
Prof. dr Zoran Vasiljević, prodekan za nastavu  
Doc. dr Bojan Vlaški, prodekan za naučno-istraživački rad  
Prof. dr Igor Milinković  
Prof. dr Milijana Buha  
Doc. dr Mirjana Miškić  
Igor Popović, ma

#### SEKRETARIJAT:

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

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

PUBLISHER:

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

EDITOR IN CHIEF:

Prof. Željko Mirjanić, PhD

EDITORS:

Prof. Igor Milinković, PhD  
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD  
Asst. Prof. Mirjana Miškić, PhD

TECHNICAL EDITOR:

Sanda Gvero, MA

PROOFREADING:

Assoc. Prof. Dijana Zrnić, PhD  
Prof. Dragana Milinčić

PRINT:

Grafid d.o.o. Banja Luka

FOR PRINT:

Branislav Ivanković

Edition: 100



SCIENTIFIC COMMITTEE:

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

ORGANIZING COMMITTEE:

Prof. Željko Mirjanić, PhD, Dean  
Prof. Zoran Vasiljević, PhD, Vice dean for teaching  
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD, Vice dean for scientific research  
Prof. Igor Milinković, PhD  
Assoc. Prof. Milijana Buha, PhD  
Asst. Prof. Mirjana Miškić, PhD  
Igor Popović, MA

SECRETARIAT:

Sanda Gvero, MA  
Igor Popović, MA  
Dejan Pilipović, MA  
Robert Švraka, MA  
Bosiljka Čubrilović Stameniće, MA  
Milica Kostovski, MA  
Marko Romić, MA  
Igor Mirjanić, MA



## ПРЕДГОВОР

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, поводом 45. година од оснивања, успјешно је организовао I међународни научни скуп „Трансформативне технологије: правни и етички изазови XXI вијека“, 7. и 8. фебруара 2020. године, у сурорганизацији са Европском дивизијом УНЕСКО-ве катедре за биоетику (Хаифа) и Центром за биоетичке студије (Београд). У фокусу овог научног скупа биле су двије подтеме: правне и етичке дилеме проузроковане развојем дигиталних и репродуктивних технологија. Због пандемије вируса Ковид-19 и ограничења која су била на снази, у 2021. години није организован међународни научни скуп на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци, па је традиција организовања научних скупова настављена 15. септембра 2022. године, организовањем II међународног научног скупа под измијењеним називом „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“.

На темељима успостављеним претходних година, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци је организовао III међународни научни скуп под називом „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“. Имајући у виду бројне „турбуленције“ у развоју правних система данашњице, како глобално тако и у Републици Српској, Босни и Херцеговини и њиховом непосредном окружењу, намјера нам је и даље да, полазећи од улоге академске заједнице у друштву, пружимо научно фондиран допринос суочавању са текућим и предстојећим друштвеним изазовима који имају значајну правну димензију, те да подстакнемо научну дискусију о овим изазовима у циљу освјетљавања потенцијалних странпутица, али и перспектива за стабилан развој правних система. Како се скуп организује уз подршку Међународне катедре за биоетику и у партнерству са Правним факултетом Универзитета у Београду, Институтом за упоредно право из Београда, Центром за биоетичке студије из Београда и Удружењем правника за медицинско и здравствено право Србије, примарни фокус је на биоетичким питањима, по узору на скуп из 2020. године, уз проширење броја подтема. Са нарочитим поносом истичемо да је ове године у оквиру скупа, историјскоправна катедра обиљежила стогодишњицу рођења проф. др Анте Ромца, првог професора римског права Правног факултета у Бањој Луци. Овогодишњи скуп је одржан на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци, 2. јуна 2023. године. Учесницима који нису били у могућности да присуствују скупу омогућено је виртуелно учешће путем Зум („Zoom“) платформе.

У овом зборнику се налазе педесет и пет научних радова, подијељених у три тома. У радовима су анализирани правни и други аспекти бројних актуелних питања из правног живота како на простору бивше Југославије тако и у различитим европским државама. Увјерени смо да ће овај Зборник радова са III међународног научног скупа „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“, пружити значајан допринос развоју правне науке и сродних дисциплина.

У Бањој Луци, 18. децембра 2023. године

## P R E D G O V O R

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, povodom 45. godina od osnivanja, uspješno je organizovao I međunarodni naučni skup „Transformativne tehnologije: pravni i etički izazovi XXI vijeka“, 7. i 8. februara 2020. godine, u suorganizaciji sa Evropskom divizijom UNESKO-ve katedre za bioetiku (Haifa) i Centrom za bioetičke studije (Beograd). U fokusu ovog naučnog skupa bile su dvije podteme: pravne i etičke dileme prouzrokovane razvojem digitalnih i reproduktivnih tehnologija. Zbog pandemije virusa Kovid-19 i ograničenja koja su bila na snazi, u 2021. godini nije organizovan međunarodni naučni skup na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banjoj Luci, pa je tradicija organizovanja naučnih skupova nastavljena 15. septembra 2022. godine, organizovanjem II međunarodnog naučnog skupa pod izmijenjenim nazivom „Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku“.

Na temeljima uspostavljenim prethodnih godina, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci je organizovao III međunarodni naučni skup na temu „Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku“. Imajući u vidu brojne „turbulencije“ u razvoju pravnih sistema današnjice, kako globalno tako i u Republici Srpskoj, Bosni i Hercegovini i njihovom neposrednom okruženju, namjera nam je i dalje da, polazeći od uloge akademske zajednice u društvu, pružimo naučno fundiran doprinos suočavanju sa tekućim i predstojećim društvenim izazovima koji imaju značajnu pravnu dimenziju, te da podstaknemo naučnu diskusiju o ovim izazovima u cilju osvjetljavanja potencijalnih stranputica, ali i perspektiva za stabilan razvoj pravnih sistema. Kako se skup organizuje uz podršku Međunarodne katedre za bioetiku i u partnerstvu sa Pravnim fakultetom Univerziteta u Beogradu, Institutom za uporedno pravo iz Beograda, Centrom za bioetičke studije iz Beograda i Udruženjem pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije, primarni fokus je na bioetičkim pitanjima, po uzoru na skup iz 2020. godine, uz proširenje broja podtema. Sa naročitim ponosom ističemo da je ove godine u okviru skupa, istorijskoppravna katedra obilježila stogodišnjicu rođenja prof. dr Ante Romca, prvog profesora rimskog prava Pravnog fakulteta u Banjoj Luci. Ovogodišnji skup je održan na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banjoj Luci, 2. juna 2023. godine. Učesnicima koji nisu bili u mogućnosti da prisustvuju skupu omogućeno je virtuelno učešće putem Zum (“Zoom”) platforme.

U ovom zborniku se nalazi pedeset i pet naučnih radova. U radovima su analizirani pravni i drugi aspekti brojnih aktuelnih pitanja iz pravnog života kako na prostoru bivše Jugoslavije tako i u različitim evropskim državama. Uvjereni smo da će ovaj Zbornik radova sa III međunarodnog naučnog skupa „Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku“, pružiti značajan doprinos razvoju pravne nauke i srodnih disciplina.

U Banjoj Luci, 18. decembra 2023. godine

## FOREWORD

The Faculty of Law of the University of Banja Luka, on the occasion of the 45th anniversary of its establishment, successfully organised the 1st international scientific conference “Transformative Technologies: Legal and Ethical Challenges of the XXI Century”, on the 7th and 8th of February 2020, in co-organization with the European Division of the UNESCO Department of Bioethics (Haifa) and the Center for the Studies of Bioethics (Belgrade). This scientific conference focused on two sub-themes: legal and ethical dilemmas caused by the development of digital and reproductive technologies. Due to the pandemic of the Covid-19 virus and the restrictions that were in force, in 2021 an international scientific conference was not organized at the Faculty of Law of the University of Banja Luka. Therefore, the tradition of organizing scientific conferences continued on the 15th of September 2022, by organising the 2nd international scientific conference with a changed new title “Challenges and perspectives of the development of legal systems in the XXI century”.

On the foundations established in previous years, the Faculty of Law of the University of Banja Luka organized the 3rd international scientific conference on the topic “Challenges and perspectives of the development of legal systems in the XXI century”. Bearing in mind the numerous “turbulences” in the development of today’s legal systems, both globally and in the Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina, and their immediate surroundings, we still intend to, starting from the role of the academic community in society, provide a scientifically sound contribution to dealing with the current and upcoming social challenges that have a significant legal dimension, and to encourage scientific discussion about these challenges to illuminate potential detours, but also perspectives for the stable development of legal systems. Having in mind that conference is organized with the support of the International Chair of Bioethics and in partnership with the Faculty of Law of the University of Belgrade, the Institute for comparative law from Belgrade, the Center for the Studies of Bioethics from Belgrade, and the Association of Lawyers for Medical and Health Law of Serbia, its primarily maintains focus on bioethical issues, following the example of the conference from 2020, with an expansion of the number of subtopics. We are particularly proud to point out that this year, as part of the conference, the legal history department marked the centenary of the birth of prof. Ante Romac, PhD, the first professor of Roman law at the Faculty of Law in Banja Luka. This year’s conference was held at the Faculty of Law of the University of Banja Luka on the 2nd of June 2023. Participants could follow the conference live or could participate virtually via the Zoom platform.

Those proceedings contain fifty five papers. The papers analysed legal and other aspects of numerous current issues from legal life both in the area of the former Yugoslavia and in various European countries. We are convinced that Proceedings of the international scientific conference “Challenges and perspectives of the development of legal systems in the XXI century”, will provide a significant contribution to the development of legal science and related disciplines.

In Banja Luka, 18th December 2023.



## Садржај / Contents / Sadržaj

ПРЕДГОВОР.....	11
PREDGOVOR.....	12
FOREWORD.....	13
<b>БИОЕТИЧКА И ОПШТА СЕСИЈА/ BIOEТИЧКА I OPŠTA SESIJA/ BIOETHICAL AND GENERAL SESSION</b>	
<i>Laura Vilić, Ivana Tucak</i> FETUS KAO OSOBA.....	19
<i>Csaba Varga</i> ON THE RULE OF LAW THAT CONTESTS AND THAT IS CONTESTED.....	39
<i>Igor Milinković</i> POSTHUMOUS REPRODUCTION AND POSTHUMOUS DIGNITY.....	53
<i>Nora Ban-Forgacs</i> PROCEDURAL CONSTITUTION-MAKING: LESSONS LEARNT FROM HUNGARY.....	69
<i>Ivan Halász</i> THE ROLE OF THE CZECH, SLOVAK, AND POLISH OMBUDSMAN DURING THE FIRST WAVE OF THE COVID-19 EPIDEMIC.....	79
<i>Szentgáli-Tóth Boldizsár, Nora Bán-Forgács</i> CONSTITUTIONAL COURTS VERSUS PARLIAMENTS DURING PANDEMIC (AND BEYOND).....	91
<i>Marta Sjeničić</i> ODNOS REGULATIVE REPUBLIKE SRBIJE PREMA RETKIM BOLESTIMA. .	101
<i>Snežana Pantović, Dijana Zrnić</i> ETHICAL, CLINICAL AND LEGAL ASPECTS OF INFORMED CONSENT IN MONTENEGRO, REPUBLIC OF SRPSKA, SERBIA AND CROATIA.....	115

**МЕЂУНАРОДНОПРАВНА СЕСИЈА/МЕЂУНАРОДНОПРАВНА СЕСИЈА/  
INTERNATIONAL LAW SESSION**

*Бојан Милисављевић*

ERGA OMNES ОБАВЕЗЕ И КРИЗА СУВЕРЕНИТЕТА ДРЖАВА У  
МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ ..... 133

*Матеј Савић*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ПОРЕДАК У 21. ВИЈЕКУ: НЕКА ОД ТЕОРИЈСКИХ  
ПИТАЊА ОДНОСА ДРЖАВЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ..... 145

*Jelica Gordanić*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ- DA LI JE VREME ZA  
TRANSFORMACIJU?..... 167

*Немања Даниловић*

ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ НА  
ПРИМЕРУ ДОГАЂАЈА У РЕПУБЛИЦИ ГРЕНАДИ ..... 185

*Никола Станковић*

ДИПЛОМАТИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 201

*Филип Новаковић, Алексеј Инџић*

КРИЗА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНОМ КОНТЕКСТУ ..... 221

**УСТАВНО-УПРАВНА СЕСИЈА/USTAVNO-UPRAVNA SESIJA/  
CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE SESSION**

*Милан Пилиповић*

(НЕ)МОГУЋНОСТИ РАСПУШТАЊА ПРЕДСТАВНИЧКИХ ОРГАНА У  
БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....243

*Мијодраг Радојевић*

ЛОКАЛНИ РЕФЕРЕНДУМ У КОМПАРАТИВНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ.....263

*Бранко Лештанин, Жељко Никач*

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА НАЦРТ ЗАКОНА О УНУТРАШЊИМ ПОСЛОВИМА  
СРБИЈЕ .....283

*Ђорђе Марковић*

ВИСОКИ САВЕТ СУДСТВА У НОВОМ НОРМАТИВНОМ РУХУ .....297

*Никола Перишић*

СЛОБОДАН ПОСЛАНИЧКИ МАНДАТ У ПРОПОРЦИОНАЛНИМ  
ИЗБОРНИМ СИСТЕМИМА – ДЕМОКРАТСКА ТЕКОВИНА ИЛИ  
МАНИПУЛАЦИЈА БИРАЧА..... 317



## РАДНОПРАВНА СЕСИЈА/ RADNOPRAVNA SESIJA/ LABOR LAW SESSION

*Marinko Đ. Učur*

OGRANIČENJA POSEBNIH OBLIKA RADA BEZ NARUŠAVANJA OSNOVNOG  
ODREĐENJA I SADRŽAJA RADNOG ODNOSA ..... 333

*Marinko Đ. Učur, Željko Bartulović*

RADNA I SOCIJALNA PRAVA U USTAVU FNRJ 1946.  
I USTAV NR HRVATSKE 1947. ....345

*Радислав Лале*

ЗАШТИТА ПРАВА УЧЕСНИКА ОГЛАСА/КОНКУРСА У ПОСТУПКУ  
ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА..... 357

*Aida Mulalić, Ivana Grubešić*

PERSPEKTIVE RAZVOJA E-ZDRAVSTVA U KONTEKSTU E-UPRAVE..... 371



# FETUS KAO OSOBA

Laura Vilić<sup>1</sup>  
Ivana Tucak<sup>2</sup>

*Pravni fakultet Osijek, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku*

**Sažetak:** *Tko se može smatrati nositeljem prava jedno je od temeljnih pitanja teorije i filozofije prava. Navedeno pitanje ima sve više spornih elemenata zbog razvoja tehnologije (umjetna inteligencija) ali i novih promišljanja, primjerice, o životinjama i drveću. Posebno je ova tema aktualna u kontekstu prava fetusa na život. Ovdje se postavlja pitanje o početku života. Premda fetusima nitko ne negira pripadnost ljudskoj vrsti, oko određivanja točke kada se postaje osobom ne postoji suglasnost. U gotovo svim suvremenim državama kao ključni trenutak određeno je rođenje. Kada bi se fetusu priznao status osobe s pravom na život, izgubila bi se mogućnost priznanja prava na pobačaj, budući da u tom slučaju pobačaj postaje kazneno djelo ubojstva. Cilj ovog rada je kritičkom razradom postavki suvremenih teoretičara pokušati ponuditi odgovor na pitanje o fetusima kao mogućim subjektima prava.*

**Gljučne riječi:** *pobačaj, fetus, pravni subjektivitet, dijete, ljudski život.*

## 1. UVOD

Oplođnja, trudnoća i porod, koji su u 20. stoljeću postali medikalizirani u velikoj većini država<sup>3</sup>, povlače sa sobom brojne pravne i etičke kontroverze. U ovom radu usredotočit ćemo se na jednu od najprisutnijih tema u ovim raspravama, onu koja se tiče pravnog (i moralnog) statusa fetusa. Tko se može smatrati nositeljem prava jedno je od temeljnih pitanja teorije i filozofije prava. Navedeno pitanje ima sve više spornih elemenata zbog razvoja tehnologije (umjetna inteligencija) ali i novih promišljanja, primjerice, o životinjama i drveću. U kontekstu prava fetusa na život ono se naslanja na pitanje o početku života. Važno je napomenuti da fetusima nitko ne negira pripadnost ljudskoj vrsti, međutim, ne postoji suglasnost kod određivanja točke kada se postaje osobom. Ljudsko biće je biološka kategorija, nešto što se može znanstveno utvrditi. Ono je

---

1 Autorica Laura Vilić doktorandica je na Pravnom fakultetu u Osijeku Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku (viliclaura@gmail.com).

2 Autorica Ivana Tucak je redovita profesorica na Pravnom fakultetu u Osijeku Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku (itucak@pravos.hr).

Rad je sačinjen u okviru Jean Monnet modula "European Union and Gender Equality- EUGEequality".

3 Rebecca Kukla, Katherine Wayne, „Pregnancy, Birth, and Medicine“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.) Pristupljeno: 5.11.2023. (<https://plato.stanford.edu/entries/ethics-pregnancy/>)

pripadnik vrste *Homo sapiens*.<sup>4</sup> Međutim, da biste imali pravo na život, pripadnost ljudskoj vrsti nije dovoljna, potrebno je da imate i status osobe u pravnom i/ili moralnom smislu.<sup>5</sup> Trenutak kada se postaje osobom (pravni subjektom) u većini suvremenih država je određen trenutkom rođenja. Premda ćemo u ovom radu problematiku statusa fetusa tretirati kao ključnu u pogledu dopuštenosti pobačaja, važno je istaknuti da se s time ne slažu neki od najutjecajnijih autora. Tako Judith Jarvis Thomson u svojem članku „A Defense of Abortion“ iz 1971. godine tvrdi da čak i da se fetusu prizna status osobe, država je i dalje ograničena u pogledu toga što može tražiti od trudne osobe. Niti kada je riječ o pomoći osobi koja se nalazi u životnoj potrebi, država nema ovlaštenja kojima bi mogla prisiliti ženu da takvoj osobi ustupi svoje tijelo na korištenje. Žene imaju vlast nad svojim tijelom i njihov pristanak je i u takvim slučajevima odlučujući. U suprotnom, ulazimo i u problematiku jednakosti spolova budući da muškarci nisu izloženi sličnim pritiscima.<sup>6</sup> Ronald Dworkin je istaknuo da rasprava o pobačaju nije rasprava o osobnosti fetusa nego o „različitim tumačenjima intrinzične vrijednosti ljudskog života“.<sup>7</sup> Nijedna strana u ovom sukobu ne može se pozvati na činjenicu ili argument koji bi bio obvezujući za drugu stranu.<sup>8</sup> Riječ je o „varljivom pitanju“ (*treacherous question*).<sup>9</sup> Međutim, mi se moramo složiti s autorima poput Kate Greasley, koji smatraju ovo pitanje odlučujućim u raspravama o dopuštenosti pobačaja. Kada se fetusu prizna status osobe, što podrazumijeva i pravo na život, gubi se mogućnost priznanja ženi prava na pobačaj. U tom slučaju pobačaj postaje kazneno djelo ubojstva.

Važno je napomenuti da pravni i politički trendovi danas općenito ne idu u pravcu priznanja fetusovog prava na život. Događa se upravo suprotno. Premda treba spomenuti i određene pokušaje preusmjerenja suvremenih trendova, Greasley ističe pokušaje određenih političkih opcija u SAD-u prema usvajanju „amandmana o osobnosti“ (personhood amendments) kojima bi se definiralo da život počinje začecem.<sup>10</sup> Pravo na pobačaj u posljednjih pedeset godina sve je više prihvaćeno čak i u društvima u kojima su sve donedavno važnu ulogu imala kršćanska uvjerenja o svetosti života. Cilj ovog rada je kritičkom razradom postavki suvremenih autora pokušati ponuditi odgovor na pitanje o fetusima kao mogućim subjektima prava, nositeljima prava i dužnosti,<sup>11</sup> različitim od objekata prava. U tom ćemo kontekstu naizmjenično upotrebljavati termine pravna osobnost i pravni subjektivitet. Kada upotrebljavamo termin fetus pod njim podrazumijevamo sve oblike nerođenog ljudskog bića.<sup>12</sup> Rad nije toliko usredotočen na normativna pitanja, primjerice, zašto

4 Kate Greasley, Christopher Kaczor, *Abortion Rights: For and Against* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 91.

5 *Ibid.*, 92.

6 Debra Satz, „*Feminist Perspectives on Reproduction and the Family*“, Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2017 Edition), Ed. Edward N. Zalta; Pristupljeno: 12.11.2023. (<https://plato.stanford.edu/entries/feminism-family/>)

7 Greasley, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law* (Oxford, 2017), 6.

8 *Ibid.*, 27.

9 Thomas Bryan, „A Critical Review of Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person“, *Journal of Law and Society*, 38-4 (2011), 642.

10 Greasley, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*, 20.

11 Ludvig Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 47-1 (2018), 18.

12 Po uzoru na: Greasley, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*, 3.

samo oni koji su rođeni mogu biti nositelji prava, nego je prvotno usredotočen na konceptualna pitanja koja se tiču naravi entiteta koji mogu biti nositelji prava.<sup>13</sup>

Rad je podijeljen u četiri dijela. Prvi dio rada istražuje tko se može smatrati osobom, prvotno, s moralnog gledišta. Drugi dio rada primarno se bavi sukobom prava trudne osobe i fetusa. U trećem dijelu rada se jasno ističe kako se pravni subjektivitet fetusa ne temelji, kao u slučaju moralne osobe, na posjedovanju nekih intrinzičnih osobina. Pravni propisi su isključivo ti koji određuju tko će biti subjekt pravnih odnosa. Četvrti dio rada ukazuje na nevoljkost upletanja ustavnih odnosno vrhovnih sudova u odlučivanje o pitanju kada nastaje pravni subjekt. Završno poglavlje donosi zaključna razmatranja autorica o ovoj problematici.

## 2. TKO SE MOŽE SMATRATI OSOBOM

Autori<sup>14</sup> zaokupljeni problematikom pobačaja s moralnog gledišta često počinju polemiku o (ne) prihvatljivosti pobačaja pitanjem o statusu fetusa.<sup>15</sup> U ovoj polemici pokušava se odrediti trenutak nastanka osobe, trenutak kada se život nekog bića može poistovjetiti sa životom rođenog pojedinca koji je uobičajeni nositelj moralnog i pravnog subjektiviteta. Tako primjerice, u knjizi „Abortion Rights: For and Against“,<sup>16</sup> autor Christopher Kaczor navodi kako je fetus živi organi-zam koji raste, uzima hranjive tvari, održava homeostazu (biološki sustav) i razvija se.<sup>17</sup> Za takav „organizam“ Kaczor smatra da posjeduje i pravo na život. No iako je nesporno da je riječ o živom organizmu koji pripada ljudskoj vrsti, nameće se pitanje je li ono ujedno i ljudska osoba.<sup>18</sup> Može li se mu se priznati spoznajno-vrijednosni status<sup>19</sup> jednak onima koji su već rođeni? Upravo u tom smjeru postavlja se pitanje osobnosti<sup>20</sup> kao jednog od kriterija kojemu se na poseban način pri-stupa kada se govori o svojevrsnoj moralnoj (ne)prihvatljivosti pobačaja.

13 Usporedi za razgraničenje normativnog i konceptualnog pitanja nositelja prava: Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 13.

14 Najistaknutiji: Ronald Dworkin (*Life's Dominion*, 1993.), Judith J. Thomson („A Defense of Abortion“, 1971.), Don Marquis („Why Abortion is Immoral“, 1989.), Mary Anne Warren („On the Moral and Legal Status of Abortion“, 1973.), a posebno Christopher Kaczor i Kate Greasley (*Abortion Rights: For and Against*, 2017.). Upravo nam je posljednja navedena knjiga poslužila kao poticaj za ovaj članak te uputila na brojne autore što nam je bilo od velike pomoći u nastojanju da pružimo pregled nekih od najvažnijih etičkih i pravnih rasprava o statusu fetusa.

15 Kaczor za pojam fetusa koristi termine poput: „prenatal human being“, „human being in utero“ ili „fetal human being“ kako isti ne bi dehumanizirao. *Detaljnije u:* Greasley, Kate, Christopher Kaczor. *Abortion Rights: For and Against* (Cambridge, 2017), 90.

16 *Ibid*, 91.

17 *Ibid*, Kaczor u daljnjem tekstu ističe kako je nesporno da se radi o živom organizmu, a samo živi organizam može umrijeti. Kaczorov glavni fokus dakle nije pitanje „je li fetus živi organizam“, nego nastojanje da se fetusu pruži određena moralna težina.

18 *Ibid*, 6.

19 U svom radu „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“ autori na sličan način rade distinkciju između osobe i ljudskog bića navodeći kako pojam „osoba“ ima moralnu vrijednost popraćenu osnovnim ljudskim pravima, a „ljudsko biće“ je samo pripadnik biološke vrste *homo-sapiens*. Alberto Giubilini, Minerva Francesca, „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“ *Journal of Medical Ethics*, 39 (2013), 262.

20 Eng. „personhood“. Jasniju definiciju moralne osobnosti pojašnjava Mary Anne Warren u „On the Moral and Legal Status of Abortion“, *The Monist*, 57-1 (1973): 43-61., navodeći kako je riječ o punopravnom članstvu u zajednici koje za sobom povlači i sva druga moralna i jednaka prava. Kenneth Einar Himma, „A Dualist Analysis of Abortion: Personhood and the Concept of Self qua Experiential Subject“, *Journal of Medical Ethics*, 31-1 (2005), 49.

Protivnici pobačaja smatraju da je fetus osoba koja ima pravo na život,<sup>21</sup> a „zagovornici“ ženina prava na pobačaj da fetus to nije. Kako prema potonjem shvaćanju fetus nije osoba nego samo biće koje pripada ljudskoj vrsti ono ne može biti nositelj prava pa tako niti prava na život.<sup>22</sup> Nasuprot ranije spomenutom shvaćanju nalazi se gledište kako je od samog začeca<sup>23</sup> fetus na jednakoj vrijednosnoj razini kao i rođeno ljudsko biće, a jedino što ih razlikuje je njihov fizički i mentalni razvoj.<sup>24</sup> Jedina bitna razlika je vremenska. Prema Kaczoru, kriteriji koji redovito određuju osobu su: svijest, sposobnost osjećanja boli, mogućnost rasuđivanja koja uključuje rješavanje problema i snalaženja u novim situacijama, vlastita samomotivacija, sposobnost komuniciranja te postojanje samosvijesti.<sup>25</sup> Međutim, ako su ovo kriteriji za određenje pojma osobe koji su ključni za raspravu o moralnoj prihvatljivosti pobačaja, nemoguće je ne zapitati se što je, primjerice, s osobom koja se nalazi u komatoznom stanju i nema nikakvu svijest niti mogućnost rasuđivanja?<sup>26</sup> David Boonin ističe da ljudsko biće postaje osoba, vrijedna u moralnom smislu, tek onda kada to biće pokaže želju za bilo kakvim činom, radnjom ili stvari.<sup>27</sup> Ovako postavljen kriterij za priznanje osobnosti povlači dodatna pitanja.<sup>28</sup> Kako „željeti“ znači očekivati ili nadati se nečemu u budućnosti, nekom dobru koje još nemamo, teško je reći da i tek rođeno dijete posjeduje takvu sposobnost.<sup>29</sup>

Pitanje kako definirati osobnost od iznimne je važnosti. Oni koji zagovaraju ženino pravo na izbor, ne žele priznati fetusu status osobe. Međutim, iz različitih, ranije spomenutih kriterija koji se koriste u determiniranju pojma osobe, vidljivo je da kriterije (koje je i sam Kaczor naveo) u nekim razdobljima svog života ne zadovoljavaju niti oni koji su već rođeni. Sličan spomenutim pristupima je i pristup ovoj problematici klasičnog liberalnog mislioca Johna Lockeja,<sup>30</sup> na koji se naslanja Peter Singer u svom radu<sup>31</sup> navodeći nužne kriterije za određenje pojma osobe, a to su: svjesnost o vlastitom postojanju, mogućnost posjedovanja želje za nečim, planovi za budućnost. Međutim, ako je tomu tako, nemoguće je ne zapitati se što je u tom slučaju s osobom u komatoznom stanju? Komatozni pacijent nema želja niti planova za budućnost, no isto tako nije niti svjestan svog postojanja. Dakle, prema potonjem pristupu, sva tri kriterija koja determiniraju osobu u slučaju komatoznog pacijenta ne postoje. Zaključak proizlazi da ukoliko je ovo određenje osobe

21 Opće prihvaćeno stajalište zagovornika prava na život, s naglaskom da je status fetusa kao ljudskog bića jednak moralno-vrijednosnom statusu njegovih roditelja. (Roger Wertheimer, „Understanding the Abortion Argument“, *Philosophy&PublicAffairs*, 1-1 (1971), 72).

22 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 92.

23 Nasuprot Kacerzovom određenju da je fetus osoba od samog začeca, Greasley ističe u svom djelu knjige (kao suprotna strana u kontekstu opravdanja pobačaja) da je začecje proces te da je stoga nemoguće da se ono odredi kao definitivni trenutak nastanka osobe. *Ibid.*, 70.

24 Gledište koje izražava John Finnis. Dorota Galeza, „Dworkin’s Argument on Abortion“, *The King’s Student Law Review*, 5-2 (2014), 43.

25 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 26.

26 O ovome promišlja i Greasley pitajući se posjeduju li takvi entiteti status osobe. Detaljnije u: Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 45.

27 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 39. Tzv. „Conscious Desire Account“, Detaljnije u: David Boonin-Vail, „A Defense of Abortion“, *Ethics*, 116-4(2006), 782.

28 *Ibid.* Prema Booninu, mozak fetusa, nije dovoljno razvijen za pokazivanje bilo kakvih želja prije dvadeset i petog tjedna od začeca. U tom kontekstu valja postaviti pitanje moralnosti usmrćivanja prijevremeno rođenih odnosno rođenih prije dvadeset i petog tjedna. Iz rečenog proizlazi da prijevremeno rođeni nemaju moralnu dimenziju koja je potrebna za vrednovanje života.

29 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 107.

30 Detaljnije u: John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1960.

31 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 97.

ispravno i potpuno, moralno bi bilo prihvatljivo pacijentu koji je u komi bespravno otuđiti kakvu stvar budući da ne ispunjava niti jedan od tri kriterija koja određuju osobu.<sup>32</sup> Navedene postavke uglavnom pokušavaju izvesti tezu da biti ljudsko biće jednostavno nije dovoljno snažan razlog zašto bi se tom ljudskom biću (fetusu) priznalo pravo na život.<sup>33</sup> Zaključno, prema navedenom, ako dođe do prekida trudnoće, odnosno pobačaja prije nego što fetus postane osoba – ne postoji nikakva šteta za takvo biće,<sup>34</sup> niti učinjeno zlo s obzirom da se ne radi o postojećoj osobi. Prema ovom pristupu, pobačaj je moralno dopušten, ili čak moralno irelevantan čin.<sup>35</sup> Iz rečenog proizlazi da se fetus niti po jednom kriteriju ne može smatrati osobom, no što je s njegovim potencijalom da postane osoba?<sup>36</sup>

Pored kriterija koji osobnost ili postanak osobe uzimaju relevantnim kod određenja vrijednosti života ili kao kriterij kada započinje život u kontekstu moralne dopustivosti pobačaja zanimljivo je spomenuti promišljanja Dona Marquisa. Prema ovom autoru, u središte rasprave treba staviti kriterij potencijala nastanka osobe. Gotovo je neupitno da će takvo biće (fetus) ukoliko se njeguje i ukoliko mu se dopusti prirodni razvitak postati osoba. Stoga se ovdje pojavljuje pitanje, daje li mu to pravo na život?<sup>37</sup> U svom radu „Why Abortion is Immoral“ Marquis potvrdno odgovara na postavljeno pitanje. Naime, prema njegovom shvaćanju, fetus posjeduje pravo na život. On kreira argumentaciju da upravo to biće ima potencijal postati ono što smo i svi mi (dakle, fizičke osobe s budućnošću).<sup>38</sup> Prema njemu, fetus ima vrijednosnu komponentu koja proizlazi iz njegovog potencijala koji će se ostvariti u budućnosti. Takvo „posjedovanje budućnosti“ fetusu

32 Michael Tooley, „Abortion and Infanticide“, *Philosophy & Public Affairs*, 2-1 (1972), 47.

33 Minerva Giubilini, „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“ 262.

34 Ako je tome tako, postavlja se pitanje zašto bi u tom slučaju bilo moralno ispravno novorođenčetu priznati pravo na život i pravno ga štiti uopće od rođenja, kad je eminentna činjenica da i novorođenče ne zadovoljava navedene kriterije osobnosti kao ni fetus? Prema nekim autorima, primjerice Kaczoru ili Marquisu, postavljanje osobnosti kao kriterija moralne dopustivosti pobačaja predstavlja samo još jedan od načina oduzimanja vrijednosnog statusa fetusu, svrstavajući ga samo u kategoriju bića koje pripada ljudskoj vrsti. Više o njihovim stavovima u: Don Marquis, „Why Abortion is Immoral“, *The Journal of Philosophy*, 86- 4 (1989), 202 i Greasley, Kaczor - *Abortion Rights: For and Against*, 92.

35 Alberto Giubilini, „Abortion and the Argument from Potential: What We Owe to the Ones Who Might Exist“, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 37-1 (2012), 4.

36 Warren, „On the Moral and Legal Status of Abortion“, 59.

37 *Ibid.* (Autorica u radu nastavlja: „Teško je poreći činjenicu da je pitanje potencijala jak *prima facie* razlog da se ne uništi takav entitet, ali ne trebamo odmah prema tome prihvatiti da isti ima pravo na život, samo zato što ima potencijal postati osoba.“)

38 U radu „Proof and Persuasion in the Philosophical Debate about Abortion“, koji je zapravo svojevrsna kontraargumentacija radu *Why Abortion is Immoral*, autor pokušava umanjiti ispravnost Marquisove teorije o vrijednosti potencijalnog života fetusa, navodeći kako takvo biće *in utero* nema jednake komponente kao rođeni, te kako je baš ta činjenica da se ono nalazi unutar nečijeg tijela dovoljna da kažemo da nema jednaku moralnu vrijednost kao već rođeni. Chris Kaposy, „Proof and Persuasion in the Philosophical Debate about Abortion“, *Philosophy & Rhetoric*“, 4-2 (2010), 143.

daje potpuno moralno pravo<sup>39</sup> na život i zaštitu.<sup>40</sup> Stoga je, zaključuje Marquis, pobačaj jednako ubojstvo na isti način kao i što je to ubojstvo odraslog čovjeka.<sup>41</sup>

Za Dworkina ljudsko biće vrijedi onoliko koliko je u njega „uloženo“, konkretno – riječ je o vrednovanju fetusa s obzirom na vrijeme kada počinje njegova sposobnost za život.<sup>42</sup> Dworkin to stajalište opravdava s određenim socio-psihološkim aspektom. On vjeruje da društvo više i intenzivnije vrednuje fetus koji je razvijeniji (primjerice fetus u dvadeset i četvrtom tjednu razvoja) nego tek oplođenu jajnu stanicu jer je u prethodni „više uloženo“.<sup>43</sup> Detaljnije elaborira „(...) što se fetus više razvija, više je onoga što je uloženo u njega nepovratno (ako dođe do pobačaja), stoga i posjeduje veću vrijednost“<sup>44</sup>

Uz etičku raspravu o tome posjeduje li fetus osobnost i tako stoji u rangu moralno vrijednog bića kao i rođena osoba važno je ovaj dio rasprave staviti i u pravni kontekst, točnije u kategoriju pravnog subjektiviteta koje je eminentno od krucijalnog značaja kada se govori o dopuštenosti pobačaja, pa ako se ode korak dalje - i kada se govori o možebitnoj zaštiti života. Pitanje koje proizlazi iz ovog kuta gledišta glasi: Treba li fetusu priznati pravni subjektivitet, pa makar iz razloga zaštite njegovih „budućih“ probitaka?<sup>45</sup> Za početak, ono što priznanje pravnog subjektiviteta fetusu pruža je mogućnosti biti nositeljem određenih prava i obveza.<sup>46</sup> No postavlja se pitanje, je li uopće moguće da fetus bude nositelj bilo kakvih obveza u pravnom sustavu? Naime, neke moderne teorije prava isključuju takvu mogućnosti kada se govori o rođenoj djeci.<sup>47</sup> U ovu raspravu nije na odmet uključiti i tek rođeno dijete, jer primjerice u kaznenopravnom sustavu niti fetus niti dijete

---

39 Moralna prava su svojevrsni produkt određenja pravednosti, slobode i jednakosti prilika. Kako sam moral kao takav ima jedan od najvažnijih utjecaja u ljudskom djelovanju, politička i etička teorija problematiku (moralnih) prava stavlja u središte razmatranja. Detaljnije u: Maja Žitinski, „Bioetički kontekst sukobljenih prava“, *Socijalna ekologija*, 15-3 (2006), 237-250.

40 Marquis, „Why Abortion is Immoral“, *The Journal of Philosophy*, 202. Suprotno od ove analogije razmišlja Judith Travis Thomson koja tvrdi da čak iako prihvatimo da fetus ima potpuno moralno pravo na život, pobačaj je svejedno moralno prihvatljiv. Detaljnije u: Thomson, Judith J., „A Defense of Abortion“, *Philosophy & Public Affairs*, 1-1 (1971), 47-66.

41 *Ibid.*

42 Ronald Dworkin, *Life's dominion* (New York, 1993), 169. Svojevrsna „fetal viability theory“. Dworkin detaljnije nastavlja: „(...) u vrijeme fetalne samoodrživosti mozak je dovoljno razvijen, pa je razumno reći kako fetus tada posjeduje i određeni interes“.

u predmetu *Roe v. Wade*, Vrhovni sud SAD-a, koncept *viability*, odnosno samoodrživosti, definira kao mogućnost preživljavanja izvan majčinog tijela. *Detaljnije u*: Ivana Tucak, Anita Blagojević, „Propitivanje prava na pobačaj u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Obnovljeni Život*, 78-5 (2023), 585-599.

43 Galeza, „Dworkin's Argument on Abortion“, 39.

44 Iz ove analogije možemo izvesti zaključak kako za Dworkina fetus zasigurno ima manje interesa i prava od trudne osobe, s obzirom da ona neupitno posjeduje osobnost u psihološkom, moralnom i pravnom smislu (F. M. Kamm, „Ronald Dworkin on Abortion and Assisted Suicide“, *The Journal of Ethics*, 5-3 (2001), 223.). Inače, prema Dworkinu, fetus koji je nastao kao posljedica silovanja posjeduje manju moralnu vrijednost od onog koji nije začet nasilnim putem (Detaljnije u: Kamm, „Ronald Dworkin on Abortion and Assisted Suicide“).

45 Ovako promišljanje nije sasvim strano pravnim sustavima. Latinska sintaksa glasi: „Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur“ - prepoznaje problem priznavanja određenih prava fetusu. (*Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje*. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021. Pristupljeno 1.11. 2023. <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=43020>)

46 Kurki dodaje još i *spособnost za pravne radnje* kao jedan od krajnjih rezultata priznavanja pravne osobnosti. Detaljnije u: Visa A. J. Kurki, *A Theory of Legal Personhood* (Oxford, 2019), 150.

47 *Ibid.*, 55.



starosti, primjerice, pet mjeseci nemaju kaznenu odgovornost,<sup>48</sup> stoga ova usporedba ima smisla. Tako, primjerice, dijete starosti samo jedan dan posjeduje određena prava (pravo na život, pravo na brigu i zaštitu, zdravstvenu skrb i dr.) i za njega se može reći kako posjeduje svojevrsnu pasivnu pravnu osobnost. Ono nema nikakve odgovornosti niti može preuzeti kakvu odgovornost za svoje radnje<sup>49</sup> niti, primjerice, samostalno se zastupati pred sudom - za njega to čini netko drugi. Dakle, takav entitet posjeduje određeni oblik pravne osobnosti koji je moguće odrediti kao pasivnu pravnu osobnost – uživa pravnu zaštitu u punom smislu ali za razliku od odraslih osoba nije pravno odgovorno budući da ne posjeduje sposobnost za pravne radnje niti sposobnost kaznene odgovornosti.<sup>50</sup> U tom kontekstu postavljamo pitanje - zaslužuje li fetus, u etičkoj raspravi i u pravnom sustavu jednaku zaštitu kao i novorođenče. Pitanje se postavlja, budući da ono što stoji kao svojevrsna činjenica je da trenutno u suvremenim zapadnim pravnim sustavima fetus tijekom cijele svoje gestacijske dobi ne uživa istu pravnu zaštitu kao rođeno dijete.

### 3. SUKOB PRAVA

Ako se govori o određenim argumentima za i protiv pobačaja, posebice o kriterijima kojima se vrednuje status fetusa u moralnom i etičkom kontekstu (a koji su u prethodnom poglavlju navedeni) treba se zapitati, u skladu sa spomenutim teorijama o spoznajnoj vrijednosti osobe, koja je razlika između fetusa, primjerice, starosti trideset i dva tjedna, i tek rođenog djeteta starosti trideset i šest tjedana? Postoji li kakva svojevrsna „magičnost“ nakon rođenja<sup>51</sup> (iako gotovo nema nikakve razlike u odnosu na ranije navedene kriterije za osobnost)<sup>52</sup> da počinjemo više vrednovati tek rođeno dijete od fetusa koji do rođenja broji samo nekoliko dana? Ovo pitanje se postavlja budući da suvremeni pravni sustavi djetetu starosti samo jedan dan priznaju temeljna ljudska prava, poput prava na život ili zdravlje, te se nameće pitanje treba li fetusu koji je potpuno razvijen priznati jednako pravo?<sup>53</sup> Kada postaviti granicu moralne dopustivosti (u kontekstu vremena) pobačaja? Je li prema spomenutim kriterijima ona dopuštena do određenog tjedna trudnoće? Do kraja trudnoće? – premda tada možemo govoriti o fetocidu (usmrćenju fetusa),<sup>54</sup> ili je pak ta granica dopuštena i nakon trudnoće? - iako, pravno i medicinski shvaćajući, više se ne govori o pobačaju nego o čedomorstvu (infanticidu).<sup>55</sup>

48 Hrvatski Kazneni zakon prepoznaje fetus kao ranjivu kategoriju kroz zaštitu trudne osobe. Tako se u hrvatskom Kaznenom zakonu ubojstvo trudne osobe kvalificira kao teško ubojstvo (*Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23*). Iz ovoga proizlazi da se neposrednom zakonskom zaštitom trudne osobe dolazi do posredne zaštite fetusa.

49 Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, 151.

50 *Ibid.*

51 Isto pitanje, postavlja i Greasley. Radi li se samo o promjeni mjesta gdje se fetus nalazi? Detaljnije u: Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 66

52 Zasićurno, niti fetus niti novorođenče ne posjeduju mogućnost rasuđivanja, samomotivacije ili pak planove za budućnost, iz čega proizlazi da niti tek rođeno dijete ne može imati status osobe.

53 Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, 81.

54 Daryl Pullman, „Non-persons, Feticide, and the Erosion of Dignity“, *Journal of Bioethical Inquiry*, 7 (2010), 353.

55 Ian Wilkey, John Pearn, Gwynneth Petrie, James Nixon, „Neonaticide, Infanticide and Child Homicide“, *Medicine, Science and the Law*, 22-1 (1982), 31-34. U literaturi se još koristi termin „afterbirth abortion“.

Upravo u tom smjeru autori „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“ navode kako fetus i novorođenče jesu očigledno ljudska bića i prema njima potencijalne ljudske osobe, međutim da niti jedno niti drugo još uvijek nisu osobe (jer prvenstveno nisu niti svjesne svog postojanja) te da u tom smislu uništenje takvog entiteta nije moralno problematično.<sup>56</sup> Iz ovog shvaćanja proizlazi kako niti fetus niti novorođenče ne posjeduju zapravo moralno pravo na život, a da je pobačaj prije (*pre-birth*) i poslije rođenja (*post-birth*), odnosno infanticid etički prihvatljiv obzirom da niti jedno niti drugo nisu osoba.<sup>57</sup> Ovakvo stajalište za sobom povlači pitanje kada je uopće neko biće postalo osoba koja pridržava moralno pravo na život, ako to nije niti fetus niti novorođenče? I kakav status u krajnjem slučaju primjerice to novorođenče ima ako nema status osobe?

Manninen kritizirajući ovako promišljanje, cinično navodi da iz ovoga proizlazi kako oboje mogu imati jedino status stvari, odnosno objekta.<sup>58</sup> Ako je riječ o objektu, a objekt ne može posjedovati nikakav interes, tada niti fetus niti novorođenče zapravo ne posjeduju nikakav interes. U tom kontekstu ponovno dolazimo do pitanja posjedovanja određenih prava. Primjerice, Heart je smatrao kako novorođenčad ne može biti nositelj prava jer jednostavno nije u mogućnosti posjedovati kontrolu nad svojim pravima. No to ne znači kako spomenuti autor smatra da je ovdje riječ o pravnim objektima, fokus treba biti na dužnostima koje se duguju istima. Takve dužnosti su upućene odraslim osobama koje s novorođenčadi trebaju postupati na način da poštuju njihovo dostojanstvo te da ih, primjerice, ne podvrgnu bilo kakvom obliku zlostavljanja.<sup>59</sup> Stoga i ovdje možemo govoriti o određenoj ranije spomenutoj pasivnoj pravnoj osobnosti – zasigurno novorođenčadi, a kada se govori o fetusu, situacija i dalje ostaje nejasna.

Promišljajući o statusu fetusa kao samostalnog bića, ili pak bića koje nekome pripada, odnosno koje je dio nekoga drugog (trudne osobe), može se govoriti o pojmu autonomije. Ovdje se može postaviti pitanje autonomije trudne osobe – njenoj mogućnosti da prekine trudnoću prema vlastitom nahođenju, ili pak autonomije fetusa s druge strane i njegovom pravu na nastavak življenja. Ako je fetus samo dio majčinog tijela onda svaka rasprava o tome ima li trudna osoba moralno pravo učiniti pobačaj nema neki preveliki smisao jer ona sa svojim tijelom ima pravo upravljati autonomnom voljom. No što ako fetus nije samo dio majčinog tijela nego je ono također osoba s punopravnim pravom na život i članstvom u zajednici? Tada dolazi do kršenja temeljnog prava na život nekog entiteta, odnosno osobe.<sup>60</sup> O autonomiji nad „vlastitim tijelom“ govori Thomson u svom „slavnom“ primjeru o violinistu,<sup>61</sup> ističući kako je održavanje trudnoće do samog kraja svojevrсна žrtva koju žena može podnijeti, ali ne mora, opravdavajući navedeno pravom na autonomiju

56 Giubilini, „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“ 262.

57 Kaczor se oštro suprotstavlja ovakvom poimanju, navodeći kako svjesnost o vlastitom postojanju kod djece nastupa tek oko druge godine života, stoga kritički postavlja pitanje Giubiliniju i Minervi, „Znači li to da je dopušteno „ubiti djecu“ do druge godine života?“ Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 94.

U istom smjeru Bertha Alvarez Manninen postavlja pitanje: „Ima li jednogodišnje dijete manje pravo na život od petogodišnjeg djeteta, a više od tek rođenog djeteta?“ Bertha Alvarez Manninen, „Yes, the Baby Should Live: A pro-Choice Response to Giubilini and Minerva“, *Journal of Medical Ethics*, 39-5 (2013), 333.

58 Alvarez Manninen, „Yes, the Baby Should Live: A pro-Choice Response to Giubilini and Minerva“, 332. (Rad je svojevrsan odgovor na Giubilini, „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“)

59 Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, 66.

60 Nebojša Zelić, „Javni um i pravo na pobačaj“, *Politička misao: časopis za politologiju*, 44-2 (2007), 60.

61 „Zamislimo da se jedno jutro probudimo u bolnici cjevčicama povezani za tijelo nekoga čovjeka. Liječnik nam objasni da je taj čovjek poznati violinist i da boluje od neizlječive bolesti bubrega i da će umrijeti ako mu baš mi ne pomognemo. Udruženje poklonika glazbe nas je otelo jer samo mi imamo prikladan krvnu grupu. Ako sljedećih devet mjeseci ostanemo povezani s violinistom, on će se potpuno oporaviti, a ako prekinemo vezu, umrijet će.“ Ovakvo postavljenim

žene koja nadilazi pravo fetusa. Primjer violinista produkt je liberalnog načina percipiranja problematike pobačaja, posebice kada se govori o zaštiti nečijih interesa, odnosno o zaštiti interesa trudne osobe i njenim preferencijama. Iz njega proizlazi da je briga za vlastite interese odgovarajuće opravdanje za pobačaj.<sup>62</sup> No Kaczor na potonje ne gleda blagonaklono i postavlja pitanje: Zašto bi interes majke trebao biti ispred prava na fetusa na život?<sup>63</sup> Pa u nastavku daje svojevrsni odgovor: „(...) temeljni moralni status je unutarnje vrijednosno (intrinzično) svojstvo koje uživa svatko (referirajući se na status fetusa, op. a.)“; i dodaje: „(...) bilo da je poželjan ili nepoželjan (željen ili ne), odbačen ili voljen“.<sup>64</sup>

Hershenov vjeruje kako interes majke da se na svojevrsan način „riješi“ tereta trudnoće i roditeljstva ne može biti jači od interesa fetusa da nastavi živjeti.<sup>65</sup> Ako se nastavi u ovom smjeru, može se govoriti i o svojevrsnom „komfortu“ trudne osobe, koji primjerice niti Thomson ne brani i vjeruje kako je zasigurno u tom slučaju pobačaj moralno nedopušten.<sup>66</sup> „(...) Bilo bi neprimjereno kada bi žena zahtijevala pobačaj samo zato što ne želi otkazati put u inozemstvo“.<sup>67</sup> U tom primjeru u kojem nastoji pokazati kako pobačaj ne može biti moralno prihvatljiv samo zato što trudnoj osobi nije zgodno biti trudna budući da, primjerice, ne može putovati avionom Thomson nije sama.<sup>68</sup> No što kada takva „nelagoda“ prelazi granice želje trudne osobe za, primjerice, održavanjem nekog hobija ili običnog putovanja? Što je recimo s nelagodnošću trudnoće koja je posljedica silovanja? Nadjačava li tada pravo žene da prekine trudnoću pravo fetusa da nastavi svoj razvoj? Fischer kaže da niti u slučaju silovanja pobačaj nije moralno prihvatljiv budući da se i tada govori o svojevrsnoj nelagodi trudne osobe.<sup>69</sup> Međutim, ovdje se postavlja pitanje možebitne ugroze mentalnog zdravlja trudne osobe koja bi održavala trudnoću do kraja i na kraju rodila dijete koje je suštinski produkt nasilnog čina i zasigurno protivno volji trudne osobe.

Na ovom tragu zapravo dolazimo do još jednog mogućeg sukoba prava, a to je pravo na zdravlje, očuvanje vlastitog zdravlja i života trudne osobe te prava fetusa na nastavak života i razvitak. Očuvanje života trudne osobe jedan je od redovito prihvaćenih argumenata i od strane zagovornika prava na život. Čak su i striktni europski režimi uređivanja prava pobačaja, poput onoga u Republici Irskoj (do referenduma 2018. godine) te današnjeg uređenja pobačaja u Poljskog, prihvaćali odnosno prihvaćaju taj razlog za opravdano zahtijevanje pobačaja.<sup>70</sup>

No, zasigurno kada se promišlja o slučaju silovanja poteže se pitanje neodgovornosti trudne osobe za začecje. Nemoguće je nepostaviti pitanje, treba li postojati odgovornost i obveza trudne

primjerom autorica govori kako je riječ o velikoj žrtvi, pa čak i ako nečiji život ovisi o nama. Shodno vlastitom pravu na autonomiju nismo u dužnosti ostati povezani s violinistom (Thomson, „A Defense of Abortion“, 49).

<sup>62</sup> Dworkin, *Life's dominion*, 33.

<sup>63</sup> Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 213.

<sup>64</sup> *Ibid*, 91.

<sup>65</sup> Referirajući se na primjer violinista koji daje Thomson drži kako bi bilo nemoralno odvojiti se od violinista, kao što bi bilo nemoralno učiniti pobačaj. David B Hershenov, „Abortions and Distortions: An Analysis of Morally Irrelevant Factors in Thomson's Violinist Thought Experiment“, *Social Theory and Practice*, 27-1 (2001), 148.

<sup>66</sup> Colby Gardner, „Defending „A Defense of Abortion““, *Aporia*, 27-2 (2017), 22.

<sup>67</sup> Thomson, „A Defense of Abortion“, 65.

<sup>68</sup> Fischer se slaže i dodaje: „Nelagoda (...) ne može biti opravdanje za moralnu prihvatljivost pobačaja.“ John Martin Fischer, „Abortion and Ownership“, *The Journal of Ethics*, 17-4 (2013), 287.

<sup>69</sup> *Ibid*.

<sup>70</sup> Više o tome u: Ivana Tucak, Anita Blagojević „Rethinking the Right to Abortion“, *Balkan Social Science Review* 15 (2020), 135-157; Ivana Tucak, Anita Blagojević, „Abortion in Europe“, *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020), 1135–1174.

osobe da ne prekine trudnoću kada je trudnoća rezultat silovanja? Thomson smatra da ne postoji nikakva posebna obveza niti moralna odgovornost trudne osobe prema fetusu<sup>71</sup> da iznese trudnoću do kraja niti u slučaju silovanja, jednako kao što ona ne postoji niti u bilo kojem drugom slučaju,<sup>72</sup> pa čak ako se i radi i o dobrovoljnom činu u kojemu bi trudna osoba imala svojevrsnu odgovornost. Međutim, ako fetusu priznamo osobnost u smislu prethodnih rasprava, pitanje dopuštenosti pobačaja u slučaju kada je trudnoća rezultat silovanja postaje suvišno. U radu „On the Moral and Legal Status of Abortion“ Warren tvrdi da je Thomson uspjela dokazati moralnu prihvatljivost za namjerni prekid trudnoće u slučaju silovanja i da ga je zapravo na svojevrsan način opravdala, ali u ostalim slučajevima kada odgovornost trudne osobe za začecje postoji, čini se da njezina argumentacija jednostavno nije održiva.<sup>73</sup> Važno je istaknuti da se i na strani zagovornika prava na život<sup>74</sup> često ističe opravdanje za moralnu prihvatljivost pobačaja u slučaju kada do začeca dođe nasilnim putem odnosno silovanjem.<sup>75</sup>

## 4. PRAVO I FETUS

U prethodnim poglavljima vidjeli smo različite pristupe problemu priznanja fetusu statusa moralne osobe s odgovarajućim interesima i sposobnostima.<sup>76</sup> Moramo se složiti s Ludvigom Beckmanom kako redovito u tim raspravama priznanje osobnosti ovisi o mentalnim procesima. Priznanje ovisi o sposobnosti osjećaja, mišljenja ili samosvijesti.<sup>77</sup> Određeno je psihološki, a ne biološki.<sup>78</sup> Takav pristup omogućuje da se status osoba prizna i određenim vrstama životinja (primjerice, dupinima, čimpanzama, gorilama, orangutanima).<sup>79</sup> Ljestvica je znatno više podignuta, ističe Beckman, ako svojstvo moralnog djelatnika izjednačimo s moralnom slobodom izbora. Osobom se tada smatra samo onaj entitet koji može razumjeti i slijediti moralne zapovijedi, biti moralno odgovoran za njihovo nepoštivanje.<sup>80</sup>

Početak osobnosti u ranim danima ljudskog života je nejasan.<sup>81</sup> Štoviše, ne postoji mogućnost pronalaska nekog preciznog trenutka kada ljudsko biće stječe dovoljnu razinu kognitivne sposobnost

71 Thomson posebno ističe moralno opravdanje za pobačaj u slučaju kada je trudnoća nastala kao posljedica silovanja. To je, prema autorici, jedna od tri situacije koje su moralno nedvojbene u pogledu dopuštenosti pobačaja. Druge dvije su kada je život trudne osobe ugrožen te kada trudna osoba ne dopušta da fetus „koristi“ njezino tijelo. (Elvio Bacca-rini, „Pobačaj: pomažu li moralne intuicije?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 19-1 (1998), 122).

72 Gardner, „Defending „A Defense of Abortion““, 26.

73 Warren, „On the Moral and Legal Status of Abortion“, 49.

74 Iako, nije uvijek slučaj, posebice ako se govori o nauku katoličke crkve. Prema Charles E. Riceu, nepošteno je usmr-titi fetus zbog „grijeha“ njegova oca. Na koji je god način došlo do začeca, pobačaj je nedopustiv. Charles E. Rice, *Fifty Questions on Abortion* (Notre Dame, Ind: Cashel Institute, 1979), 15.

75 Dworkin, *Life's dominion*, 32. Dworkin dalje navodi sljedeće: „Što je više iznimki koje se postavljaju kako bi se pobačaj moralno opravdao sve više se stvara dojam da fetus zapravo ne posjeduje pravo na život. Bilo bi kontradik-torno reći da fetus ima pravo na život, pravo koje je snažnije, u odnosu na primjerice pravo majke da joj život ne bude 'uništen' na određeni način, a da fetus nema pravo na život ako je on plod nasilnog začeca, odnosno silovanja“.

76 Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 20.

77 *Ibid*, 24.

78 *Ibid*, 24.

79 *Ibid*, 25.

80 *Ibid*, 26.

81 *Ibid*, 73.

da ispuni postavljene „konstitutivne uvjete osobnosti“ („sposobnosti značajne za osobnost“<sup>82</sup>).<sup>83</sup> Prema Greasley, ne postoji „odlučujući trenutak moralno transformativne prirode“.<sup>84</sup>

No, pravna osobnost se ne temelji na posjedovanja svojstva moralne osobe. Određeni entiteti ne moraju se isključiti iz kategorije pravnih subjekata na temelju njihovih intrinzičnih osobina.<sup>85</sup> Isključivo pravne norme mogu odrediti mjeru u kojoj su pojedini entiteti sudionici pravnih odnosa.<sup>86</sup> Pravni subjekt je „fikcija“ stvorena u svrhe „ilustracije i pojednostavljenja“.<sup>87</sup> Njezina svrha nije pronalaženje značajki „intrinzičnih prirodnim objektima“.<sup>88</sup> Nije riječ o povlastici samo određene vrste subjekata, nego o statusu koji je pravno determiniran. Zakoni ga mogu dodijeliti bilo kome ili bilo čemu.<sup>89</sup> Pravni subjekti se danas uobičajeno određuju, posebno kod teoretičara subjektivnih prava koji zastupaju teoriju volje, kao oni koji mogu pravno djelovati te su istodobno odgovorni za svoje postupke.<sup>90</sup> No, danas su priznati kao pravni subjekti i oni pojedinci koji ne posjeduju moć poduzimanja pravnih radnji. Postoje čitave kategorije fizičkih osoba kojima suvremeni pravni poreci priznaju status pravnog subjekta, a koje ne ispunjavaju gore spomenuti uvjet, primjerice, djeca, osobe s invaliditetom, komatozni bolesnici.<sup>91</sup> Premda im suvremeni pravni poreci priznaju pravni status, njihov je pravni status u usporedbi s pravnim statusom odraslih osoba bez intelektualnog i mentalnog invaliditeta reduciran i stupnjeviti.<sup>92</sup> Reduciranost prava djece i osoba s intelektualnim i mentalnim poteškoćama posljedica su njihove smanjene kompetentnosti<sup>93</sup> odnosno nedostataka racionalne volje.<sup>94</sup> Možemo se složiti s Kurkijem, kako je danas, u suvremenim zapadnim pravnim sustavima, paradigma fizičke osobe kao pravnog subjekta ona koja ima sljedeće karakteristike: ljudsko je biće, rođeno, trenutno živo i koje je osjećajno.<sup>95</sup>

U prošlosti uskraćivanje statusa punopravnog pravnog subjekta bilo je posljedica činjenice da su pojedinci pripadali skupinama koje su se smatrala inferiornima.<sup>96</sup> Žene su osobito „problematičan slučaj“ pravne osobnosti. Kroz povijest paradigmatičan pravni subjekt bio je muškarac.<sup>97</sup> Pobačajno zakonodavstvo koja ograničava autonomiju žena također je problematično za njihovu osobnost.<sup>98</sup> Osobito se tu treba istaknuti promatranje fetusa kao samostalnog entiteta, a ne kao

82 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 74.

83 *Ibid.*, 73.

84 *Ibid.*

85 Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 19-20.

86 *Ibid.*, 19, bilješka 19.

87 *Ibid.*, 20.

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*

90 Ngairé Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“, *Symposium on the theory of legal personhood*, *Revus* Online 44, 2021. Pristupljeno: 2.12.2023. (<http://journals.openedition.org/revus/6953>)

91 Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 19-20.

92 *Ibid.*, 21.

93 *Ibid.*

94 Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“.

95 Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, 8, navedeno prema Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“.

96 Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 22. Zanimljiva je pravna situacija robova u Sjedinjenim Američkim Državama, kako to ističe Beckman, prije građanskog rata; oni su istodobno imali status imovine (*property*), ali i pravni subjektivitet, doduše bez „jednakih i temeljnih prava“ koje su imali bijeli Amerikanci.

97 Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“

98 *Ibid.*

dijela ženskog tijela.<sup>99</sup> Pravni status danas se smatra temeljnom vrijednošću za sva ljudska bića.<sup>100</sup> Opća deklaracija o ljudskim pravima određuje da „svatko ima pravo da ga se svugdje pred zakonom priznaje kao osobu”.<sup>101</sup> Posljedice priznavanja osobnosti su normativne, pravnom subjektu se duguje poštovanje.<sup>102</sup>

## 5. USTAVNOSUDSKA PRAKSA

Mali broj država danas, izričito ili implicitno, jamči pravo na život prije rođenja. U Europi, jedino je Ustav Republike Irske izričito priznavao pravo na život fetusa prije rođenja. No, u svibnju 2018. Irci su referendumom isključili ovo određenje iz svog Ustava.<sup>103</sup> U državama u kojima se to pravo izričito ne spominje u Ustavu niti u zakonima, zakoni koji reguliraju problematiku pobačaja su bili propitivani pred najvišim sudskim tijelima. U čuvenom predmetu *Roe v. Wade* (1973.) pred američkim Vrhovnim sudom, utvrđeno je da je pitanje statusa fetusa od krucijalne važnosti (*Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 [1973]). Kada bi se fetusu priznao status osobe a time i pravo na život prema 14. amandmanu na američki Ustav (*Equal Protection Clause*)<sup>104</sup> tada bi rasprava u tom predmetu o tada spornom tekšaškom zakonu koji je zabranjivao pobačaj s iznimkom kada je ugrožen život majke bila bespredmetna.<sup>105</sup> Kako to ističe Kate Greasley, kada se fetusu prizna pravni subjektivitet time se poništavaju svi argumenti uobičajeno isticali u prilog prava na pobačaj koji ukazuju na štetne posljedice zabrane pobačaja, poput onih koji ističu da zabrane prisiljavaju žene da pobačaj obavaju u nelegalnim ordinacijama dovodeći u opasnost svoje zdravlje i život.<sup>106</sup> Isto vrijedi i za argumente vezane uz zaštitu tjelesnog integriteta žene (pravo na nemiješanje<sup>107</sup>), slobodu od tereta povezanih sa trudnoćom te one koji se tiču ravnopravnosti spolova (kada nastava trudnoće predstavlja otegotnu okolnost u pogledu obrazovanja žena, napredovanja u karijeri i dr.).<sup>108</sup> Takvi argumenti ne mogu opravdati pobačaj ako bi on značio ubojstvo.<sup>109</sup> Iznimno važni interesi žene, i pojedinačno, i kao klase su dovedeni u pitanje zabranom pobačaja, pravo na pobačaj je tako stvar socijalne pravednosti.<sup>110</sup>

Hrvatski Ustavni sud u svom rješenju iz 2017. godine fetus kojeg naziva „nerođeno biće“ određuje kao „Ustavom zaštićenu vrijednost u smislu članka 21. Ustava (koji jamči pravo na život, op.

---

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 22.

<sup>101</sup> Opća deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni dokumenti, Narodne novine (12/2009), čl. 6.

<sup>102</sup> Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 24.

<sup>103</sup> Detaljnije u: Tucak, Blagojević, „Abortion in Europe“.

<sup>104</sup> John, Finnis, „Unborn persons: Why Equal Protection Slept 102 Years“, *First Things* 2021. Pristupljeno 2.11.2023 (<https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/03/unborn-persons-why-equal-protection-slept-102-years>)

<sup>105</sup> John Finnis, „Abortion is Unconstitutional“, *First Things* 2021. Pristupljeno: 2.11.2023. (<https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional>)

<sup>106</sup> Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 9.

<sup>107</sup> Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“.

<sup>108</sup> Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 13-14.

<sup>109</sup> *Ibid.*, 9-10.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 17.

a.) samo do one mjere do koje se ne sukobljava s pravom žene na privatnost<sup>111</sup>. Prema hrvatskom Ustavnom sudu, ženino pravo na pobačaj zaštićeno je pravom na privatnost (čl. 35. hrvatskog Ustava). Ono, ističe Ustavni sud, podrazumijeva „pravo svakoga na slobodu odlučivanja i samoodređenje“<sup>112</sup>. Njemu je „inherentno pravo žene na vlastiti duhovni i tjelesni integritet, koji uključuje i odluku hoće li začeti dijete i kako će se njezina trudnoća razvijati“<sup>113</sup>. Dobrovoljna trudnoća kao i ona koja je posljedica nasilja ne ostavljaju žene bez ovog prava.<sup>114</sup> Suci općenito pokušavaju izbjeći donošenje odluke o početku pravne osobnosti.<sup>115</sup> To načelo je slijedio i hrvatski Ustavni sud jasno istaknuvši u spomenutom rješenju kako ovo pitanje ne potpada pod nadležnost Ustavnog suda. Konačno odluku o tom pitanju odbio je donijeti i američki Vrhovni sud u predmetu *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* iz 2022. (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 142 S. Ct. 2228 [2022]). Spomenutom odlukom je nakon 49 godina ukinut ustavni status prava na pobačaj utvrđen u predmetu *Roe v. Wade*. U oba spomenuta primjera, sudovi su utvrdili da odluka o početku života pripada zakonodavcu.

Zakonodavac se s pitanjem kada nastaje osoba, s obzirom na normativne aplikacije koje ono za sobom povlači, mora na odgovarajući način nositi. Nužno je propisati precizan trenutak kada se stječe status pravnog subjekta.<sup>116</sup> To je nužno, ističe Greasley, da bi se zadovoljili zahtjevi vladavine prava, pravne sigurnosti, dostojanstva pojedinca i jednakosti u tretmanu sličnih slučajeva.<sup>117</sup> Postavljeni prag osobnosti mora biti takav da obuhvati slučajeve koji se uobičajeno promatraju kao osobe.<sup>118</sup> Većina država se odlučila za trenutak rođenja usprkos tome što novorođenčad nije samo-svjesna, racionalna ili komunikativna.<sup>119</sup> Psiholozi ističu da se samosvijest kod djece uobičajeno pojavljuje tek oko druge godine života.<sup>120</sup> Rođenje nije točka koja odgovara početku osobnosti, no riječ je o događaju koji ima druge prednosti, jasno je vidljiv i neporeciv.<sup>121</sup> Važno je naglasiti kako premda nisu pravni subjekti, fetusi su u većini država zakonski zaštićeni zabranom pobačaja u kasnijim stadijima trudnoće.<sup>122</sup> Tako, primjerice, hrvatsko zakonodavstvo priznaje pravo na nastavak razvoja fetusa, a time i štiti njegovo pravo na život nakon desetog tjedna od začeća.<sup>123</sup> Kako je to istaknuo hrvatski Ustavni sud, oslanjajući se na komparativnu europsku ustavnosudsku praksu i praksu Europskog suda za ljudska prava, postoji javni interes da se osigura zaštita nerođenog bića.<sup>124</sup>

111 Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-60/1991 i dr. od 21. veljače 2017. I Izdvojeno mišljenje, NN 25/2017, toč. 45.

112 *Ibid*, toč. 44.1.

113 *Ibid*.

114 *Ibid*.

115 Thomas, „A Critical Review of Law’s Meaning of Life“, 632., Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, točka 45.1.

116 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 73.

117 *Ibid*, 74-75.

118 *Ibid*, 75.

119 *Ibid*, 80.

120 Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 94.

121 *Ibid*, 80.

122 Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“

123 *Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece*, NN 18/78, 88/09., čl.15.

124 Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, točka 45.

## 6. ZAKLJUČAK

Pitanje je li fetus osoba od presudne je važnosti u raspravama oko dopustivosti pobačaja. U prikazanim raspravama o fetusima kao osobama u moralnom smislu istražuje se mogu li fetusu po svojoj prirodi biti nositelji prava.<sup>125</sup> Priznanjemoralnog statusa određenoj kategoriji bića sa odgovarajućom „moralnom vrijednošću“<sup>126</sup> te interesima i pravima čini ih osobama koje uživaju jednakost „u moralnoj zajednici“.<sup>127</sup> U radu su predstavljena različita filozofska stajališta o tome kako odrediti pojam osobe i koja su to nužna obilježja osoba. Određeni kriteriji koji su svojstveni odrasloj osobi, nisu svojstveni tek rođenima, a svakako onda niti fetusu kao nerođenom entitetu. Priznavanja statusa osobe od izuzetnog je značaja budući da povlači za sobom, kako je to istaknula Greasley, niz „normativnih implikacija o tome kako je moralno prihvatljivo tretirati takva bića“.<sup>128</sup> No, kada govorimo o osobama u pravnom smislu, pravni tvorci ne tragaju za nekim „intrinzičnim obilježjima“ karakterističnim za pravne subjekte. Isključivo pravne norme su te koje mogu odrediti mjeru u kojoj su pojedini entiteti sudionici pravnih odnosa.<sup>129</sup> Stjecanje statusa pravnog subjekta podrazumijeva biti nositelj temeljnih prava, pa tako i prava na život koje se nalazi u ustavnim tekstovima i međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima. Kada bi zakonodavac priznao pravni subjektivitet fetusu to bi značilo priznanje njegovog prava na nastavak života i daljnji razvoj koje tada odnosi pobjedu u sukobu s pravom žene na slobodan izbor u gotovo svim situacijama. Međutim, to za sobom povlači pitanje opravdanosti jedine trenutno priznate važne iznimke od zabrane pobačaja čak i u najrigoroznijim pobačajnim režimima. Radi se o trudnoći koja ugrožava život majke. Pravo fetusa slabi u onoj mjeri u kojoj određene okolnosti ugrožavaju život trudne osobe, odnosno njezino mentalno i/ili fizičko zdravlje.

U suvremenim zapadnim pravnim sustavima pravo na pobačaj sve se više liberalizira, oslobađa različitih ograničenja i štiti pod okriljem ženina prava na privatnost i slobodu odlučivanja što ukazuje da se suvremeno pravo ne razvija u smjeru priznanja fetusu statusa osobe. No, to ne znači da je fetus bez ikakve zaštite. Važno je naglasiti kako premda nisu pravni subjekti, fetusu su u većini država zakonski zaštićeni zabranom pobačaja u kasnijim stadijima trudnoće.<sup>130</sup> Zakonodavci su ti koji imaju legitimitet da postignu ono što je hrvatski Ustavni sud nazvao „pravednom ravnotežom“ između slobode izbora trudne osobe i zaštite fetusa kao javnog interesa.<sup>131</sup>

## LITERATURA

1. Alvarez Manninen, Bertha. „Yes, the Baby Should Live: A pro-Choice Response to Giubilini and Minerva“, *Journal of Medical Ethics*, 39-5 (2013): 330–335.

<sup>125</sup> Usp. Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 15.

<sup>126</sup> Greasley, Kaczor, *Abortion Rights: For and Against*, 92.

<sup>127</sup> Ibid. Greasley, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*, 13.

<sup>128</sup> Greasley, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*, 13.

<sup>129</sup> Beckman, „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, 20.

<sup>130</sup> Naffine, „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“.

<sup>131</sup> Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, točka 45.



2. Baccarini, Elvio. „Pobačaj: pomažu li moralne intuicije?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 19-1 (1998): 115-132.
3. Beckman, Ludvig. „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 47-1 (2018): 13-28.
4. Boonin-Vail, David. „A Defense of Abortion“, *Ethics*, 116-4 (2006):781-785.
5. Dworkin, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.
6. Fischer, John Martin. „Abortion and Ownership“, *The Journal of Ethics*, 17-4 (2013): 275-304.
7. Galeza, Dorota. „Dworkin's Argument on Abortion“, *The King's Student Law Review*, 5-2 (2014): 33-51.
8. Gardner, Colby. „Defending „A Defense of Abortion““, *Aporia*, 27-2 (2017): 19-28.
9. Giubilini, Alberto, Francesca, Minerva. „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“, *Journal of Medical Ethics*, 39 (2013): 261-263.
10. Giubilini, Alberto. „Abortion and the Argument from Potential: What We Owe to the Ones Who Might Exist“, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 37-1 (2012): 1-11.
11. Greasley, Kate, Christopher Kaczor. *Abortion Rights: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
12. Greasley, Kate. *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*. Oxford: Oxford University, 2017.
13. Hershenov, David B. „Abortions and Distortions: An Analysis of Morally Irrelevant Factors in Thomson's Violinist Thought Experiment“, *Social Theory and Practice*, 27-1 (2001): 129-148.
14. Himma, Kenneth Einar. „A Dualist Analysis of Abortion: Personhood and the Concept of Self qua Experiential Subject“, *Journal of Medical Ethics*, 31-1 (2005): 48-55.
15. Kamm, F. M. „Ronald Dworkin on Abortion and Assisted Suicide“, *The Journal of Ethics*, 5-3 (2001): 221-240.
16. Kaposy, Chris. „Proof and Persuasion in the Philosophical Debate about Abortion“, *Philosophy & Rhetoric*, 4-2 (2010): 139-162.
17. Kurki, Visa A. J. *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University, 2019.
18. Marquis, Don. „Why Abortion is Immoral“, *The Journal of Philosophy*, 86-4 (1989): 183-202.
19. Pullman, Daryl. „Non-persons, Feticide, and the Erosion of Dignity“, *Journal of Bioethical Inquiry*, 7 (2010): 353-364.
20. Rice, Charles E. *Fifty Questions on Abortion*. Notre Dame, Ind: Cashel Institute, 1979.
21. Thomas, Bryan. „A Critical Review of Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person“, *Journal of Law and Society*, 38-4 (2011): 631-646.
22. Thomson, Judith J. „A Defense of Abortion“, *Philosophy & Public Affairs*, 1-1 (1971): 47-66.
23. Tooley, Michael. „Abortion and Infanticide“, *Philosophy & Public Affairs*, 2-1 (1972): 37-65.
24. Tucak, Ivana, Blagojević, Anita. „Abortion in Europe“, *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020): 1135-1174.
25. Tucak, Ivana, Blagojević, Anita. „Propitivanje prava na pobačaj u Sjedinjenim Američkim Državama“, *Obnovljeni Život*, 78-5 (2023): 585-599.

26. Tucak, Ivana, Blagojević, Anita. „Rethinking the Right to Abortion“, *Balkan Social Science Review* 15 (2020): 135-157.
27. Warren, Mary Anne. „On the Moral and Legal Status of Abortion“, *The Monist*, 57-1 (1973): 43-61.
28. Wertheimer, Roger. „Understanding the Abortion Argument“, *Philosophy & Public Affairs*, 1-1 (1971): 67-95.
29. Wilkey Ian, Pearn John, Petrie Gwynneth, Nixon James. „Neonaticide, Infanticide and Child Homicide“, *Medicine, Science and the Law*, 22-1 (1982): 31-34.
30. Zelić, Nebojša. „Javni um i pravo na pobačaj“, *Politička misao: časopis za politologiju*, 44-2 (2007): 55-69.
31. Žitinski, Maja. „Bioetički kontekst sukobljenih prava“, *Socijalna ekologija*, 15-3 (2006): 237-250.

### Pravni akti:

1. Kazneni zakon, Narodne novine (125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21)
2. Opća deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni dokumenti, Narodne novine (12/2009)
3. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-60/1991 i dr. od 21. veljače 2017. i Izdvojeno mišljenje, NN 25/2017, Pristupljeno: 5.11.2023. ([https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017\\_03\\_25\\_564.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_03_25_564.html))
4. Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, Narodne novine (18/78, 88/09)

### Mrežni izvori:

1. Finnis, John, „Abortion is Unconstitutional“, *First Things* 2021. Pristupljeno: 2.11.2023. (<https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional>)
2. Finnis, John, „Unborn persons: Why Equal Protection Slept 102 Years“, *First Things* 2021. Pristupljeno 2.11.2023 (<https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/03/unborn-persons-why-equal-protection-slept-102-years>)
3. *Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje*. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021. Pristupljeno 1.11. 2023. (<https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=43020>)
4. Kukla Rebecca, Wayne Katherine, „Pregnancy, Birth, and Medicine“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.) Pristupljeno: 5.11.2023. (<https://plato.stanford.edu/entries/ethics-pregnancy/>)
5. Naffine, Ngaire. „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“, *Symposium on the theory of legal personhood, Revus Online* 44, 2021. Pristupljeno: 2.12.2023. (<http://journals.openedition.org/revus/6953>)
6. Satz, Debra. „Feminist Perspectives on Reproduction and the Family“, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Pristupljeno: 12.11.2023. (<https://plato.stanford.edu/entries/feminism-family/>)

## LITERATURE

1. Alvarez Manninen, Bertha. „Yes, the Baby Should Live: A pro-Choice Response to Giubilini and Minerva“, *Journal of Medical Ethics*, 39-5 (2013): 330–335.
2. Baccarini, Elvio. „Abortion: Any Help in Moral Intuitions?“, *Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka*, Vol. 19-1 (1998): 115-132.
3. Beckman, Ludvig. „Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations“, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 47-1 (2018): 13-28.
4. Boonin-Vail, David. „A Defense of Abortion“, *Ethics*, 116-4 (2006):781-785.
5. Dworkin, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.
6. Fischer, John Martin. „Abortion and Ownership“, *The Journal of Ethics*, 17-4 (2013): 275-304.
7. Galeza, Dorota. „Dworkin's Argument on Abortion“, *The King's Student Law Review*, 5-2 (2014): 33-51.
8. Gardner, Colby. „Defending „A Defense of Abortion“, *Aporia*, 27-2 (2017): 19-28.
9. Giubilini, Alberto and Francesca Minerva. „After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?“, *Journal of Medical Ethics*, 39 (2013): 261-263.
10. Giubilini, Alberto. „Abortion and the Argument from Potential: What We Owe to the Ones Who Might Exist“, *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 37-1 (2012): 1-11.
11. Greasley, Kate and Christopher Kaczor. *Abortion Rights: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
12. Greasley, Kate. *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*. Oxford: Oxford University, 2017.
13. Hershenov, David B. „Abortions and Distortions: An Analysis of Morally Irrelevant Factors in Thomson's Violinist Thought Experiment“, *Social Theory and Practice*, 27-1 (2001): 129-148.
14. Himma, Kenneth Einar. „A Dualist Analysis of Abortion: Personhood and the Concept of Self qua Experiential Subject“, *Journal of Medical Ethics*, 31-1 (2005): 48-55.
15. Kamm, F. M. „Ronald Dworkin on Abortion and Assisted Suicide“, *The Journal of Ethics*, 5-3 (2001): 221-240.
16. Kaposy, Chris. „Proof and Persuasion in the Philosophical Debate about Abortion“, *Philosophy & Rhetoric*, 4-2 (2010): 139–162.
17. Kurki, Visa A. J. *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University, 2019.
18. Marquis, Don. „Why Abortion is Immoral“, *The Journal of Philosophy*, 86-4 (1989): 183-202.
19. Pullman, Human D. „Non-persons, Feticide, and the Erosion of Dignity“, *Journal of Bioethical Inquiry*, 7 (2010): 353-364.
20. Rice, Charles E. *Fifty Questions on Abortion*. Notre Dame, Ind: Cashel Institute, 1979.

21. Thomas, Bryan. „A Critical Review of Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person”, *Journal of Law and Society*, 38-4 (2011): 631-6
22. Thomson, Judith J. „A Defense of Abortion“, *Philosophy & Public Affairs*, 1-1 (1971): 47-66.
23. Tooley, Michael. „Abortion and Infanticide“, *Philosophy & Public Affairs*, 2-1 (1972): 37-65.
24. Tucak, Ivana and Anita Blagojevic. „Abortion in Europe“, *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020): 1135–1174.
25. Tucak, Ivana and Anita Blagojevic. „Rethinking the Right to Abortion in the United States of America“, *Renewed Life (Obnovljeni Zivot)*, 78-5 (2023): 585-599.
26. Tucak, Ivana and Anita Blagojevic. „Rethinking the Right to Abortion“, *Balkan Social Science Review* 15 (2020): 135-157.
27. Warren, Mary Anne. „On the Moral and Legal Status of Abortion“, *The Monist*, 57-1 (1973): 43-61.
28. Wertheimer, Roger. „Understanding the Abortion Argument“, *Philosophy & Public Affairs*, 1-1 (1971): 67-95.
29. Wilkey, Ian, John Pearn, Gwynneth Petrie and James Nixon James. „Neonaticide, Infanticide and Child Homicide“, *Medicine, Science and the Law*, 22-1 (1982): 31-34.
30. Zelic, Nebojsa. „Public Mind and the Right to Abortion“, *Political Thought: Political Science Review (Politicka misao: casopis za politologiju)*, 44-2 (2007): 55-69.
31. Zitinski, Maja. „Bioethical Context of Confronted Rights“, *Social Ecology (Socijalna ekologija)*, 15-3 (2006): 237-250.

#### **Legal acts:**

1. Criminal Code, Official Gazette of the Republic of Croatia (125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21)
2. Universal Declaration of Human Rights, International Documents, Official Gazette of the Republic of Croatia (12/2009)
3. Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia No. U-I-60/1991 et al. of February 21, 2017 and Separate Opinion, Official Gazette of the Republic of Croatia 25/2017, Accessed: 5.11.2023. ([https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017\\_03\\_25\\_564.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_03_25_564.html))
4. Law on health measures for exercising the right to free decision on having children, Official Gazette of Republic of Croatia (18/78, 88/09)

#### **Online sources:**

1. Finnis, John. “Abortion is Unconstitutional”, *First Things* 2021. Accessed: 2.11.2023. (<https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional>)
2. Finnis, John. “Unborn persons: Why Equal Protection Slept 102 Years”, *First Things* 2021. Accessed: 2.11.2023 (<https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/03/unborn-persons-why-equal-protection-slept-102-years>)
3. *Croatian encyclopedia, online edition*. Miroslav Krleža Lexicographic Institute, 2021. Accessed 1.11. 2023. (<https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=43020>)

4. Kukla, Rebecca and Katherine Wayne, „*Pregnancy, Birth, and Medicine*“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.) Accessed: 5.11.2023. (<https://plato.stanford.edu/entries/ethics-pregnancy/>)
5. Naffine, Ngairé. „Hidden presuppositions and the problem of paradigm persons“, *Symposium on the theory of legal personhood*, *Revus Online* 44, 2021. Accessed: 2.12.2023. (<http://journals.openedition.org/revus/6953>)
6. Satz, Debra. „*Feminist Perspectives on Reproduction and the Family*“, Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Accessed: 12.11.2023. (<https://plato.stanford.edu/entries/feminism-family/>)

## FETUS AS A PERSON

Laura Vilić<sup>132</sup>, Ivana Tucak<sup>133</sup>

*Faculty of Law of the Josip Juraj Strossmayer University of Osijek*

**Summary:** *“Who can be considered the holder of rights” is one of the fundamental questions in the theory and philosophy of law. This issue is gaining increasing importance with the development of technology (artificial intelligence) as well as with new considerations, for example, regarding animals and trees. This topic is especially relevant in the context of the fetus’s right to life, where the question arises about the beginning of life. Although no one denies that fetuses belong to the human species, there is no agreement on the exact point at which they become a person. In almost all modern states, the moment of birth is considered as a key point. If the fetus is recognized as a person with the right to life, the right to abortion cannot be recognized, as in that case abortion would constitute a crime of murder. The goal of this paper is to offer an answer to the question of whether fetuses can be considered holders of rights by critically examining the positions of contemporary theoreticians.*

**Key words:** *abortion, fetus, personhood, child, human life*

---

<sup>132</sup> PhD student, Faculty of Law of the Josip Juraj Strossmayer University of Osijek (viliclaura@gmail.com).

<sup>133</sup> Full professor, Faculty of Law of the Josip Juraj Strossmayer University of Osijek (itucak@pravos.hr). This paper is made in the Framework of the Jean Monnet Module “European Union and Gender Equality- EUGEquality”.

# ON THE RULE OF LAW THAT CONTESTS AND THAT IS CONTESTED

Csaba Varga<sup>1</sup>

*Institute for Legal Philosophy of the Catholic University of Hungary*

**Abstract:** *The rule of law has become a watchword in international politics over the last few decades. It has been transformed from a descriptum into a prescriptum, a criterion for judging legal orders, transferred from the legal to the political sphere. For Hungary, its impact coincided with the dissolution of the Soviet empire and the advance of globalisation in our unipolar world. But it did not become, could not become, an operative term in law, since it is not linked to a definition of facts that would allow it to become legally ascertained and established as a set of facts constituting a legal case. Because, by its very nature, it is not a class concept with sharp boundaries, but a concept of order that can only be clarified by characterisation and through examples. It is what literature calls essentially contested, and what institutions and authors are constantly expanding with competing formulations, which has long since led to its internal emptying out. In its origin and development, it has never been anything other than the accumulated experience of civilisational self-growth in the operation of the law by the state, which has evolved in responses to the challenges of various places and times. That is, it is particular, a function of hic et nunc developments. And the way in which our present attempts to universalise this — in which, of course, mutual learning processes between nations and ages are also involved — is a mere artificial projection, which conceals the West's urge to export the values that guide it. Not a yes or no category, but an ideal towards which we strive. Contradictory, with compromises, because if we attempted to satisfy it in its entirety, the conflicting values within it could extinguish each other; consequently, only a case-by-case weighing up of these values can ensure that a balance, optimally satisfactory there and then, is achieved.*

**Keywords:** *Rule of Law, concept, essentially contested, West, export of values*

## 1. RULE OF LAW

The idea of the rule of law, or *Rechtsstaatlichkeit*, has become one of the watchwords of international politics in recent decades, while its conceptual content has been debated in Hungary since the beginning of the so-called transition to rule of law. Mainstream academic and political

---

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

circles have already universalised it as a closed and abstract concept that happens to be the minimum that should be achieved anywhere in the world, as it serves as a criterion for state institutions, human rights and all the values they happen just to hold. This is not a new or Hungarian characteristic. Its genesis coincided with the dissolution of the Soviet world empire and the imposition of globalisation on a unipolar world. Virtually from the end of the Cold War, from the unipolarisation of the world, the United Nations, together with its economic and financial organisations, as well as the United States in its foreign policy and the European Union in its political centralisation, has used it as a means of globalist or federalising expansion with its own values, state structures and conception of human rights.

In the conceptuality of the rule of law, or *Rechtsstaatlichkeit*, it is a broad ideal with many values, which can only be approached by a pragmatic case-by-case weighing and balancing, ready to compromise, in order to achieve an optimal solution in each case. For, considering its complexity with conflicting values involved, internal collisions would be caused in case of equal support. At the same time, this concept cannot be proclaimed as a universal model, but only as a solution to problems within a particular state or international entity, which happens to be a response to problems that have arisen in its own context, place and time. The idea itself is therefore by definition particularistic, which can hardly be universalised away from the concreteness of *hic et nunc*. If only because it presupposes a rule-based legal order, which is unique to Western legal systems.

So, if we summarise what we knew about this concept in its appearance a century or two ago, and what the new powers, in a world order that has become unipolar with the collapse of the Soviet empire, are now trying to impose on us, we are faced with a new phenomenon, because it has become transubstantiated in the meantime.

What it was, was taking the law seriously. The need, in the continental European version, for the law to bind the power that makes the law as well as all its addressees, and in the Anglo-Saxon version, for a court to be authorised to say and enforce what the law ultimately is in any dispute. It was, therefore, nothing more than an expression of our civilisational self-aggrandisement in the field of law—an ideal to which we all aspire; each of us in our own practice, under conditions that have just been given to us in the ceaselessness of the challenges and responses of our existence. So here they are, there they are; and they change over time. Hence, in its origin and development, it comprehends all the experience accumulated in the civilisational self-ennoblement available in the operation of the state, an experience which has always been nourished by different responses to the changing challenges of particular places and times. It has therefore never been anything other than inherently context-dependent and thus inevitably particular. Our present, through a natural, and partly mutual, learning process between nations and ages, attempts to project it as universal, but its sheer articulation does not necessarily imply more than the natural need of those involved to export values that are specifically vitally necessary for the West.

Even when the West used the slogan of the rule of law as a symbol of its superiority in the Cold War confrontation, it was only used to denote, describe and characterise. Now, however, with the rise of globalisation, when the world economy demands a single regulatory environment and the European Union has embarked on centralised empire-building, the official mantra has become an increasingly insistent demand for the rule of law, but now enforced as a normative criterion.

What is the content? It is being used as if it were a legal instrument, an instrument to enforce a long-known ideal worldwide. But deceptively, because it has now been placed in the political milieu of world power decision-makers and thus transferred from the legal to the political arena,



with the possibility of expanding its content as its masters see fit, while attempting to force their innovations of today into the already recognised yesterday. As if the deliberate commitment of a state to the *status quo ante* automatically extended to the contingency of any *status quo post*. But that which is freely extended and changed in this way is also a sign of the actual lack of substance of this claim. It is no coincidence, then, that the concept itself seems to be internally emptied to its proponents, too.

And indeed: even though they changed it from a *descriptum* to a *prescriptum* and thus to a criterion for judging working legal systems, they could not change the basic nature of the rule of law. That is, the fact that, by its very nature, it is not a *class concept* with sharp boundaries (which is based on definition, on the ability to draw firm, sharply contoured boundaries of the object), but a *concept of order* that can only be described by characterisation and exemplification (which can only be described, illustrated by a series of examples of various occurrences and characteristic properties). In other words, to use another terminology from the literature of philosophy of science, the fundamental characteristic of the rule of law is precisely the immutability of *essential contestability and contestability*. This is what, on the one hand, is freely and constantly expanded by competing institutional and authorial formulations. At the same time, and on the other hand, it is this basic nature which, of course, is a prerequisite for its unchanging service as the ideal of a humanity that believes in the rule of law, or *Rechtsstaat*, despite changing circumstances.

Its content, even in the narrowest legal conception of the constitutive elements, is a confusing ensemble of values, goals and procedural paths which, since they naturally point in different directions and are also in tension with each other, require balancing in each specific individual situation—if only because maximising them without such a compromise (or even attempting or supporting their full satisfaction) would result in their mutual extinction. It is not, therefore, a category of ‘yes’ or ‘no’, but an ideal, a direction towards which we must strive in any actualisation of law. How? Contradictorily and with compromises. For only the individual solution of then and there can create any kind of then and there optimal balance.

Inherent in the very nature of our subject is the fact that neither the rule of law nor *Rechtsstaat* has ever been—and in its current, bordering on abusive, usage has ever become—an operative concept in law. It is therefore not an operative term, because neither it as a whole nor its individual components contain definitions of facts which, by constituting a legal case in law, would make it possible to determine its existence or non-existence in law, and thus to establish it or prove it in court. Such a definition of a set of facts, i.e. of a set of facts constituting a legal case of the rule of law, is inherently questionable in the case of such a type of construct. In fact, no such definition has yet been given by the domestic or international order of any state or international entity which, by invoking this very concept, is today making political and economic demands or even using blackmail as a means of extortion.

This obviously also applies to the political-ideological extension of the notion of the rule of law, when democracy, human rights and liberalism with further values are added to the list of demands within the rule of law as a *sine qua non*. For neither can this mean that anyone can claim a commitment to the rule of law in the past as a justification for the subsequent assumption of any arbitrary extensions.

## 2. BASICS

This concise summary is the result of a longer process of reflection, which, as can be seen from the volume of papers on which this review is based,<sup>2</sup> contains ever new ideas, considerations and problem formulations, a succession of endeavours, reflections and writings attempting to respond to various socio-political events and shocks that have repeatedly formulated the basic issue in their own colours and context, over the course of more than three decades, with successes and failures.<sup>3</sup>

The encounter with this very notion was a process—as *Preface*<sup>4</sup> shows—which, although it had a beginning, has not been consolidated since. In fact, for a long time it was chanted as a leading slogan of popular expectation of liberation from communism, but this was soon supplanted by the West’s mantra-like, blackmailing demand for its own agendas under the same name. Whereas, until almost the collapse of communism, the very concept of the ‘*Rechtsstaat*’ served in our country and virtually throughout the European continent as a form of the state applied to German development, leaving behind the arbitrariness of feudal absolutism, and only the pressure of the unipolar world system that emerged with the break-up of the Soviet Union made it the main expectation of law, now with Anglo-American roots, as ‘rule of law’.

An analysis of the notion clearly shows its historical embeddedness. In a historical picture, on the European continent, the man who feels himself oppressed invokes the arbitrary power of the prince to legislate to remedy the situation, that is, he seeks to defend himself by the logical rigour of the enactment and trusted enforcement of a law, using an external (supreme, or divine, as it were) power, while the Englishman, with his confidence in socio-legal self-regulation at a societal level, is content to have his case disputed before an independent court. In the final analysis, then, as the heirs of a feudal crippling that seems never to be forgotten, we on the continent of Europe do no more than cry out to the prince himself for the issue of a proper legal text and the training of legal texts into a conceptualised system to fulfil it. As explained in »*Rechtsstaatlichkeit*«<sup>5</sup> all this lies a difference between two different historical contexts, two different ways of thinking and

<sup>2</sup> Csaba Varga *Rule of Law – Contesting and Contested* (Budapest: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law 2021) 408.

<sup>3</sup> Cf., by Csaba Varga, *Transition to Rule of Law On the Democratic Transformation in Hungary* (Budapest: ELTE “Comparative Legal Cultures” Project 1995) 190 [Philosophiae Iuris] and *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe* (Pomáz: Kráter 2008) 292 [PoLisZ Series 7]; as well as *Coming to Terms with the Past under the Rule of Law The German and the Czech Models*, ed. Csaba Varga (Budapest 1994) xxvii + 178 [Windsor Klub].

On related fields, as counter examples from the turbulent periods of Eastern and Central European history, cf. also, by Csaba Varga, ‘Lenin and the Law (A case-study on the borders of legal normality)’ *Central European Political Science Review* 20 (Spring 2019), No. 75, 131–179; ‘Slouching towards Gomorrah»: Communist Degeneration of Legal Theorising in Hungary’ *Central European Political Science Review* 13 (Fall 2012), No. 49, 55–86 and ‘Slouching towards Gomorrah»: Communist Degeneration of Legal Theorising in the Soviet Union and its Satellites’ *Central European Political Science Review* 15 (2014), No. 57, 9–57; ‘The Legacy of Marxism in Law’ *Central European Political Science Review* 44 (Summer 2011), No. 44, 78–96; ‘Legal Scholarship Facing the New Millennium (For Understanding the Challenge of Transition to Rule of Law)’ *Central European Political Science Review* 11 (Winter 2010), No. 42, 86–111; and lastly, ‘Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastrophe’ *Central European Political Science Review* 8 (Summer 2007), Nr. 28, 71–87.

<sup>4</sup> Csaba Varga, „Preface“, in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 9–14.

<sup>5</sup> Csaba Varga, “*Rechtsstaatlichkeit*” and “Rule of Law”: Divergent Paths of a Correlated Ideal” (1993), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 16–32.

understanding of law, which can best be expressed by contrasting the emphasis on the general on the one hand and the specific on the other. The relationship between the principle and the rule of decision, together with their relative weight, is the antithetical characteristic of each. Because on the one hand, law can only be partially and imperfectly codified, and therefore regulation can only be the product of a purely collective effort, where the general does not clearly define the specific, although it does not perceive it not even as chaos but as the unit of its system. On the other hand, the chain writing of precedents sees its true vocation precisely in enabling the principled response to and treatment of the irreducibly specific.

### 3. OUTLOOKS

To what extent is the present captive of the past? A case study<sup>6</sup> confirms that, like everything else, the legal mentality is also inherited; and it can hold the present in captivity. And today, as a result of its own traditions, the American legal mentality, coupled with a belief in the omnipotent prevalence of rationality, has institutionalised a legal mania which now sees the law itself, its overstretching, its predominance of the desire to regulate everything, as the cause of further trouble, of *juristopathy*.

And a further case study<sup>7</sup> already speaks of a turn to a new theoretical experiment, which happens to be called personalism, as a possible solution to overcome the almost hopeless difficulties of the post-communist transformation of a small and once thoroughly sovietised Baltic European country. In a balance of rights and obligations, treating both the one and the other as mutually conditional, it treats anyone who fails to fulfil his obligations as voluntarily withdrawing from his rights. And in rethinking the relationship between *ius* and *lex*, it recommends reasserting the primacy of *ius* over statutory positivism, which has essentially abolished the *ius* as its own terrain, and in this, it proposes to treat the development of the law by the courts and similar contributions as inherently co-constitutive.

As we struggle with the tasks of today, we are in fact struggling for a fuller assertion of the sacred and noble principles of before yesterday, yesterday and today. In the meantime, we know from history as well as from jurisprudence itself that these principles were themselves formed in the experience of a particular place and time, and then, generalised from them according to the needs of successive places and times. They are therefore to be taken seriously, notwithstanding that their universal survival is by no means guaranteed. And the discussion<sup>8</sup> points out that the extent of what we have achieved in the field of legally safeguarded protection may be overridden by future technological development, which may simply render one or other of them immaterial. Thus, the millennia-old techniques of legal objectification, and thus of the distribution of legal knowledge, may not only be obliterated, but may also be replaced by basically new forms of

<sup>6</sup> Csaba Varga, "Hyperrationality Standing for Anarchy in America (A Case Study on the Pattern of the Judicial Mind) (2002)", in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 34-49.

<sup>7</sup> Csaba Varga, "In Want of New Balances in Transition: Lithuania Searching for Its Own Path (2004)", in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 50-60.

<sup>8</sup> Csaba Varga, "Global Changes and Challenges to Law: Immutability and Mutability in Law" (2013)", in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 61-70.

organisation. The emergence of an e-world may not only take the initiative in activating this, but may also radically change the ancient technology of the exercise of influence in its medium. As a result of which, naturally, will change our approach as well. The most striking example of this is the ascent of the *order out of chaos* mindset. That is, we no longer think of social movements and their normative influences at the societal level in terms of individually traceable causal sequences, but as movements within a largely organised network, in a context of amorphous stochastic probabilities, as order emerging from chaos.

## 4. TRANSITION

The first decade after the fall of communism, which was supposed to be a pioneering decade, a decade of defining the future, was characterised by the fetishisation of the law, which was thought to be the fulfilment of the rule of law, and this proved to be a misguided approach that caused real damage and almost derailed the change of regime. In<sup>9</sup>, the questions posed to the incumbent Minister of Justice reveal that this led not only to half-hearted results, but also to the exposure of the very ethos of the rule of law as inadequate for the task at hand, and even downright corrupt. All of this already contained the oppressive effect of both internal fatigue and the external environment, which was liberal, that is to say, the power to force the whole enterprise of transition almost into inertia and at the same time into failure—above all, ensuring that everything for which all this happened, i.e. the regime change, does not take place as originally intended and as it could have happened.

The theoretical claim attempts to reveal the real components. The lecture on the *Rule of Law*<sup>10</sup> analyses law as a set of techniques in a value-driven application process that is also concerned with practicality and humaneness. Tracing back to their roots the secular slogans of the rule of law, it sees in its theological-anthropological foundations and in the interdependence of rights and duties an instrumental service of values, a service of values which is not an end in itself and whose actual merit depends on the fundamental values directly linked to the dignity of the person, which it serves or denies.

Rule of law could have played a decisive role in fulfilling the chances of regime change, but instead the Constitutional Court of the first nine years in Hungary was instrumental in bringing it to a standstill. In the name of constitutional control, the Court sought to transform the law in a complete and global way by importing model laws; it misused the magic word of the rule of law to legitimise its militant activism; saturated its admiration for the West with a false idealism, which was intended as a fig leaf for its own camouflaged generation of new laws, by which it rose above the supposedly sovereign parliamentary legislature; it made the state a public enemy in order to absolutise, as its private-law cronies did, the protection of the individual's unlimitedly libertarian freedom of action. It is clear from the analysis<sup>11</sup> that the end goal, together with the end result, was

---

<sup>9</sup> *Rule of Law: Imperfectly Realized, or Perfected without Realization?* (2000), 71–78

<sup>10</sup> Csaba Varga, “Rule of Law – At the Crossroads of Challenges (2002)”, in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 79–99.

<sup>11</sup> Csaba Varga, “Transition Marshalled by Constitutional Court Dicta under the Cover of Rule of Law (A Case Study of Hungary)” (2006), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 100–131.

the domination of the whole process of transition by the Constitutional Court. This went hand in hand with the symbolic abolition of the dictatorial foundations of the past, since by making any genuine facing with the past impossible, it restored full and unconditional continuity of law. And its procedure has become a constitutional arbitrariness that usurps power, however much it has sought to unravel the foundations of constitutionalism. In so doing, it discredited the objective itself, while at the same time working to implement its alleged rule of law.

In contrast to the libertinism of the first and defining decade of Hungarian constitutional court thinking, which was dangling in such clouds<sup>12</sup> concludes that there is a certain moral minimum in law, an inviolable nucleus that if law fails to meet—for by making any hope of facing with the past impossible, the constitutional court is silencing the very word of the law itself—it results in the loss of prestige and the disgraceful fall of law itself in the eyes of society.

It is largely for the above reasons that the balance sheet of the first two decades of regime change<sup>13</sup> can hardly present a better picture of itself than a mixed one. It is a testament to the West, a former victor that, by having lost its sense of reason for its own sake, has become a fake player. In contrast to the situation after the Second World War, when it imposed an occupying military administration for many years and even a re-education to democracy on the then defeated, it has now declared those who were oppressed not for twelve years, as then, but for seventy-three in the Soviet Union and forty-two in our country, to be ripe for democracy with a single stroke of the pen, so that the latter can follow its own representative democratic and rule of law slogans with the omnipotence of a panacea. For above the people's representative body, the parliament, the type of professors—who, typically, are ignorant of the things of real life but think in a systemic, angular way with the only care about their imaginary system's rigour and consistency, being, as the French Civil code drafter Portalis expressed, sophists as conceptualists, that is, who follow nothing but principles, abhor compromise when thrown into practical life, being able to become troublemakers exclusively—were elevated to the position of constitutional justices. Thus, as a final image, a subversive rule of law could appear, which ensured the survival of the communist past, but made it impossible to face the past; its depreciation ultimately promoted the cynicism of the “immoral but legal”; and in the process expelled from law its actual live and sustaining medium, natural human reason, experience, and the practical wisdom of everyday life. It has focused public attention on itself as a redeemer, while torpedoing the success of the transition.

## 5. BORDERING ISSUES I: CIVIL DISOBEDIENCE

An assessment<sup>14</sup> presented at the same time as the events, reveals an oppositional hunger for power, and one that attempts to render the coup d'état of a government overthrower risk-free, almost legal, by making it recognised as civil disobedience, while, as the paper notes, the legal

<sup>12</sup> Csaba Varga, “The Revolution of 1956 in the Judgment of Ethics and Law (Or the Responding Ability of Law as a Post-totalitarian Dilemma)” (2006), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 132-141.

<sup>13</sup> Csaba Varga, “Fight for Law” (Lessons from our Constitutional Debates)” (2011), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 141-156.

<sup>14</sup> Csaba Varga, “The Challenge by the Taxi Blockade (Troubles Surrounding the Functions of Law)” (1991), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 158-162.

closure of the series of events itself will have to be achieved either through criminal proceedings or through the enactment of a public amnesty law. For the obligations defined by the law do apply regardless of anything else. And this is that, if it is to be taken seriously at all, law must never remain silent or avoid expressing a firm position, if only as a precaution for the future.

Contrary to the social debate that developed in the meantime, the liberal side of which tried to divorce the relevance of the law from the evaluability of the taxi blockade by falsely invoking consensual social support, the answer is clear: legal relevance is not a matter of a subsequent evaluation, but is given as a prior condition and can only be determined by a firm decision: *tertium non datur*. In other words, as *Indivisibility of the Law and Rule of Law* (1991), 162–165, continues, law is an instrument of social mediation, with rules of the game that are preconceived and therefore not movable. And although the lawyer is obviously aware from his practice that, in the course of his doubts and reflections in general, intermediate positions may indeed arise between the limits of legality and illegality, he must be able to establish them in his legal refinements, and thus in the decision that concludes the case, by means of sharp, *tertium non datur* type delimitations.

In the advancement of legal regulation, one encounters more and more situations where legal concepts are mixed with non-legal ones, in circumstances that may also make it difficult to separate them, due to the difference in political intentions that ultimately govern the law itself. The taxi blockade was a prime example of this, and its dilemma was already formulated in the title of its subsequent analysis: *Civil Disobedience: Pattern with no Standard?*<sup>15</sup> However, the self-assessment of the event by the then opposition falsified the criteria of this concept, which had been developed mainly in the United States, by removing from it, above all, the moral motivation without self-interest and the conscious and voluntary assumption of sanction. Clarification of this later could only lead to the exercise of public mercy. And this analysis not only has served to preserve conceptual clarity, but has also contributed, through its delimitations, to the legal definition of its specific status.

No taxi blockade, but the issue has come up again after a decade and a half. And when the issue resurfaced in 2007, during the so-called cordon-breaking by opposition (and now government) forces around the Parliament building, the simultaneous assessment was unchanged. The basic situation, however, is radically different, since<sup>16</sup> it was purely moral motives that motivated it as a case of civil disobedience without self-interest, in response to the fact that the police cordon was in principle without legal basis, and the cordon-breakers' party emphasised this by drawing attention to the fact that they were in principle all ready to submit to sanctions.

---

<sup>15</sup> Csaba Varga, "Indivisibility of the Law and Rule of Law" (1991), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 162-165.

<sup>16</sup> Csaba Varga, „Civil Disobedience: Pattern with no Standard?“ (1991), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 166-173.

## 6. BORDERING ISSUES II: COMING TO TERMS WITH THE PAST

Naturally, the fall of communism raised the question of the regime's own crimes—the acts that socialism itself had ordered to be committed, even though they were criminal under the laws it had itself passed, and then covered them up all the time, making it impossible to prosecute them as required by law. Well, there is a thought-provoking list of elitist responses. Just as an example: the Party of the Free Democrats, borrowing from Arthur Miller of the McCarthy era, has declared any effort by the governing powers to seek justice a witch-hunt (while witches, according to medieval Hungarian kings, have been known for centuries to be *de jure* non-existent); the Soros side, like the ending of the Spanish civil war conflicts, with their almost million victims and tens of thousands of murders on both sides, has always advocated mutual forgiveness; Vaclav Havel, absurdly discriminating against surviving communism itself, saw only gradations of guilt in everyone; and domestic political science, with István Schlett, responded with what he considered a desirable analogy of the slow grinding together of the Transylvanian brooks.

From successive expositions—*On Setting Standards (Or the Dilemma in General)* (1990)<sup>17</sup>, *The Right to Judge the Past (Or the Dilemma in Legal Particulars)* (1990), 192–199, *May One Come to Terms with the Past under the Rule of Law? Principles and Constitutional Assessments in Hungary* (2009), 221–238—but it turns out that law does not in principle politicise, but make the rules followed which it has already formulated in abstract generalities. Thus, in principle the answer to any crime is already given when the deed becomes known. And if an act is deemed to be time-barred according to the letter of this rule, it will indeed be deemed time-barred if and when the limitation period has elapsed in the normal course of the operation of law, that is, the law enforcement authority, when it has detected a crime, has always proceeded according to the procedural order. But otherwise, if the State has systematically excluded a particular offence from the procedure otherwise required by its own law, the physical time fixed as the limitation period could clearly not operate as a legal time. In such circumstances, therefore, the limitation period did not even begin to run.

The intellectual community behind the Open Society stubbornly rejected this idea, accusing it of some kind of political revenge, until only its main agent at Human Rights Watch, in the wake of their failures worldwide, was himself calling for a full legal settlement of the past, including prosecutions and financial, informational and moral reparations, as a precondition for “democracy building” in South America and Asia, towards the turn of the millennium. At roughly the same time, the paper »Radical Evil« on Trial<sup>18</sup> assessing the posthumous analysis of a past friend, once Argentinean presidential adviser and professor of criminal law, a distinctly liberal thinker—shows that neither the generally accepted principles of law nor the normative framework of international practice, together with the political, moral and legal implications of the issue, as well as even the groundlessness of possible objections, cannot suggest anything other than the legitimacy, moreover, even the necessity, of confronting the past and judge it through the channels of law enforcement.

<sup>17</sup> Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*

<sup>18</sup> Csaba Varga, “Radical Evil” on Trial (On the Historical Setting, Political Aspects and Legal Conditions of Transitional Justice Facing the Crimes of Dictatorial Regimes)” (2002), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 200-212.

The interview<sup>19</sup> reveals that although there is little legal analytical literature on the issue, many of the greatest excellences of contemporary criminal jurisprudence as well as the most distinguished legal theorists throughout the Western European-Atlantic region, once met and consulted in person, have considered the Hungarian constitutional court's inability to rule positively on the issue to be an astonishing intervention that can only be interpreted as part of a power game reminiscent of a cockfight, not one in the interests of the country and its development.

Moreover, all this was done in a doctrinally misleading way. The discussion<sup>20</sup> shows the irrational overemphasis of certain of our sensitivities to be presumably rooted in the tormenting memory of our former feudalisms, still haunting and apparently hard to forget. In any case, retroactive legislation itself (which, by the way, neither the annulled Hungarian nor the later and successful German and Czech solutions resorted to expressly) would not have been the satanic act of evil that the self-termed socialist or liberal heirs of communism, even in defiance of the Hungarian legal tradition, have made it. It was always part of the technically neutral toolkit that could help the state will to succeed through legislation ultimately.

## 7. BORDERING ISSUES III: HUMAN RIGHTS

*The Problematics of Human Rights*<sup>21</sup> would simply be a separate issue if it were not associated with the contemporary mainstream stereotypes of the rule of law as one of the latter's constituent parts. However, a closer examination reveals that there are, so to speak, parallel features that emerge here as well. Such as the transubstantiation of the notion in the meantime, because the liberal elite no longer understands human rights as fundamental rights that are indispensable to being human, not in the sense of protecting the individual against the overpowering power of the state, but as the absolutising extension of libertinism-cum-permissiveness, as the centralisation of individuality in any circumstances. Such is the way in which the scope and content of human rights are treated by interest groups in their perpetuated struggles as arbitrarily expandable. And such, finally, is the nature of these as nothing more than highly projected artificial virtualities. Thus, all that, which for their confessionaries already begins to fulfil the role of a universal religious surrogate, is hanging in the air. Not simply because the whole construct is unfounded, but because it is impossible to justify it in the face of theoretical efforts. In essence, it is nothing more than a mediatised projection of wishful ideation that is then matched by the actions of those who are motivated by that projection to act as it implies. It is a virtual projection as postmodernity itself. It raises the question of particularity or universality in terms of histories, nations, that is, in terms of place and time, in which the mainstream seeks to demonstrate its universalism as the ideological backing of such a virtual projection.

---

<sup>19</sup> Csaba Varga, "Why Having Failed in Facing with the Past?" (2003), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*

<sup>20</sup> Csaba Varga, "Retroactivity in Law" (2003), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 239-244.

<sup>21</sup> Csaba Varga, "The Problematics of Human Rights" (2013), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 246-264.



## 8. BORDERING ISSUES: SO-CALLED NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

The same international mainstream's conception of democracy is increasingly based on a reciprocity that is not content with the operation of the state apparatus, which is set up by the proportion of votes in the respective elections, but would have its action to put national sovereignty into practice directly controlled by non-governmental organisations, which are always proclaimed to be representatives of civil society. However, as is clear from the discussion<sup>22</sup> Special Issue, 212–225 (which was prepared too late to be included in the volume), what is at stake here is nothing other than non-governmental organisations building in within the framework of civil society organisations and using the latter's potential for their own purposes. Although they do not have any democratic representation or mandate, these as agent organisations built up, financed and run by foreign governments or other centres of capital are attempting to dominate the field of actual decision-making and to determine the course of a host country, by infiltrating domestic politics. And as rich documentation shows, American professional analysis has already admitted that what was once a secret service mission in the Cold War era can now be openly undertaken and carried out in the target areas, and Soros-funded self-praise that the history of the Central and Eastern European region since the fall of communism can be essentially read in the chronology of "open society" actions.)

## 9. PUZZLES AND THEORIES

For today's orientation, the only basis of comparison is the difference between the directives dictated by the victors to the defeated powers after the Second World War and the situation after the collapse of communism. The multiple comparisons, which can be seen in the analyses summarised in *Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: To be Gardened or Mechanized?*<sup>23</sup> Conceal a multitude of unresolved contradictions. Some of these arise from the difference in circumstances, i.e. tasks, possibilities, expectations and corresponding actions, while others arise from an awareness of whether one conceives of one's subject as a historical particularity or in the abstractness of universality. And will its action to impose the rule of law result in an artificiality born of forced necessity, or in an organic development that will be able to produce its own fruit? And will the one who works at it, like a circus animal trainer denaturing his object, create something by force, which does not follow from the original matrix, but because he has power over it, he imposes it, or will he, like a gardener who loves his plants, tweak and adjust until what his plant desires will develop, so to speak, of its own accord?

The conclusion and summary that the reader may have encountered in the introductory first section—as explained in *Transition in Hungary, Or What to Learn for Future*

<sup>22</sup> Csaba Varga, "Civil Society Associations vs. So-called Non-governmental Organizations", *Civic Review* [Budapest] 16 (2020), Special Issue, 212–225.

<sup>23</sup> Csaba Varga, "Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: To be Gardened or Mechanized?" (2007), in Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, 266–281.

*Transformations?*<sup>24</sup> Takes back from the understanding and use of the rule of law, what politics, hegemonic influence, and the creation and exploitation of situations of coercion and blackmail in the present disintegration of the world's balance of power have taken away from law and its being treated as law in recent decades. It shows once again the ideal that we are all striving to realise more and more fully and in many ways in our civilisational self-aggrandisement, which is just the same ideal that follows from our legal traditions, from the arc and logic of our legal development as well.

## LITERATURE

- Varga, Csaba *Transition to Rule of Law On the Democratic Transformation in Hungary* (Budapest: ELTE “Comparative Legal Cultures” Project 1995) 190 [Philosophiae Iuris] &<<http://mek.oszk.hu/14700/14760/14760.pdf>>.
- Varga, Csaba ‘Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastrophe’ *Central European Political Science Review* 8 (Summer 2007), Nr. 28, 71–87& in <<https://mek.oszk.hu/14800/14851/14851.pdf>>, 199–219.
- Varga, Csaba *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe* (Pomáz: Kráter 2008) 292 [PoLiSz Series 7] &<<https://mek.oszk.hu/14800/14851/14851.pdf>>.
- Varga, Csaba ‘Legal Scholarship Facing the New Millennium (For Understanding the Challenge of Transition to Rule of Law)’ *Central European Political Science Review* 11 (Winter 2010), No. 42, 86–111 & in <[http://real-j.mtak.hu/756/1/ACTAJURIDICA\\_42.pdf](http://real-j.mtak.hu/756/1/ACTAJURIDICA_42.pdf)>, 181–201.
- Varga, Csaba ‘The Legacy of Marxism in Law’ *Central European Political Science Review* 44 (Summer 2011), No. 44, 78–96& in <<http://mek.oszk.hu/14700/14760/14760.pdf>>, 62–68.
- Varga, Csaba ‘»Slouching towards Gomorrah«: Communist Degeneration of Legal Theorising in Hungary’ *Central European Political Science Review* 13 (Fall 2012), No. 49, 55 – 86 &<<https://core.ac.uk/download/pdf/78475054.pdf>>.
- Varga, Csaba ‘»Slouching towards Gomorrah«: Communist Degeneration of Legal Theorising in the Soviet Union and its Satellites’ *Central European Political Science Review* 15 (2014), No. 57, 9–57 &<<http://real.mtak.hu/43246/1/ajur.54.2013.3.4.pdf>>.
- Varga, Csaba ‘Lenin and the Law (A case-study on the borders of legal normality)’ *Central European Political Science Review* 20 (Spring 2019), No. 75, 131–179 &<[https://zenodo.org/record/5984697#.Yf\\_ZiPi6qUk](https://zenodo.org/record/5984697#.Yf_ZiPi6qUk)>.
- Varga, Csaba ‘Civil Society Associations vs. So-called Non-governmental Organizations’ *Civic Review* [Budapest] 16 (2020), Special Issue, 212–225 &<<https://eng.polariszemle.hu/current-publication/157-excerpts-from-hungarian-history-and-scientific-life/981-civil-society-associations-vs-so-called-non-governmental-organisations>>.
- Varga, Csaba *Rule of Law – Contesting and Contested* (Budapest: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law 2021) 408 &<<https://mek.oszk.hu/22800/22867/22867.pdf>>.

---

<sup>24</sup> Varga, Rule of Law – Contesting and Contested.

Varga, Csaba 'Rechtsstaat, Rule of Law – Expectations, Criticisms, and the Nature of Claims' in *Rule of Law* ed. Grzegorz Pastuszko (Warsaw: Institute of Justice 2023) [in preparation].

Varga, Csaba (ed.) *Coming to Terms with the Past under the Rule of Law* The German and the Czech Models (Budapest 1994) xxvii + 178 [Windsor Klub] &<<http://mek.oszk.hu/14300/14310/14310.pdf>>.

## O VLADAVINI PRAVA – OSPORAVAJUĆOJ I OSPORENOJ

Čaba Varga<sup>25</sup>

*Institut za filozofiju prava Katoličkog Univerziteta Mađarske*

**Apstrakt:** *Vladavina prava je tokom posljednjih nekoliko decenija prerasla u parolu u međunarodnoj politici. Ona je iz opisujućeg transformisana u propisujuće, u kriterijum za prosuđivanje pravnih poredaka, premještena iz pravne u političku sferu. U slučaju Mađarske, njen uticaj podudarao se sa raspadom sovjetske imperije i napredovanjem globalizacije u našem jednopolarnom svijetu. Ali ona nije postala operativni pojam u pravu, niti je mogla postati, jer nije povezana sa definicijom činjenica koja bi omogućila da se ona pravno utvrdi i ustanovi kao skup činjenica koje konstituišu pravni slučaj. Jer, po svojoj prirodi, to nije klasni pojam sa oštrim granicama, već koncept poretka koji se može razjasniti samo karakterizacijom i kroz primjere. To je ono što se u literaturi naziva suštinski spornim, a institucije i autori je neprestano proširuju konkurentskim formulacijama, što je odavno dovelo do njenog unutrašnjeg pražnjenja. Ona u svom nastanku i razvoju nikada nije bila ništa drugo do nagomilano iskustvo civilizacijskog samorazvoja kroz upravljanje zakonima od strane države, koje je evoluiralo kao odgovor na izazove različitih sredina i vremena. To je, naročito, funkcija hic et nunc razvoja. A način na koji naša sadašnjost pokušava da ovo univerzalizuje – u koji su, naravno, uključeni i procesi uzajamnog učenja između nacija i epoha – je puka vještačka projekcija koja prikriva nagon Zapada da izvozi vrijednosti koje ga vode. Ne “da ili ne” kategorija, već ideal kome težimo. Kontradiktoran, sa kompromisima, jer ako bismo pokušali da ga zadovoljimo u cjelini, sukobljene vrijednosti u njemu mogle bi ugasiti jedna drugu; shodno tome, samo odmjerenje ovih vrijednosti od slučaja do slučaja moglo bi da obezbijedi postizanje ravnoteže koja je optimalno zadovoljavajuća.*

**Ključne riječi:** *vladavina prava, pojam, suštinski sporno, Zapad, izvoz vrijednosti.*

---

<sup>25</sup> Profesor emeritus, Institut za filozofiju prava Katoličkog Univerziteta Mađarske

# POSTHUMOUS REPRODUCTION AND POSTHUMOUS DIGNITY

Igor Milinković<sup>1</sup>

*University of Banja Luka, Faculty of Law*

**Abstract:** *Advances in assisted reproduction technologies have enabled the application of various forms of posthumous reproduction. The ability to use cryopreserved spermatozoa and assisted reproductive techniques, such as in vitro fertilization, makes it possible for a woman to conceive the child of a man who is deceased. Cryopreservation of embryos makes it possible for a child to be born after the death of the father, mother, or both of his/her parents. One of the possible scenarios of posthumous reproduction is to retrieve the sperm of a deceased person or a person in a permanent vegetative state to use it for reproductive purposes.*

*In the first part of the paper, different forms of posthumous reproduction will be examined, as well as the ethical dilemmas they raise. The focus will be on the place of the value of human dignity within the debates on posthumous reproduction (especially on possible different interpretations of the concept of posthumous dignity). National laws regulating posthumous reproduction will also be explored. In the second part, the legal framework of posthumous reproduction in Bosnia and Herzegovina (its entities) will be analyzed, as well as the relevant courts' decisions and the recommendations of other bodies responsible for monitoring the realization of human rights related to this form of reproduction. In the conclusion, arguments will be presented supporting the legalization of certain forms of posthumous reproduction. The conditions under which posthumous reproduction can be considered acceptable will also be explored.*

**Keywords:** *posthumous reproduction, dignity, posthumous dignity, autonomy, informed consent*

## 1. INTRODUCTION

Posthumous reproduction “occurs when a child is born after one or both genetic parents have died”.<sup>2</sup> It occurs, for example, when the male partner dies from illness or accident after conception but before the birth of a child or when the mother dies during childbirth. Understood in this (the broadest) sense, posthumous reproduction has always existed “as an artifact of accident or fate”.<sup>3</sup> However, it is questionable if the aforementioned cases, as acts of fate, can be considered examples of posthumous reproduction since “[p]osthumous reproduction ... is a deliberate decision to produce

<sup>1</sup> Full Professor, Faculty of Law of the University of Banja Luka (BiH), igor.milinkovic@pf.unibl.org

<sup>2</sup> John A. Robertson, “Posthumous reproduction”, *Indiana Law Journal*, Vol. 69 (1993), 1027.

<sup>3</sup> *Ibid.*

a child after one, or both, would-be parents die”<sup>4</sup>. The term posthumous reproduction, as some authors point out, “is commonly used to refer to the intentional application of advanced medical technologies to achieve conception, pregnancy and childbirth in a situation where one or both parents is declared dead”, and it should be distinguished from the traditional instances of “posthumous childbirth”, such as the cases mentioned at the beginning of the paragraph.<sup>5</sup>

The rapid development of reproductive technologies has enabled several scenarios of posthumous reproduction. The ability to use cryopreserved sperm and assisted reproductive techniques, such as in vitro fertilization, makes it possible for a woman to conceive the child of a man who is deceased (female gametes can also be frozen and used posthumously through a surrogacy arrangement). Cryopreservation of embryos makes it possible for a child to be born after the death of the father, mother, or both of his/her parents. One of the possible scenarios of posthumous reproduction is to retrieve the sperm of a deceased person or a person in a permanent vegetative state to use it for reproductive purposes. Modern medical technology also makes it possible to keep a brain-dead pregnant woman alive until the foetus reaches viability (although not all authors agree that the last scenario should be considered posthumous reproduction)<sup>6</sup>.

Hashioni-Dolev and Schicktanz classify the instances of posthumous reproduction into three main scenarios:

1. Planned gamete posthumous reproduction, which includes cases where the potential death of a parent was anticipated. The future parent might have signed an advance directive expressing his/her post-mortem wishes, and gametes (or pre-embryos) may have been stored by fertility clinics.
2. Unplanned gamete posthumous reproduction. This scenario includes instances where the death of the potential father or mother was not anticipated. In such cases, it is possible to retrieve male gametes post-mortem in the first 36 hours after death if they were not stored previously in a sperm bank (there are a small number of cases where eggs were retrieved post-mortem from the mother). This scenario also includes instances where pre-embryos or gametes of either man or woman were stored before death but without clear indications of what should be done with them in the event of death.
3. Brain-death posthumous reproduction, which includes instances where a pregnant woman is diagnosed as brain dead. In these cases, the embryo or an as-yet unviable foetus may develop further and be brought to term by artificial support of the mother’s body.<sup>7</sup>

Also, posthumous reproduction may take the form of insemination, fertilisation, or embryo transfer.<sup>8</sup> In the first and second cases, the donor’s cryopreserved gametes are used after his/her death. In the third case, the embryos created while both partners were alive are transferred into

---

4 Evelyne Shuster, “The posthumous gift of life: the world according to Kane”, *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, Vol. 15 (1998), 402.

5 Yael Hashiloni-Dolev and Silke Schicktanz, “A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives”, *Reproductive biomedicine & society online*, Vol. 4 (2017), 22.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*, 24.

8 Eduardo Dantas, and Vera Lúcia Raposo, “Legal aspects of post-mortem reproduction: A comparative perspective of French, Brazilian and Portuguese legal systems”, *Medicine and Law*, Vol. 31 (2012), 184.

the woman's uterus, not necessarily the uterus of the woman whose gametes were used for the creation of the embryo (if a female partner died and a surrogate mother is hired).

All these scenarios of posthumous reproduction raise numerous ethical and legal dilemmas. Regulatory frameworks governing various forms of posthumous reproduction vary across countries (influenced by different views on the ethical justifiability of this form of assisted reproduction, which will be examined in the first part of the paper).

## 2. POSTHUMOUS REPRODUCTION AND POSTHUMOUS DIGNITY

Posthumous reproduction raises numerous ethical dilemmas. Authors who advocate the legalization of posthumous reproduction refer to the value of reproductive (procreative) autonomy or liberty. Robertson defines procreative liberty as “the freedom to decide whether or not to have offspring”<sup>9</sup>. According to the author: “Procreative liberty should enjoy presumptive primacy when conflicts about its exercise arise because control over whether one reproduces or not is central to personal identity, to dignity, and to the meaning of one's life”<sup>10</sup>. The presumptive primacy of procreative liberty means that those who want to restrict the reproductive choices of individuals have the burden of proving that the contested reproductive procedures would produce such substantial harm that they could justifiably be limited.<sup>11</sup> Robertson claims, for example, that respect for the procreative liberty of the surviving partner speaks in favour of posthumous thawing and implantation of embryos.<sup>12</sup> However, dilemmas surrounding posthumous reproduction cannot be resolved with reference to autonomy alone. According to Robertson, the “respect for autonomy alone cannot determine the importance of posthumous reproduction with frozen sperm, frozen embryos, or maintenance of brain-dead or comatose pregnant woman”<sup>13</sup>. In debates on the justifiability of different forms of posthumous reproduction, as the author argues, “a claim of autonomy marks the beginning not the end of the inquiry”, which “requires confronting a different set of normative questions”<sup>14</sup>.

The notion of reproductive freedom, with its emphasis on respect for individual reproductive choices, is closely related to the concept of “dignity as empowerment” (as defined by Beyleveld and Brownsword). According to the authors, the conception of “dignity as empowerment” implies that “the function of human dignity is to reinforce claims to self-determination rather than to limit free choice”<sup>15</sup>. It represents “a conception of individual empowerment rather than of social or collective constraint”<sup>16</sup>. So understood, dignity can serve as a ground for respecting the surviving partner's

9 John A. Robertson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994), 4.

10 *Ibid*, 24.

11 *Ibid*.

12 *Ibid*, 111.

13 Robertson, “Posthumous reproduction”, 1064.

14 *Ibid*, 1065.

15 Deryck Beyleveld and Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw* (Oxford – New York: Oxford University Press, 2001), 28.

16 *Ibid*.

wishes to procreate using the gametes of the deceased, but also for respecting the deceased partner's reproductive choices made while he was still alive.

However, the other Janus face of human dignity, its restrictive or constraining dimension ("dignity as constraint"), also plays an important role in discussions on the ethical justifiability of posthumous reproduction. This conception of human dignity acts as "a constraint on free choice".<sup>17</sup> It can be used to control or prohibit even those activities to which one freely consents and which seem to harm no one else.<sup>18</sup> Within the context of posthumous reproduction, the concept of "dignity as constraint" can be potentially applied to the problem of the justifiability of post-mortem gamete retrieval. There is "a public interest in the dignified treatment of human remains", so one must therefore ask whether post-mortem gamete retrieval "is undignified, either always or only in the absence of prior consent".<sup>19</sup>

There are also other arguments used to challenge the permissibility of posthumous reproduction (in those cases where the deceased's consent to posthumous reproduction exists), such as the concern for the psychological well-being of the future child who would be born as an orphan<sup>20</sup> (which is especially controversial if the people commissioning the birth of a child are its prospective grandparents).

In this paper, particular emphasis will be placed on the possible role of the posthumous dignity argument when solving the problem of the justifiability of posthumous reproduction. Therefore, the possible meanings of this concept will first be pointed out.

## 1.1 On the concept of posthumous dignity

It is possible to distinguish several meanings of posthumous dignity, some of which have immediate significance for posthumous reproduction. In his book *Jurisprudence*, John Salmond argued that: "There are three things ... in respect of which the anxieties of living man extend beyond the period of their deaths, in such sort that the law will take notice of them. These are a man's body, his reputation and his estate."<sup>21</sup> These three issues correspond approximately to the three different meanings of posthumous dignity. Although the third issue refers to the fate of the deceased person's property (respecting the deceased's wishes, autonomously expressed while he/she was still alive, regarding "the disposition and enjoyment of the property which he owned while living"<sup>22</sup>), it belongs to the sphere of posthumous dignity (and is also related to the concept of posthumous reproduction).

Posthumous dignity is a complex and multifaceted notion. One can differentiate between three basic meanings of the concept:

---

<sup>17</sup> *Ibid*, 11.

<sup>18</sup> Gilbert Meilaender, "Human dignity: exploring and explicating the council's vision", in *Human dignity and bioethics*, ed. Barbara T. Latigan (Nova Science Publishers, Inc., 2008), 190.

<sup>19</sup> Hilary Young, "Presuming consent to posthumous reproduction", *Journal of Law and Health*, Vol. 27 (2014), 89.

<sup>20</sup> Hashiloni-Dolev and Schickantz, "A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives", 25.

<sup>21</sup> John W. Salmond, *Jurisprudence* (London: Stevens and Haynes, 1913), 275.

<sup>22</sup> *Ibid*, 276.



1. The first meaning of posthumous dignity refers to the dignified treatment of a dead person's body. In practice, some instances of public disposing of deceased persons' bodies caused stormy reactions from the public, such as the exhibitions in which the various roles were given to preserved human cadavers. The best-known examples of such exhibits are *Body Worlds* and *Bodies: The Exhibition*, where, for instance, cadavers, stripped of skin, hair, and other identifying features, were posed as though they were riding a skateboard or performing a trapeze routine (or even having sex). Much of the controversy over *Bodies: Exhibition* was caused by the fact that the company responsible for the exhibition, *Premier Exhibitions*, was unable to establish consent for such use of the cadavers (allegedly, some of the bodies used for the exhibition were those of executed Chinese prisoners).<sup>23</sup> But even if prior consent was given, such treatment of dead persons' bodies would raise dilemmas regarding its (un)dignified character ("dignity as constraint"). Certain forms of posthumous reproduction appear here as particularly problematic, such as, for example, post-mortem sperm retrieval.
  2. Post-mortem protection of a dead person's reputation. In the German case of *Mephisto*, the Federal Constitutional Court used the argument of human dignity to extend constitutional protection to the deceased. In this case, the author, Klaus Mann, published a novel, *Mephisto*, about an actor who collaborates with the Nazi government during the 1930s and 1940s. The fictional character, Hendrik Höfgen, was loosely based on the famous German actor Gustav Gründgens (Mann's former brother-in-law). When, in 1963, the *Nymphenburger Verlagshandlung*, a publishing house based in Munich, announced its intention to print the novel as part of a complete edition of Klaus Mann's works, the Gründgens's adopted son initiated a lawsuit to block the distribution of the book because it dishonored his dead father's memory.<sup>24</sup> The German Federal Constitutional Court faced the challenge of resolving the tension between the value of human dignity and the right to artistic freedom. It found that the prohibition of the publication of the book did not unconstitutionally influence the publisher's right to freedom of expression since the human dignity of the deceased person was of overriding constitutional value (the Court, therefore, held that the protection of human dignity transgresses life itself). As stated in the Court's decision: "It would be inconsistent with the constitutional mandate of the inviolability of human dignity, which underlies all basic rights, if a person could be belittled and denigrated after his death. Accordingly an individual's death does not put an end to the state's duty under Art. 1 I GG to protect him from assaults on his human dignity."<sup>25</sup>
- The dignity of a deceased person, his or her reputation, can also be affected by the post-mortem breach of medical confidentiality. Some ethical codes and professional guidelines, for example, provide for a post-mortem duty of confidentiality. According to Article 30 of the UK General Medical Council's report entitled *Confidentiality: Protecting and Providing Information* (2004), physicians "have an obligation to keep personal information

<sup>23</sup> Hilary Young, "The right to posthumous bodily integrity and implications of whose right it is", *Maruette Elder's Adviser* 14 (2012), 197-199.

<sup>24</sup> Hannes Rösler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of US and German Constitutional and Tort Law", *Berkley Journal of International Law (BJIL)* 26 (2008), 175-176.

<sup>25</sup> *BVerfGE* 30, 173, the Federal Constitutional Court (1971). Available at: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1478>

confidential after a patient dies”<sup>26</sup> The question of whether the duty of confidentiality survives the death of a patient can be addressed in comparison to the attorney–client privilege, which also continues after the death of a client.<sup>27</sup>

3. Posthumous dignity can also refer to respecting the precedent autonomy exercised while a deceased was still alive and legally competent. The analogy between the reproductive choices with posthumous effect and the advance directives applied to a person in permanent vegetative state or with dementia can be drawn since both concepts involve decisions made by an individual who can no longer participate in the decision-making process at the time the decisions are implemented.

This understanding of posthumous dignity requires respecting decisions made by living persons that refer to events after their deaths that can be considered a relevant part of their life story (their overall life plan). As Wilkinson points out: “What happens after death can (depending on the particular person’s own idea of self-development) complete the development of the self.”<sup>28</sup>

In *Life’s Dominion*, Dworkin defines dignity as the moral right (and responsibility) of an individual to decide independently on fundamental questions about the meaning and value of his/her own life, answering to his/her own conscience and convictions.<sup>29</sup> For understanding Dworkin’s concept of human dignity, the distinction between “critical” and “experiential” interests is of particular importance. “Experiential” interests refer to enjoying experiences that an individual prefers because of the pleasure they arouse in him/her (things which a person pursues because he/she finds them “pleasant or exciting as experiences”)<sup>30</sup>. Although the tastes of individuals differ and they find pleasure in different experiences, it will not be considered that their life is better because of such preferences or that it loses its value. A person, however, also possesses “critical” interests that are connected with the value of his/her life, with whether it will, viewed as a whole, be considered successful or wasted. Beliefs about what makes life better as a whole represent beliefs about “critical” interests, and the right to dignity, according to Dworkin, implies the right of a person to have his/her genuine critical interests recognized by others<sup>31</sup>. Dworkin believes that man has an inherent “abstract ambition to lead a good life”<sup>32</sup> and to live it in a coherent manner: “People think it important not just that their life contain a variety of the right experiences, achievements, and connections, but that it have a structure that expresses a coherent choice among these – for some, that it display a steady, self-defining commitment to a vision of character or achievement that the life as a whole, seen as an integral creative narrative, illustrates and expresses.”<sup>33</sup> It is a person’s right to shape his/her life story autonomously, guided by his/her own perception of critical interests that provide meaning and coherence to one’s existence.

---

26 General Medical Council, *Confidentiality: Protecting and Providing Information* (April 2004), quoted in Daniel Sperling, *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives* (New York: Cambridge University Press, 2008), 188.

27 *Ibid*, 206.

28 T. M. Wilkinson, “Individual and Family Decisions About Organ Donation”, 24 J. APPLIED PHIL. 26, 31 (2007), quoted in Hilary Young, “Presuming consent to posthumous reproduction”, *Journal of Law & Health* 27 (2014), 73.

29 Ronald Dworkin, *Life’s Dominion* (New York: Vintage Books, 1994), 166.

30 *Ibid*, 201.

31 *Ibid*, 236.

32 *Ibid*, 205.

33 *Ibid*.

In the context of posthumous reproduction, a person's decisions about post-mortem procreation can be considered a relevant element of his/her life narrative, an epilogue to a life story that falls within the scope of his/her critical interests, and about which a person has the right to autonomously decide while legally competent. As some authors claim, "people not only care what happens after they die, but they also have a moral claim to making decisions with posthumous effect"<sup>34</sup>. However, it is essential to ensure that people's wishes regarding posthumous reproduction reflect their authentic will/choices. Therefore, it is of major importance that requirements regarding informed consent to posthumous reproduction are adequately met (which also implies the key importance of an appropriate legal framework regulating this issue).

Daniel Sperling emphasizes the importance of the recognition of one's symbolic existence. The interest in recognition of one's symbolic existence is "an interest whose content relates to the deceased's actions in the past, the life-story written by her while competent and to her being part of the human moral community".<sup>35</sup> He introduces the concept of "Human Subject", whose existence ranges over a period of time that extends both before and after the life of a person, and "who holds – among others – after-life and far-lifelong interests after the death of the person".<sup>36</sup> The "after-life interests", according to Sperling, are "posthumous interests in the strict sense so that they apply only to states or events that happen after a person's death"<sup>37</sup>. They include "the interest in being posthumously respected in decisions regarding the disposal of one's body and estate, the interest in remaining and being remembered after death as a human being with specific characteristics, etc". The "far-lifelong interests" apply "to one's life but also to episodes after one's death"<sup>38</sup>. This category of interests includes, for instance, "interests in being the object of an affection or esteem of others, the interest that one's promises not be broken, the interest that one's loved ones flourish within and beyond one's life, the interest in the integrity of one's body and the interest in respecting one's privacy and good reputation". Both of these types of interests are significant in the context of regulating the legal framework of posthumous reproduction (Sperling explicitly mentions instructions regarding the posthumous use of gametes following the death of the contributor as an example of issues that potentially belong to the scope of after-life interests)<sup>39</sup>.

According to Sperling, "if we acknowledge the interest in our symbolic existence and if we legally protect it, we should enjoy the power to shape our symbolic existence and such power should have prima facie peremptory legal status".<sup>40</sup> Applied to the issue of posthumous reproduction, that would mean that any interference with the decisions on post-mortem reproduction can be considered a violation of one's freedom to shape his/her symbolic existence, and must not be allowed.

---

34 Young, "Presuming consent to posthumous reproduction", 73.

35 Sperling, *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, 247-248.

36 *Ibid*, 39.

37 *Ibid*, 14.

38 *Ibid*.

39 *Ibid*, 145fn5

40 *Ibid*, 238.

### 3. POSTHUMOUS REPRODUCTION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW AND NATIONAL LEGISLATIONS

In some of its decisions, the European Court of Human Rights (ECtHR) has dealt with the issues related to posthumous reproduction. In *Lanzmann v France* (2019), the ECtHR ruled that a French courts' refusal to allow the applicant, Dominique Petithory Lanzmann, to export her deceased son's cryopreserved sperm to a fertility clinic in Israel to use it to conceive grandchildren (via a donation to an infertile couple or gestational surrogacy) was not incompatible with Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR). The applicant claimed that the domestic courts' refusal to have her son's gametes transferred abroad violated both her son's right to decide how and when to be a parent and her own right to become a grandparent. The ECtHR found both parts of the application inadmissible. Regarding the alleged violation of the applicant's son's right to become a parent, the court stated that this right cannot be transferrable and she cannot claim this on behalf of her son. Regarding the alleged violation of the applicant's right to become a grandparent, the ECtHR held that Article 8 of the ECHR does not guarantee a right to become a grandparent.<sup>41</sup>

In *Pejřilova v The Czech Republic* (2022), the applicant Hana Pejřilova, a Czech citizen, asked to have her eggs fertilised with her late husband's cryopreserved sperm. The centre for assisted reproduction, where the husband's frozen sperm was stored, refused the applicant's request, stating that such a procedure would be against the law. According to the Czech Special Health Services Act, artificial fertilisation can be performed only on the basis of a written application by the woman and the man who intend to undergo the infertility treatment together, and the application has to be less than six months old. The Act also provides that the infertile couple has to give written consent to assisted reproduction before each attempt at artificial fertilisation (the Czech courts considered that after the death of her husband, the applicant no longer formed part of an "infertile couple"). The ECtHR found that "rights under Article 8 are not absolute and therefore do not require Contracting States to allow artificial fertilisation post-mortem". Therefore, in this particular case, the Czech authorities did not overstep a margin of appreciation that Contracting States enjoy in the aforementioned area.<sup>42</sup>

Regulatory frameworks governing posthumous reproduction vary across countries. The national legislations can be divided into three groups, depending on the legal treatment of this form of assisted reproduction. The first group consists of countries where posthumous reproduction is forbidden, such as France, Germany, Sweden, Hungary, Slovenia<sup>43</sup>, Estonia, Serbia, Romania, Switzerland, etc. (Bosnia and Herzegovina (BiH) also belongs to this group of countries).

According to the French Public Health Code, "the man and woman forming the couple must be alive and of reproductive age and must have given prior written consent to the embryo transfer

---

41 Kateryna Moskalenko, "Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice", in *Ukrainian Healthcare Law in the Context of European and International Law*, eds. Roman Maydanyk, Andre den Exter, Iryna Izarova (Cham: Springer, 2022), 182.

42 *Pejřilova v The Czech Republic*, Application no. 14889/19, ECtHR (2022). Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-221266%22%5D%7D>

43 Moskalenko, "Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice", 175; Efrat Ram-Tiktin and Roy Gilbar, "Solidarity as a theoretical framework for posthumous assisted reproduction and the case of bereaved parents", *Ethical Theory and Moral Practice* 22(2) (2019), 503.

or insemination”<sup>44</sup> Obstacles to insemination or embryo transfer include the death of one of the partners, initiation of divorce or separation proceedings, or cessation of cohabitation, as well as written revocation of the consent to assisted reproduction procedure by one of the partners. In France, legislation prohibiting posthumous reproduction was introduced in 1994.<sup>45</sup>

In Slovenia, the Act on Infertility Treatment and Procedures of Biomedically Assisted Procreation strictly prohibits posthumous assisted reproduction procedures or any human fertilization using gametes of a deceased person.<sup>46</sup>

In Germany, the Embryo Protection Act (1990) explicitly forbids the use of the sperm of a dead person for artificial insemination (Article 4, para. 1.3).<sup>47</sup>

According to Hungarian assisted reproduction legislation (Act on Health, Chapter IX, 20/2007, and Ministerial Decree 30/1998) the use of sperm after a donor's death is not permitted.<sup>48</sup>

In Estonia, the Act on Assisted Fertilisation and Protection of the Embryo prohibits post-mortem fertilisation using the stored sperm of the husband.<sup>49</sup>

According to Article 41 of the Biomedically Assisted Fertilization Act of the Republic Serbia (BAFA RS) (2017), only reproductive cells/embryos from living donors can be used in biomedically assisted fertilisation procedures. Article 52 para. 2 of the Act also stipulates that reproductive cells cannot be used to create embryos after the death of the donor. Article 25 of the BAFA RS prescribes that the right to medically assisted fertilization have adult and legally competent women and men who need medically assisted fertility treatment, and who live in community (this provision can be considered the implicit prohibition of the posthumous application of assisted reproduction procedures since the community between partners does not exist anymore).<sup>50</sup>

In Romania, according to Article 21 of Law 63/2012, the artificial insemination of the woman with the sperm of the deceased husband is prohibited.<sup>51</sup>

According to Article 37 of the Swiss Federal Act on Medically Assisted Reproduction (1998), any person who willfully uses reproductive cells obtained from a person who is deceased, with the exception of the sperm cells of a deceased sperm donor, or uses impregnated ova or embryos *in vitro* obtained from a couple one of whom is deceased, shall be fined.<sup>52</sup>

44 Francesko Paolo Busardò, et al., “The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European Union members”, *BioMed Research International* 2014 (2014). Available at: <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/>.

45 Moskalenko, “Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice”, 175-176.

46 Urban Vrtačnik, “Rules on Assisted Reproduction on Slovenia—Collision Between Legislation on Biomedically Assisted Procreation and Regulation Relating to Safety and Quality of Tissues and Cells”, *Medicine, Law & Society* 12.2 (2019), 121.

47 Moskalenko, “Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice”, 176.

48 Busardò, et al., “The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members”.

49 *Ibid.*

50 The Biomedically Assisted Reproduction Act (Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji), *Official Gazette of Republic Serbia*, no. 40/2017 and 113/2017.

Available at: [https://www.paragraf.rs/propisi/zakon\\_o\\_biomedicinski\\_potpomognutoj\\_oplodnji.html](https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_biomedicinski_potpomognutoj_oplodnji.html).

51 Busardò, et al., “The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members”.

52 The Federal Act on Medically Assisted Reproduction. Available at: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/en>

The second group of countries consists of states where posthumous reproduction is allowed: the United Kingdom, New Zealand, Spain, Belgium, Kyrgyz Republic, Portugal, Brazil,<sup>53</sup> Greece, North Macedonia, Latvia, Uruguay, etc..

In the United Kingdom, according to the Act on Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers Act) adopted in 2003, the man whose sperm was used after his death to conceive a child is recognized as the father of a child. The necessary prerequisite for the posthumous use of the sperm is the written consent of the man given while he was still alive.<sup>54</sup>

In Portugal, Law No. 72/2021 legalized the use of medically assisted procreation techniques through insemination after the death of a husband or partner in cases in which express consent has been provided.<sup>55</sup> Before that, according to Law 32/06, only post-mortem embryo transfer was allowed.<sup>56</sup>

In Belgium, the posthumous implantation of cryopreserved embryos is allowed, but no later than two years after the death of the father.<sup>57</sup>

In Spain, according to Law 14/2006 on Assisted Human Reproduction Techniques, post-mortem fertilisation can be performed up to 12 months after the husband/partner's death, only if he has given written consent to the use of his sperm after death.<sup>58</sup> In case the couple participated in an assisted reproduction program, the consent of the deceased to implant conceived embryos is presumed.<sup>59</sup>

In Greece, according to Law No. 3305/2005 on medically assisted reproduction techniques, post-mortem fertilisation is allowed if the man gives his written consent for the use of sperm after death (in this case, artificial fertilisation can be performed between six months and two years after the donor's death).<sup>60</sup>

In the Republic of North Macedonia, posthumous reproduction is permitted only if there is a written consent signed by the husband or nonmarital partner, and this procedure could be carried out within one year after the death of the spouse or partner.<sup>61</sup>

In Latvia, the gametes donation is allowed. The donated gametes can be used after the death of the donor if he/she has given written consent to their use after his/her death.<sup>62</sup>

---

53 Moskalkenko, "Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice", 176.

54 *Ibid.*

55 Eduardo Soares, "Portugal: New Law Allows Medically Assisted Procreation Through Postmortem Insemination", 2021. Available at: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-12-13/portugal-new-law-allows-medically-assisted-procreation-through-postmortem-insemination/>.

56 Eduardo Dantas, and Vera Lúcia Raposo. "Legal aspects of post-mortem reproduction: A comparative perspective of French, Brazilian and Portuguese legal systems", *Medicine and Law* 31 (2012), 192.

57 Viktoriia Nadon, Marija V. Mendzhul, and Olga I. Kotlyar, "Legal basis for the use of assisted reproductive technologies: a comparative analysis of the legislation of Ukraine and European States", *Wiadomości Lekarskie* 74.11 (2021), 3022.

58 Busardò, et al., "The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European Union members".

59 Moskalkenko, "Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice", 177.

60 Busardò, et al., "The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European Union members".

61 Dejan Micković and Angel Ristov, "Biomedical Assisted Fertilization in Macedonia, Serbia and Croatia", *SEE Law Journal*, Vol. 1 No.1 (January 2014), 32.

62 Busardò, et al., "The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European Union members", *BioMed research international* 2014 (2014).

In Uruguay, the consent for post-mortem gamete retrieval must be received in writing prior to the partner's death. In order for the surviving partner to remove and use gamete to produce a child posthumously, the Law 19.167/2003 requires the deceased to have given consent either in writing or orally in the presence of two witnesses.<sup>63</sup>

The third group of countries includes those states where posthumous reproduction is not regulated by law, such as Ukraine, the Russian Federation, etc..<sup>64</sup>

## 4. REGULATORY FRAMEWORK OF POSTHUMOUS REPRODUCTION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Bosnia and Herzegovina is a complex state community, which consists of two entities: the Federation of Bosnia and Herzegovina (FBiH) and the Republic of Srpska (RS) (the Brcko District (BD) is a third territorial unit; BD is a small subnational unit that enjoys wide legislative autonomy). The regulation of health protection in BiH is the responsibility of the BiH entities. After many years of efforts, both BiH entities adopted laws on assisted reproduction. The BD has not yet passed an assisted reproduction law (although the District finances assisted reproduction procedures for its residents through the BD Health Insurance Fund).

In the FBiH, medically assisted reproduction is regulated by the Act on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization Procedures (FBiH ITBAFP Act)<sup>65</sup> adopted in 2018. The passing of the ITBAFP Act was preceded by several unsuccessful attempts to adopt the draft law. The Act prescribes restrictive solutions regarding the circle of persons who can be subjected to the procedure of medically assisted fertilization, as well as the possibility of donating reproductive cells or embryos. The FBiH ITBAFP Act stipulates that married and unmarried couples have the right to medically assisted fertilization (the existence of an extramarital union is proven by means of a notarized document). The Act, however, did not provide for such a right for women who are not in a marital or extramarital union. The requirement for the existence of a couple, as stated above, can be interpreted as an implicit prohibition of posthumous reproduction, although the ITBAFP Act also explicitly forbids it.

The Act imposes criminal liability on a person who participates in the taking of reproductive cells/tissues or embryos from a deceased. According to Article 62.1 of the FBiH ITBAFP Act, a person who participates in the aforementioned activities shall be punished by imprisonment for up to three years

Article 48.3 of the ITBAFP Act stipulates that in the event of the death of the person from whom the preserved reproductive cells/tissues and embryos originate, the health institution is obliged to destroy the reproductive cells/tissues and exclude the embryos from any further procedure within 30 days from the day of learning about the death of that person.

63 Jennifer Ghoshray, "Posthumous Reproduction Rights in India: Rights at the Intersection of Law, Religion, and Morality", 15 (February 12, 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4458513>.

64 Moskalenko, "Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice", 173.

65 The Act on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization Procedures, *Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, no. 59/18 and 44/22.

In RS, the Act on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization Procedures (RS ITBAFP Act)<sup>66</sup> was adopted in 2020.

According to Article 39 of the RS ITBAFP Act, the beneficiaries of medically assisted fertilization may be adult and capable men and women who can exercise parental rights and duties and who are married or live in an extramarital community (cohabitation), as well as a single woman, but only if previous fertility treatment was not successful. This act is more liberal than the FBiH ITBAFP Act, not just regarding the circle of persons that can be subjected to assisted medical reproduction treatment, but also in respect to some other issues potentially relevant to the application of some posthumous reproduction techniques (for instance, the RS Act, unlike the FBiH ITBAFP Act, allows the application of heterologous insemination, which would make possible the use of gametes of the deceased donors).

However, the RS ITBAFP Act explicitly prohibits performing posthumous fertilization by using the reproductive tissues and cells of donors who are no longer alive (Articles 46 of the Act). According to Article 57.2 of the Act, it is forbidden to use reproductive tissues and/or cells after the death of the donor to create embryos.

The RS ITBAFP Act also stipulates that the Bank of Reproductive Tissues and/or Cells and Embryos is obliged to destroy donated reproductive cells/tissues within 30 days from the day of learning about the death of the person from whom these cells/tissues originate (Article 28 para. 9 of the Act).

Although posthumous reproduction in BiH is explicitly prohibited by the entity legislations, the BiH courts have been dealing with cases related to the post-mortem treatment of the deceased's cryopreserved reproductive cells. In 2022, the Municipal Court in Tuzla (FBiH) rejected the widow's request for issuing a temporary measure that would prevent the private gynecological clinic from destroying the stored gametes of her deceased husband (Decision no. 32 0 P 418838 22). The Cantonal Court in Tuzla rejected the widow's appeal and confirmed the first-instance court's decision. The Cantonal Court ruled that even if the appellant's husband made a legally valid will, in which he transferred the right to dispose of his stored reproductive cells to the legal successor, the appellant could not have inherited the object of testamentary disposition because it is a right of an exclusively personal nature. The widow (the appellant) appealed to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (the CC BiH), claiming that her right to fair trial (Article 6.1 of the ECHR) and right to respect for private and family life (Article 8 of the ECHR) were violated. The CC BiH rejected the appellant's request for issuing a temporary measure to prevent the destruction of her husband's reproductive cells as unfounded.<sup>67</sup>

The Institution of Human Rights Ombudsmen of BiH (the BiH HR Ombudsmen) also took the position regarding the justifiability of prohibiting posthumous use of gametes. After the BiH HR Ombudsmen received the complaint in which the complainant protested because of the impossibility of continuing the procedure of biomedically assisted fertilization after the death of her husband, i.e. the transfer of the stored embryos abroad (case no. Ž-SA-04-325/21), the Ombudsmen issued a recommendation to the Government of the FBiH and the Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina (Recommendation No. P-112/21) of the following content:

---

<sup>66</sup> The Act on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization Procedures, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, no. 68/20.

<sup>67</sup> *Decision in case no. AP-2888/22*, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (2022). Available on: <https://www.ustavnisud.ba/bs/odluke?sp=DatumDesc&bp=AP-2888%2F22&>



1. To, immediately after receiving the Recommendation, undertake appropriate activities to consider and send an initiative to amend and harmonize existing legislation in the field of biomedically assisted fertilization after the death of a spouse with the contemporary trends in the field of reproductive rights regulation.
2. Also, in the same Recommendation, the BiH HR Ombudsmen proposed to the Minister of the Federal Ministry of Health:
  - 2.1. To, immediately, take all the necessary actions in order to annul the Decision of the Federal Ministry of Health number: 01-33-6901-1/20, and adopt a new decision approving the appellant's request for the continuation of the procedure of biomedically assisted fertilization after the death of her husband, to protect fundamental human rights prescribed by the ECHR and the Constitution of Bosnia and Herzegovina; or
  - 2.2 To, immediately, undertake all necessary activities in order to adopt a decision by which the complainant, i.e., the health institution authorized for storage, is given consent for the transfer of biomedical material abroad, to perform the procedure of biomedically assisted fertilization.<sup>68</sup>

## 5. CONCLUSION

Arguments from human dignity speak in favor of the legalization of posthumous reproduction (but only if certain conditions are met). The “critical interests” of an individual (to use Dworkin's expression) extend to the period after his/her death. A person has the right to determine autonomously the epilogue of his/her life story, which includes the right to make reproductive choices that will be realized after his/her death. Ignoring the autonomous decisions of an individual, the realization of which is time-situated in the period after his/her death, would mean a violation of his/her dignity. The legislator's task is to ensure that reproductive choices with posthumous effect are an expression of the genuine will of the individual, which justifies requiring the written informed consent of the person who stores reproductive cells for fertilization or authorizes the posthumous use of embryos created using his/her reproductive cells. In procedures of assisted reproduction, the aforementioned requirement could be fulfilled by providing the possibility of an optional statement on the post-mortem use of cryopreserved reproductive cells/embryos within a standard informed consent form.

Assisted reproduction legislation in BiH (RS and FBiH) should be amended in order to allow posthumous use of reproductive cells and embryos when there is written informed consent of the deceased person given before notary or in a consent form authorizing cryopreservation of the reproductive cells/embryos. The possibility of posthumous reproduction, at least in the first stage, should be limited to cases where the procedure of assisted reproduction already started

---

<sup>68</sup> Recommendation no. P-112/21, the Institution of Human Rights Ombudsmen of BiH (2021). Available at: <https://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=1859&lang=BS>.

before a person (husband or partner) died, or the cryopreservation of reproductive cells occurred due to the existence of a medical condition.

## LITERATURE

1. Beylveled, Deryck and Roger Brownsword. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford – New York: Oxford University Press, 2001
2. Busardò, Francesco Paolo et al., “The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European Union members”, *BioMed Research International* 2014 (2014). Available at: <https://www.hindawi.com/journals/bmri/2014/307160/>.
3. Dantas, Eduardo and Vera Lúcia Raposo. “Legal aspects of post-mortem reproduction: A comparative perspective of French, Brazilian and Portuguese legal systems”, *Medicine and Law*, Vol. 31 (2012)
4. Dworkin, Ronald. *Life’s Dominion*, New York: Vintage Books, 1994
5. Ghoshray, Jennifer. “Posthumous Reproduction Rights in India: Rights at the Intersection of Law, Religion, and Morality” (2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4458513>
6. Hashiloni-Dolev, Yael and Silke Schicktanz. “A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives”, *Reproductive bio-medicine & society online*, Vol. 4 (2017)
7. Meilaender, Gilbert. “Human dignity: exploring and explicating the council’s vision”, in *Human dignity and bioethics*, ed. Barbara T. Latigan, Nova Science Publishers, Inc., 2008
8. Micković, Dejan and Angel Ristov, “Biomedical Assisted Fertilization in Macedonia, Serbia and Croatia”, *SEE Law Journal*, Vol. 1 No.1 (2014)
9. Moskalenko, Kateryna. “Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice”, in *Ukrainian Healthcare Law in the Context of European and International Law*, eds. Roman Maydanyk, Andre den Exter, Iryna Izarova, 2022
10. Nadon, Viktoriia, Marija V. Mendzhul, and Olga I. Kotlyar, “Legal basis for the use of assisted reproductive technologies: a comparative analysis of the legislation of Ukraine and European States”, *Wiadomości Lekarskie* 74.11 (2021)
11. Ram-Tiktin, Efrat and Roy Gilbar, “Solidarity as a theoretical framework for posthumous assisted reproduction and the case of bereaved parents”, *Ethical Theory and Moral Practice* 22(2) (2019)
12. Robertson, John A. *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994
13. Robertson, John A. “Posthumous reproduction”, *Indiana Law Journal*, Vol. 69 (1993)
14. Rösler, Hannes. “Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of US and German Constitutional and Tort Law”, *Berkley Journal of International Law (BJIL)* 26 (2008)
15. Salmond, John W. *Jurisprudence*, London: Stevens and Haynes, 1913

16. Shuster, Evelyne. "The posthumous gift of life: the world according to Kane", *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, Vol. 15 (1998)
17. Sperling, Daniel. *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, New York: Cambridge University Press, 2008
18. Vrtačnik, Urban. "Rules on Assisted Reproduction on Slovenia—Collision between Legislation on Biomedically Assisted Procreation and Regulation Relating to Safety and Quality of Tissues and Cells", *Medicine, Law & Society* 12.2 (2019)
19. Young, Hilary. "Presuming consent to posthumous reproduction", *Journal of Law and Health*, Vol. 27 (2014)
20. Young, Hilary. "The right to posthumous bodily integrity and implications of whose right it is", *Marquette Elder's Adviser* 14 (2012)

### Legislation, Acts, Regulations and Court Decisions

1. *BVerfGE 30, 173*, the Federal Constitutional Court of the Federal Republic Germany (1971). Available at: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1478>
2. *Decision in case no. AP-2888/22*, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (2022). Available on: <https://www.ustavnisud.ba/bs/odluke?sp=DatumDesc&bp=AP-2888%2F22&>
3. *Pejřilova v The Czech Republic*, Application no. 14889/19, the European Court of Human Rights (2022). Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-221266%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-221266%22]})
4. *Recommendation no. P-112/21*, the Institution of Human Rights Ombudsmen of BiH (2021). Available at: <https://www.ombudsmen.gov.ba/Novost.aspx?newsid=1859&lang=BS>.
5. The Act on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization Procedures, *Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina*, no. 59/18 and 44/22.
6. The Act on Infertility Treatment by Biomedically Assisted Fertilization Procedures, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, no. 68/20.
7. The Biomedically Assisted Reproduction Act (Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji), *Official Gazette of Republic Serbia*, no. 40/2017 and 113/2017. Available at: [https://www.paragraf.rs/propisi/zakon\\_o\\_biomedicinski\\_potpomognutoj\\_oplodnji.html](https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_biomedicinski_potpomognutoj_oplodnji.html).
8. The Federal Act on Medically Assisted Reproduction of the Swiss Confederation. Available at: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/en>

## POSTHUMNO DOSTOJANSTVO I POSTHUMNA REPRODUKCIJA

Igor Milinković<sup>69</sup>

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

**Apstrakt:** Razvoj tehnologija asistirane reprodukcije omogućio je primjenu različitih oblika posthumne reprodukcije. Mogućnost korišćenja krioprezerviranih spermatozoida i tehnika asistirane reprodukcije, kao što je vantjelesna oplodnja, omogućuje ženi da začne dijete čiji genetski otac je preminuo. Krioprezervacija embriona omogućuje da se dijete rodi nakon smrti oca, majke, ili oba roditelja. Jedan od mogućih scenarija posthumne reprodukcije jeste i uzimanje sperme preminule osobe, ili osobe u trajnom vegetativnom stanju, kako bi ona bila iskorišćena u reproduktivne svrhe.

U prvom dijelu rada biće ispitani različiti oblici posthumne reprodukcije, kao i etičke dileme koje njihova primjena pobuđuje. Fokus će biti stavljen na ulogu vrijednosti ljudskog dostojanstva u okviru rasprava o posthumnoj reprodukciji (naročito na moguća različita tumačenja koncepta posthumnog dostojanstva). Takođe će biti istraženi nacionalni zakoni koji regulišu posthumnu reprodukciju. U drugom dijelu rada biće analiziran pravni okvir posthumne reprodukcije u Bosni i Hercegovini (njenim entitetima), te relevantne sudske odluke i preporuke drugih organa nadležnih za praćenje ostvarivanja ljudskih prava koje se odnose na ovaj oblik reprodukcije. U zaključku će biti izneseni argumenti u prilog legalizacije pojedinih oblika posthumne reprodukcije. Takođe će biti ispitani uslovi pod kojima se posthumna reprodukcija može smatrati prihvatljivom.

**Ključne riječi:** posthumna reprodukcija, dostojanstvo, posthumno dostojanstvo, autonomija, informisani pristanak

---

<sup>69</sup> Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci (BiH), igor.milinkovic@pf.unibl.org

# PROCEDURAL CONSTITUTION-MAKING: LESSONS LEARNT FROM HUNGARY

Nora Ban-Forgacs<sup>1</sup>

*Centre for Social Science, Institute for Legal Studies, Budapest  
Milton Friedman University, Budapest*

**Abstract:** *This article focuses on the procedural and substantive nature of drafting new constitutions under hybrid political regimes. The main argument of the article is that a qualified majority for rulemaking cannot be overruled by a simple majority principle even under extraordinary social and political circumstances.*

**Key word:** *constitution making, constitution drafting, hybrid regimes, populism.*

## 1. INTRODUCTION

Before the Hungarian parliamentary elections in 2022, the opposition's victory scenario included the so-called „simple majority constitution-making” concept. Under the scenario (provided that the opposition triumphs) the opposition's parties suggested that the Hungarian System of National Cooperation, the Fidesz-led coalition, could not only be replaced by a political force that won 50% of the vote in general elections, but could also overturn Fidesz's two-thirds constitution and adopt a new constitution by a simple majority. Later, the Hungarian opposition failed to win in 2022 and the question remained unsolved. The issues: can a simple majority overturn a two third rule? What to do with cardinal laws? What is the substantive and what is the procedural nature of a national constitution?

In its face in the Hungarian discourse, it seemed that there were supporters and friends of the Fidesz-majority constitution of 2011, the so-called Fundamental Law. Supporters were allegedly loyal to the Government and they were supporting procedural rule-making. On the other hand, one could easily verify opponents of the Hungarian Fundamental Law. It seems that those opposing the Hungarian Fundamental Law are opposing Fidesz and belong to the Hungarian political opposition. This was the first reading of the situation.

Opponents of the Hungarian Fundamental Law challenged the provisions of the Fundamental Law on a value basis (substantive constitutionality).<sup>2</sup> According to them, the Fundamental Law fails to fulfil the “integrative function of modern constitutions because it serves the will of

---

<sup>1</sup> Research Fellow, Social Centre for Social Science, Institute for Legal Studies, Hun-REN. Associate Professor, Milton Friedman University, Budapest. The preparation of this study was supported by the NKFIH research project 138366.

<sup>2</sup> See Attila Tóth Gábor, “The abolition of the Fundamental Law”. *444.hu*. 23 October. <https://444.hu/2021/10/23/toth-gabor-attila-az-alaptoervenye-eltorlese>

those in government (the interests of the winners of the 2010 elections), it offers a historical narrative contrary to the republican tradition, and creates fault lines within the political community.”<sup>3</sup> Critique stated that organization rules promote the permanent establishment of Government and hinder political competition.<sup>4</sup> Opponents emphasized that the Fundamental Law (i.e. the current Hungarian Constitution) reduces fundamental rights guarantees, whether we consider institutional arrangements or substantive fundamental rights norms.<sup>5</sup> Among other arguments, the Venice Commission<sup>6</sup> pointed out that the Fidesz constitution was not sufficiently transparent, lacked prior socio-professional consultation and was drafted without the opposition and civil society organisations.

However, this study highlights that the ideological value of liberal value-based criticisms of the constitution is severely undermined by the fact that they often contain procedural arguments in the Hungarian discourse. Such procedural issues include the interpretation of the four-fifths constitutional rule, and the unconstitutionality of a constitutional amendment (however the strict reading of the Hungarian Constitution, i.e. Fundamental Law excludes this). In addition, among standard criticisms is the assumed fast-track procedure for the adoption of the new Fundamental Law in 2011.<sup>7</sup> According to Attila Gábor Tóth, a Hungarian constitutional lawyer opposing the Fundamental Law on a value basis, the legitimacy of the Fundamental Law is to be challenged in five respects. Even though he emphasizes that his argument is value-based on legitimacy, already his first claim is a procedural argument, that the fundamental procedural shortcoming of the Fundamental Law is that “Parliament changed the four-fifths rule necessary for changing the constitution, thus removing the obstacles to change.”<sup>8</sup>

3 Balázs Majtényi, *In search of a destructive reading: the first serious attempt and in legal literature*. Majtényi analyses the 2012 volume *Constitution for a Disunited Nation*, CEU Press, which “is the first to organise the positions of liberal constitutional lawyers in a single volume, thus laying the foundations for a professional discourse”. [http://real.mtak.hu/20049/1/recenziofiof\\_1.pdf](http://real.mtak.hu/20049/1/recenziofiof_1.pdf) See also Miklós Könczöl, “Dealing with the Past in and around the Fundamental Law of Hungary”, in Uladzislaw Belavusau and Aleksandra Gliszczyńska-Grabias (Eds.), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, (Cambridge University Press, 2017), 252–257.

4 Lecture by Attila Gábor Tóth, “Conference report: constitutional law after the Fundamental Law”, *Fundamentum*(2012, No. 4.), 123–124 (eds. Katalin Gacs, Nóra Finszter, Orsolya Sidó).

5 Attila Gábor Tóth “The main problems of the Fundamental Law cannot be solved by legal interpretation”. *Fundamentum*,(2012.4.) 67.

6 Opinion adopted by the Venice Commission of the Council of Europe at its plenary session of 25–26 March 2011. The Commission “criticised the process of drafting, decision-making and adoption of the new Constitution due to tight deadlines and limited scope for debate”, expressing “regret that no consensus was reached” Opinion on the new constitution of Hungary, adopted by the Venice Commission between 17–18, June, 2011 (CDL-AD(2011)016, §11, referring to its earlier opinion of CDLAd(2011)001, §16–19).

7 For example: the accusation is that anyone who does not want to have a constitution in 2022 with a half majority does not even care “that the Basic Law declared the previous constitution invalid, on the basis of which the two-thirds adopted the Basic Law” See Attila Gábor Tóth, *The Abolition of the Basic Law*. <https://444.hu/2021/10/23/toth-gabor-attila-az-alaptoervenyt-eltorlese>. Elsewhere, we read that “According to Attila Gábor Tóth, the destructives challenge the legitimacy of the Fundamental Law in five respects, the first being that “the fundamental procedural defect of the Fundamental Law is that the Parliament changed the four-fifths rule necessary to change the Constitution, thereby removing the obstacles to change.” Lecture by T.G.A., conference report. *Fundamentum*(2012. 4.) 123 (eds: Katalin Gacs, Nóra Finszter, Orsolya Sidó); Or elsewhere we read about “dubious legitimacy of the government party constitution-making” (by this we mean not only the concerns about the content, but also the irregularities surrounding the adoption of the Fundamental Law. See. *Fundamentum*, (No. 1, 2011.) 61.

8 Lecture by T.G.A., “Conference report: constitutional law after the constitution.” *Fundamentum*(2012. no. 4.) 123. (eds: Katalin Gacs, Nóra Finszter, Orsolya Sidó); See also: “dubious legitimacy of the government party constitution-making” (not only the concerns about the content, but also the irregularities surrounding the adoption of the Fundamental

## 2. THE PROCEDURAL ARGUMENTS ARE NEITHER SUBSTANTIAL NOR WELL-FOUNDED IN FAVOUR OF CONSTITUTIONALISATION

For my part, I do not consider the procedural arguments in this dispute to be either relevant or well-founded. Not significant, because, in my view, the only real question on which our argument stands or falls in this discourse is precisely the substantive assessment of the Constitution, whether (and if so, how) the Fundamental Law is suitable to be seen as a “*Categoricus Imperativus*” (in the Kantian sense) at the top of the norm hierarchy in moral-legal terms. All further questions depend on this. In other words, the question is whether the Fundamental Law in Hungary, can be regarded as the successor in ideological terms to the 1989 Hungarian democratic constitution born in the liberal revolution after the fall of Communism.

Yet, when procedural arguments arise in the constitutional debate - which, by the way, contemporary domestic legal literature is full of - we need to get to the heart of the problem.<sup>9</sup> After elaborating on this, I would like to turn my attention to the substantive matters of my essay that are the core of my paper.

Let's look at the procedural arguments briefly: the assessment of unconstitutionality of constitutional amendments is extremely divisive in the Hungarian public law discourse, and I myself believe that it is not possible for the Hungarian Constitutional Court to examine the constitutionality (and thus the unconstitutionality) of constitutional amendments, and the fault lines cannot even be interpreted in a liberal/conservative metaphor.

The 2011 Constitution (Fundamental Law) was indeed adopted by the Hungarian Parliament after an absurdly short debate, which is a sore point. In Hungary, there were four plus five days for the general and detailed deliberation of the new Constitution. But the truth is that the Hungarian Fidesz-led coalition did not violate any procedural rules by this.

The Fidesz-led government can be morally condemned and can be politically accountable for sending a message for the political community that Fidesz does not negotiate with its two-thirds majority with those parts of society (inside and outside Parliament) who defeated them. Such a political message must have political consequences rather than a legally enforceable rule and voters, if not before, can certainly express their opinion every four years at the election polls even under the current Hungarian electoral system. (We should note that it would go a long way beyond this essay to assess the true meaning of a 'broad social consensus' in moral terms, beyond the two-third procedural role, discussed above).

Also, this paper will elaborate on this more, but the 2022 constitution-making frenzy by the Hungarian opposition, which promised to involve the whole of society, did not make it clear procedurally how to draft a new constitution before the constituent assembly would be summoned and gathered prior to the results of the 2022 elections. The Hungarian opposition however started

---

Law. See Zoltán Fleck, Gábor Gadó, Gábor Halmai, Szabolcs Hegyi, Gábor Juhász, János Kis, Zsolt Körtvélyesi, Balázs Majtényi, Attila Gábor Tóth, “Opinion on the Fundamental Law of Hungary”, *Fundamentum*, (No. 1, 2011.), 61.

<sup>9</sup> Some procedural arguments reach beyond the scope of this paper, for example the issue of unconstitutional constitutional amendments. See: F. Gárdos-Orosz, „Why Does a constitutional change emerge and who has a say in it: Constitution-making, constitutional amendments and their constitutional review in Hungary between 2010 and 2018”. In: Martin, Below; Antoni, Abat i Ninet (Eds.), *Revolution, Transition, Memory, and Oblivion. Reflections on Constitutional Change* Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd. (2020) 204.

to work on the text of the new Constitution without asking the constituency prior to the general elections. It was a bit like when a judge in the famous Hungarian film "The Witness" confused the verdict with the testimony.<sup>10</sup> It goes without saying that the Constitution of the Republic can be drafted only after the Assembly (or accordingly the constituent assembly) is gathered together.

It is also not worth going into, what we actually mean by a broad social consensus on constitutionalism, in constitutional theory. The moral aim of the 2022 constitution-making process was not to be morally less problematic than the Fidesz-led Hungarian Government, but to be morally right. This supposes that the constitution-making process is grounded on a genuine consensus. Such a consensus is impossible from the principled position this paper holds. As we further elaborate, our argument *against the 2022 constitution* is a modern critique of meaningful popular participation.

Until now this paper focused on two procedural arguments: the two third majority problem and the short parliamentary debate that preceded the adoption of the Fundamental Law in Hungary. The third procedural issue, which is usually embedded in the substantive arguments, is the question of the so-called "four-fifths" constitution-making.

This gives rise to serious misunderstandings, and is therefore worth clarifying briefly: under Article 24(5) of the former Hungarian Constitution, Act XX of 1949, the Hungarian Parliament must adopt general principles governing the new Constitution-making by a four-fifths majority before it can begin to draft a constitution or amend the current one. The content of regulatory principles is not specified in the Constitution. To this regard, the Parliament's rule-making obligations were amended in 2007. Then, after the 2010 victory, Fidesz's two-thirds parliamentary majority also repealed Article 24(5) of the Constitution (in July 2010). So, the four-fifths rule was overruled by Fidesz two-third majority. This is significant because opponents of the Hungarian Fundamental Law often cite this moment as the legal basis for the invalidity of the Fundamental Law. However, the four-fifths rule for the preparation of the amendments/constitution is of much less importance than the two-thirds rule for the adoption of a new constitution clearly required by the Constitution, whereas the four-fifth rule is not. The legal literature is divided on whether Fidesz really should have amended the constitutional preparation rules in 2010 by four-fifths, if the constitution clearly requires 'only' a two-thirds majority to amend the text.

But even if the answer were in the affirmative (which the author of these lines doubts), several scholars have pointed out that it is impossible to defend an approach that the Fidesz Government majority did not have the right to draft a constitution in 2011 even with a two-thirds majority, but the Hungarian opposition could have given a new constitution to Hungary in 2022 with a simple majority.

### 3. OUR COMMON CAUSE, THE MAJORITY AND THE MINORITY

There are several concepts of democracy, based on thousands of years of tradition. There are many common features and many differences, but I would like to emphasise that democracy is first and foremost a matter of choice, and a choice between values. Therefore, disagreement on

---

<sup>10</sup> Hungarian film: The Witness by Peter Bacsó, 1969. <https://www.imdb.com/title/tt0065067/>



principles is at the heart of politics and to exclude people and their representatives from this debate is to be disloyal to democracy.<sup>11</sup>

To understand majoritarianism (procedural democracy) in constitutional law and in the discourse around constitution-making, I propose to use the concept of procedural constitution-making (majoritarian constitution-making).<sup>12</sup> As will be seen, for my part, I am not an outright advocate of procedural democracy, but I will take their arguments as a starting point, and my criticism will be that those refusing these arguments are unable to come up with a justification similarly convincing. It does not make procedural arguments perfect. Neither makes them almighty. All I claim is that the other side has empty hands in the debate.

The proceduralists of majoritarian democracy stress that the essence of “consensus building” is to respect procedures (for example a simple majority in the Assembly cannot be used to amend a two-thirds law), so the point is not to choose the only right decision - for example, deciding when fetal life should be protected by the Constitution - but to establish a procedure that is capable of coordination.

Well, the problem, in my view, is that this “procedural majority” in Hungary not only won the 2010, 2014, 2018 2022 elections, but also constitutionalised with two-third majority resulting in the Fundamental Law in 2012.

So, one must either be able to prove that the Hungarian Fundamental Law is *contra legem* in the rule-based legal positivist sense of the word. Or the counter-arguments must effectively be gathered around substantive constitutionalism. I will discuss this in more detail later in this paper.

#### 4. THE ESSENCE OF THE CONSTITUTION, OR THE FUNDAMENTAL LAW

In this very complex system that we call society, we try to condense our common values into a basic document, which we call a “Constitution”. Perry’s formulation is perfect: the constitution, with all its parts, is a consciously political act, a declaration of certain political and moral principles, more than a set of words. Some of the provisions of the constitution were ratified by the framers in the belief that they established the principle of principle.<sup>13</sup> Constitutions are historically bound.<sup>14</sup> I collected some example for this historical bound: for example the US Constitution, for example, is meaningless without the Enlightenment ideal, the US Constitution denies birthright privileges, believes in the equality of peoples, opposes the idea of feudalism, proclaims the victory of the Enlightenment over monarchies after a successful war of independence. According to the French Constitution, “The French people solemnly declare their attachment to the principles

<sup>11</sup> Bernardo Gonçalves Fernandes, “A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron’s Criticism on Judicial Review” In *Democratizing Constitutional Law Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, (Springer 2016.), 152. Springer 2016. 152. Democracy is also closely linked to the concept of rule of law. See: Gárdos-Orosz Fruzsina – Halász Iván (Eds). *Bevezetés az Alkotmányjogba – Alapfogalmak*, Budapest, Dialóg Campus, 2019. 49.

<sup>12</sup> This explains some of the perspectives in the literature.

<sup>13</sup> Michael J. Perry, “Symposium on Democracy and Distrust” *Virginia Law Review*, (Vol. 77, No. 4.)

<sup>14</sup> To take just one example: “The mention of God in the introduction of constitutions can be a tradition and can carry concrete historical content.” See László Sólyom, *The Beginnings of Constitutionalism in Hungary*. (2001.) 143.

of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 and to national sovereignty”, which formed the basis of the French Constitution of 1791 and was the first to set out an almost complete catalogue of universal human freedoms. The German Basic Law marks a new era in Germany’s twentieth century history.

Constitutions are not only historically bound, but are also culturally bound, they are not created in a vacuum<sup>15</sup> - the Hungarian Fidesz Fundamental Law - sadly enough - represents the idea of the Hungarian majority. Hirschl stresses that, given its “higher legal” status, the constitution provides an ideal platform for “inserting” certain worldviews, political preferences and institutional structures, and leaving others out.<sup>16</sup> My point is that not an insignificant part of Hungarian society is supporting the Fidesz-made Constitution together with the Hungarian National System of Cooperation.

## 5. JUSTIFICATION

I believe the constitution-making is a debate about public justification at its core. The point of departure is that the arguments on which the constitution building is based must be firmly related to some justifiable theory. Without this, arguments lose their legitimacy.

I suppose that the question of constitution-making presupposes three prerequisites. First, any normative argument must answer the question of 1) who should decide (who should make the decision on drafting a new constitution). In this respect, the proponents of procedural constitutionalism appeal to the majority in each case. Accordingly, a two-thirds majority should build the constitution. The advocates of substantive constitutionalism, on the other hand, argue that the two-thirds rule can be overridden by a simple majority. Next, 2) how should it decide (i.e. by what procedure)? On this point, the formalists argue that it must be done in the manner prescribed by *law* and the text of the constitution. Proponents of substantive constitutionalism are divided on what procedure to constitutionalise, but they argue that there is a moral reading of the rules and that it is morally justifiable to decide in Hungary for drafting a new constitution by a simple majority, 3) why to make constitutions? Proponents of procedural constitutionalism argue it is because the majority (two thirds) want to. Proponents of substantive constitutionalism say it is because the previous Fundamental Law (“Constitution”) is unjust.

My position in this article is that any decision on the merit of constitution-making cannot be separated from an underlying legal theory elaborated above. Moreover, constitutional-making cannot be separated from the underlying ideological worldview.

Proponents of procedural democracy emphasise that procedures are respected. An example is the two-thirds majority in constitution-making.<sup>17</sup> The underlying theory and world view is this:

---

<sup>15</sup> See Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, (2014), 151. See also Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006.), 134-135.

<sup>16</sup> Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, (2014.) 152-153. Also narratives, as in the case of the ‘National Avowal’, cf. Könczöl, op. cit. 252, and Miklós Könczöl & István Kevevári, “History and Interpretation in the Fundamental Law of Hungary”, In: Rainer, Grote; Frauke, Lachenmann; Rüdiger, Wolfrum (ed) *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. (Oxford, Oxford University Press, United Kingdom,

<sup>17</sup> Szentgáli-Tóth, Boldizsár: “Organic/Cardinal Laws”, In: Rainer, Grote; Frauke, Lachenmann; Rüdiger, Wolfrum (ed) *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. (Oxford, Oxford University Press, United Kingdom,

in a majority procedure (as an absolute legal guarantee), everyone's opinion is equally important and everyone participates as an equal. Human dignity is at the centre: everyone's vote counts the same. According to this view, if we respect procedures, such as a guarantee of the correctness of constitutional decision-making, we see this guarantee this way because, in our view, formal procedure creates fairer and more equal conditions than rival theories, which are arbitrary, unpredictable (substantive constitutionalism) and therefore unjust.

## 6. SUBSTANTIVE ARGUMENTS

As I pointed out in this paper, from a legal theory point of view, the situation is simple in 2022. Hungary had a valid and effective Constitution and other legislations in force.

What is the argument on the other side? Little, to see.<sup>18</sup> Do the advocates of substantive constitutionalism want to apply the Radbruch formula to it? So the Basic Law and its ramifications are as intolerably contrary to the elementary requirement of justice as the National Socialist (Nazi) laws of the Second World War, and as invalid law must take a step back in favour of justice?<sup>19</sup> If that is what to be stated, then that is what must be publicly justified. The justification for this theory has been totally absent. Or are we putting forward a different theory? Are we trying to reinterpret the Hart-Fuller debate on the relationship between law and morality?<sup>20</sup> Apart from the fact that it is uncertain who Hart is and who Fuller is in Hungarian jurisprudence, the question remains whether this is sufficient to invalidate the present Hungarian Fundamental Law?

If the proponents of substantive constitutionalism failed to come up with an independent theory and failed to justify their claims, they still had two paths to follow on Radbruch and Fuller. But in the argument of this paper neither of them was consistently represented by them.

## 7. DEMOCRACY?

As I argued, procedural constitutionalism and procedural democracy can give public justification for its decisions. It could be a departure point. But the picture is still not rosy. We are dissatisfied. Why? This article argues, it is because we have been struggling in the Central-European region and in Hungary for more than a decade with the fact that majority democracy itself is in many ways 'bankrupt' in the face of the abuse of power. We faced that countries and institutions

---

2022.) e302.

<sup>18</sup> Among others, Prof F. Gardos-Orosz argues that the substance cannot be changed outside the constitutional procedure and must align with the constitutional rules. See: Gárdos-Orosz, "On Gary Jacobsohn and Yaniv Roznai, Constitutional Revolution", *CONSTITUTIONAL STUDIES* 7: (2021). 49-50.

<sup>19</sup> Gustav Radbruch, "Statutory lawlessness and supra-statutory law 1946", *Oxford journal of legal studies*, Vol 26, No 1, 2006.

<sup>20</sup> See: Eight leading scholars from around the world revisit a 50-year-old debate between H.L.A. Hart and Lon Fuller. [https://www.law.nyu.edu/news/HART\\_FULLER\\_DEBATE](https://www.law.nyu.edu/news/HART_FULLER_DEBATE); *The Hart-Fuller Debate in the Twenty First Century* (ed. Peter Cane), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2010.

based on democratic constitutions can be hijacked and captured by malicious people. This phenomenon is over politicised by nature.

As the political nature of constitution-making, this essay is deeply concerned that the adoption of the Fundamental Law in Hungary in 2011 was a wasted effort on the part of Fidesz coalition.<sup>21</sup> They could have captured the Hungarian institutions, they could have hijacked democracy under the '89 Hungarian Constitution! It was merely a completely unnecessary grandstanding to throw a kitschy Constitution at the top of this illiberal system. The National System of Cooperation could perfectly function without it. We can name it a hybrid system, an illiberal state, populism, or whatever fancy, but we are talking about a deficiency in modern representative democracy that has not seemed to arise in Europe and North America since the French revolution.

The only reasonable solution to this crises, this article argues, is for someone to re-conceptualise democracy, to come up with a better and more durable theory than representative democracy, one that explains or rules out unscrupulous abuse of power. But it may also be that this new theory will define, for example, the cases in which majority decision-making can be dispensed with and provide public justification for doing so (e.g. by setting up benchmarks and tests). The conclusion of this article after Mark Tushnet's "Taking the Constitution Away from the Court"<sup>22</sup> is something like "Hands Off the Constitution to Jurists". The Hungarian Constitution cannot be re-drafted by a simple majority. It is not a duty of constitutional lawyers to interpret a non-judicial category such as "populism". The rules of the political game are currently known, there are really a lot of democratic deficiencies. These political problems are not sorted out by kicking up the game table and deciding for arbitrary rules. Why do we want to translate populism, as a political problem into the language of law? We shouldn't.

## LITERATURE

1. Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006.), 134-135.
2. Fernandes, Bernardo Goncalves, "A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron's Criticism on Judicial Review" In *Democratizing Constitutional Law Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, (Springer 2016.), 152.
3. Fleck, Zoltán, Gadó, Gábor, Halmai, Gábor, Hegyi, Szabolcs, Juhász, Gábor, Kis, János, Körtvélyesi, Zsolt, Majtényi Balázs, Tóth, Gábor Attila, "Opinion on the Fundamental Law of Hungary", *Fundamentum*, (No. 1, 2011.), 61.
4. Gárdos-Orosz Fruzsina – Halász Iván (Eds). *Bevezetés az Alkotmányjogba – Alapfogalmak*, Budapest, Dialóg Campus, 2019. 49.
5. Gárdos-Orosz, "On Gary Jacobsohn and Yaniv Roznai, Constitutional Revolution", *CONSTITUTIONAL STUDIES* 7:(2021). 49-50.

---

21 Szentgáli-Tóth, Boldizsár; Simonelli, Marco Antonio: Populism and Liberal Constitutionalism: "A Proposal to Define the Impact of Populism on the Constitutional Framework". *PUBLIC GOVERNANCE ADMINISTRATION AND FINANCES LAW REVIEW* (7 : 2) 143.

22 Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court*, (Princeton University Press, 1999.)

6. Gárdos-Orosz, Fruzsina, „Why does a constitutional change emerge and who has a say in it: Constitution-making, constitutional amendments and their constitutional review in Hungary between 2010 and 2018”. In: Martin, Below; Antoni, Absti Nent (Eds.), *Revolution, Transition, Memory, and Oblivion. Reflections on Constitutional Change* Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd. (2020) 204.
7. Hart, H.L.A. and Fuller, Lon, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty First Century* (ed. Peter Cane), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2010.
8. Hirschl, Ran, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, (2014), 151.
9. Könczöl, Miklós & Kevevári, István “History and Interpretation in the Fundamental Law of Hungary.” *European Papers*, 5(1), 162.
10. Könczöl, Miklós, “Dealing with the Past in and around the Fundamental Law of Hungary”, in Uladzislau Belarus and Aleksandra Gliszczyńska-Grabias (Eds.), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, (Cambridge University Press, 2017), 252–257.
11. Majtényi, Balázs, *In search of a destructive reading: the first serious attempt and in legal literature*.
12. Perry, Michael J., “Symposium on Democracy and Distrust” *Virginia Law Review*, (Vol. 77, No. 4.)
13. Radbruch, Gustav, “Statutory lawlessness and supra-statutory law 1946”, *Oxford journal of legal studies*, Vol 26, No 1, 2006.
14. Sólyom, László, *The Beginnings of Constitutionalism in Hungary*. (2001.) 143.
15. Szentgáli-Tóth, Boldizsár: “Organic/Cardinal Laws”, In: Rainer, Grote; Frauke, Lachenmann; Rüdiger, Wolfrum (ed) *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. (Oxford, Oxford University Press, United Kingdom, 2022.) 302.
16. Szentgáli-Tóth, Boldizsár; Simonelli, Marco Antonio: Populism and Liberal Constitutionalism: “A Proposal to Define the Impact of Populism on the Constitutional Framework”. *PUBLIC GOVERNANCE ADMINISTRATION AND FINANCES LAW REVIEW* (7: 2) 143.
17. Tóth Gábor Attila, “Conference report: constitutional law after the Fundamental Law”, *Fundamentum* (2012, No. 4.), 123-124.
18. Tóth, Gábor Attila, “The abolition of the Fundamental Law”. 444.hu. 23 October. <https://444.hu/2021/10/23/toth-gabor-attila-az-alaptorveny-eltorlese>
19. Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Court*, (Princeton University Press, 1999.)

## ПРОЦЕДУРА ДОНОШЕЊА УСТАВА- ЛЕКЦИЈЕ НАУЧЕНЕ НА ПРИМЈЕРУ МАЂАРСКЕ

Нора Бан Форгач<sup>23</sup>

*Институт за правне и друштвене студије, Будимпешта*

*Милтон Фридман Универзитет, Будимпешта*

**Апстракт:** Овај чланак се фокусира на процедуралну и материјалну природу израде нових устава у хибридном политичким режимима. Главни аргумент чланка је да се квалификована већина за доношење правила не може поништити принципом прости већине чак ни у ванредним друштвеним и политичким околностима.

**Кључне ријечи:** доношење устава, нацрт устава,

---

<sup>23</sup> Истраживач на Институту за правне и друштвене студије у Будимпешти и ванредни професор на Милтон Фридман Универзитету у Будимпешти

# THE ROLE OF THE CZECH, SLOVAK, AND POLISH OMBUDSMAN DURING THE FIRST WAVE OF THE COVID-19 EPIDEMIC<sup>1</sup>

Ivan Halász<sup>2</sup>

Centre for Social Sciences – Institute for Legal Studies, Budapest  
University Pavol Jozef Šafárik, Košice, Slovakia

**Abstract:** *This article is focusing on the role of Ombudsman institutions in Central Europe during the Coronavirus crisis. Special attention is given to the Czech, Slovak and Polish case law and activities of the Ombudsman. Although similarities are verified in the structure, institutional and social background of national Ombudsman institutions, this paper highlights the differences in their case law in handling the largest medical crisis of the twenty-first century. In this article we elaborate on the role of Ombudsman in Hungary, Slovakia, the Czech Republic and Poland during the first wave of the COVID-19 epidemic in 2020, and the nature of the cases and complaints they focused on.*

*The post-transitional constitution-making (after 1989, the fall of Communism) and subsequent constitutional amendments resulted in the establishment (foundation) of Ombudsman institutions in all Central European countries. Although the Ombudsman institution has common roots in all these countries, essentially Scandinavian in origin, the national terminology varies somewhat. In Hungary, for example, the Ombudsman institution was traditionally known as the Parliamentary Commissioner, however after the constitutional changes in 2011/2012 the Hungarian Ombudsman lost its reference to the „Parliament” and is called Commissioner for Fundamental Rights. In Poland, the Ombudsman is called the Advocate for Citizens’ Rights. In the Czech Republic and Slovakia, which shared a common state (Czechoslovakia, 1918-1992) and legal history, this institution is known as the Public Defender of Rights. Despite the differences in terminology, the word Ombudsman is most commonly used by the Central European press and professionals, and even scholars.*

**Key words:** *Central Europe, constitution, Covid19, human rights, Ombudsman*

---

<sup>1</sup> The preparation of this study was supported by the NKFIH research project No. 138366 and research project by the Hungarian Academy of Science, No.0506764 project: The responsiveness of the legal system in a post-Covid society, risks and opportunities.

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

## 1. OMBUDSMAN INSTITUTIONS: INTRODUCTION

In Central Europe, the Polish Ombudsman institution is the oldest. The first Polish Ombudsman Act was adopted in the summer of 1987, a few years before the overthrow of the Polish communist regime. The law on Ombudsman and legal reforms in public policy were considered as a gesture to Polish society by the dissolution communist state party. The first Ombudsman, Ewa Łętowska, played an important role in popularizing the institution, and providing for a considerable prestige. The text of the Polish Constitution of 1997 acknowledged two kinds of Ombudsman – the general Ombudsman and special Ombudsman for children. The special Ombudsman Act was adopted in 2001 and is still in force after several amendments.<sup>3</sup>

The Czech Ombudsman was not mentioned in the Czech Constitution adopted in December 1992 (and in force since January 1993). The need for the establishment of an Ombudsman-type post at the federal level in Czechoslovakia was raised twice, between 1990 and 1992, but the initiatives were not successful.<sup>4</sup> At the time the Czech constitution was being drafted, PM Václav Klaus (later president) was suspicious of such an institution. The Ombudsman Act no 18 of 2000 was adopted in 1999 by votes of Social Democratic and Christian Democratic deputies, partly supported by Communist and Liberal deputies. The first Ombudsman and his deputy were finally elected and appointed in January 2001.<sup>5</sup>

The Hungarian Ombudsman system was introduced by Act no. LIX of 1993. The first Ombudsman was appointed only in 1995.<sup>6</sup> For the first time a fragmented system of several specialised Ombudsman was established. This system was centralised only during constitution-making and following complex constitutional reform in 2011.<sup>7</sup> Two of the formerly independent Ombudsman (the Ombudsman for national and ethnic minority rights and the Ombudsman for rights of future generations) continued to function as deputy Ombudsman for the Ombudsman for the fundamental rights. The position of Data Protection Commissioner has lost its original character and has been transformed into a public authority.<sup>8</sup>

The Slovak Ombudsman institution was introduced only in the mid-90s. The Slovak Constitution of 1992 had not yet recognised the Ombudsman institution. In 1994, a government proposal raised the issue of creating a post, but political developments eventually swamped the idea, which was put back on the table only after the crucial general elections in 1998. The new Slovak democratic governing coalition, which had a three-fifths majority in the Parliament, significantly amended the Slovak constitution in 2001. Among other things, new amendments were drafted for fulfilling requirements for the EU accession. The amendment also addressed issues related to separation of powers and with several aspects of fundamental rights protection. In this context, a new Article 151a was added to the Slovak Constitution. This article established the institution of the Public Defender of Rights. (i.e. Ombudsman of Slovakia).

<sup>3</sup> Leszek Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*. 10. wyd. (Warszawa: Liber, 2006), 396-397.

<sup>4</sup> Daniela Lengyelová, „Verejný ochranca práv v Ústave Slovenskej republiky”, in *Ústavný systém Slovenskej republiky (doterajší vývoj, aktuálny stav, perspektívy)*, eds. Ladislav Orosz et al (Košice: UPJŠ PF, 2009), 339-340.

<sup>5</sup> Vaclav Pavlíček a kol. 2011. *Ústavní právo a státověda*. II. díl. *Ústavní právo České republiky*. First edition (Praha: Leges, 2011), 1008.

<sup>6</sup> Nora Bán-Forgács, *Az adatvédelmi ombudsman intézménye Magyarországon. A kezdet és a vég. 1995-2011*, (Budapest: L' Harmattan, 2021).

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, 59.



Every regular Ombudsman in Central Europe is elected by the Parliament, but their tenures are different. The mandate of Polish and Slovak Ombudsmen is five years, the mandate of Czech and Hungarian Ombudsmen is six years. The rights and responsibilities of the Ombudsman are more or less similar in the studied countries. The rise of Ombudsman institutions in Central European liberal democracies is embedded in the theory of rule of law, i.e. in the idea of limited government; the exercise of state power based on the principle of popular sovereignty, the division of powers, and guarantee of civil and political rights. In other terms, this requires the transformation of a relationship between a citizen and public authority, into a „constitutional relationship” represented by the Ombudsman. The institutionalised protection of fundamental rights is therefore a constitutional obligation, and this is particularly so, in the area of public administration, since in public administration, the coercive power of the state is concentrated. The most frequent situations of direct conflict between an individual and public authorities, and the most frequent hazard of such conflict, always occurs in the area of state and public administration<sup>9</sup>.

## 2. EMERGENCY POWERS RELATED TO COVID-19 PANDEMICS

During the first months of Covid-19, a series of restrictive administrative rules and coercive measures were put in place, which severely restricted human rights in order to combat the pandemic and its far reaching consequences. In such extraordinary circumstances, the conflict between fundamental rights and coercive measures were harsh. On the one hand, national governments have a legitimate interest in halting the spread of the virus, on the other hand, citizens have a right to defend their basic rights. Accordingly, the Hungarian government declared a state of emergency on 11 March 2020. The government of the Czech Republic declared a nationwide special state of emergency on 12 March 2020.<sup>10</sup> Slovakia declared a state of emergency on 15 March 2020.<sup>11</sup> No such clear decision has been adopted in Poland.<sup>12</sup>

Although the Visegrad countries were in many respects in a similar situation, their concrete response to the first wave of the pandemic differed from country to country. The most stringent quarantine policy seems to have been pursued by Slovakia, which indeed had the lowest number of victims (at least in 2020). The Hungarian government had the largest legislative space through the so-called Enabling Act.<sup>13</sup> The Hungarian coalition government (led by Fidesz had a large space to manoeuvre, holding a two-third absolute majority in the Hungarian Parliament. Meanwhile the Czech coalitional government, holding a simple majority, needed to co-operate and compromise

9 Bán-Forgács, „Ombudsmanok és hatalommegosztás”, 361-362.

10 The 1993 Czech Constitution itself does not directly provide for a special legal order. The Constitutional Law No. 110 of 1998 on the security of the Czech Republic distinguishes between the following: state of emergency, state of war and state of threat to the state. Act no. 240 of 2000 on Crisis Situations provides for a state of emergency, a state of war and a state of threat to the state.

11 See in the Slovak legal order Constitutional Act no. 227 of 2002 on security in times of war, state of war, state of emergency.

12 The Polish Constitution of 1997 recognises three states of emergency: martial law, state of emergency and state of natural disaster.

13 Act XII of 2020 on the protection against corona virus.

inside the coalition. An interesting public law situation had arisen in Poland. Poland was in the process of organising the general presidential elections for 10 May 2020. The Polish government was politically biased for on-time voting and therefore was very reluctant to declare a state of emergency which could result in the postponement of presidential elections. Finally, Polish elections were held in summer, after the first pandemic wave. The incumbent head of state, Andrzej Duda, retained his post.

Different national Ombudsmen in the Visegrad countries had different strategies in the fight against the pandemic. First and foremost, the differences were due to different crisis management and legal responses in each country. But other factors also played a role. Among the Ombudsman in the region, there were long serving officials and some relative newcomers. The specific functioning of the Ombudsman institution depended very much on the personality of the person holding the office. This was also due to the nature of the individual institution<sup>14</sup>. Last, but not least, the legal temperament and national traditions of the population may also differ from country to country. In the following subsection we will try to present the Covid-19 situation through the case law of the national Ombudsman.

### 3. SLOVAKIA

In the first two months of the anti-pandemic management, the most serious conflict in the region occurred between the Slovak Government and Ombudsman in Slovakia. The Slovak Ombudsman, Professor Mária Patakyová was elected by the National Council in 2017. Her Ombudsman engagement was very active. Patakyová proved not to be far from fundamental rights activism, and she was considered as fearless of the conflict with the executive power.

However, the Patakyová's conflicts were not only related to her habitus and perception of her office, but also to the fact that the Slovakian epidemiological policy was one of the strictest at the time. In addition, Slovakia had the highest number of municipalities with a Roma majority in extreme poverty. The escalation of the pandemic and the 'explosion' of virus was feared in poor Slovak areas by many experts. Finally, the country held Parliamentary elections on 29 February 2020 in the coming shadow of the Coronavirus. Elections resulted in the change of government during the first heavy months of counter-pandemic measures.

In the first two-three months of counter-pandemic policy the Slovak Ombudsman dealt primarily with the following main issues: the situation of Roma settlements in Eastern Slovakia, strict state quarantine policy and the shopping time limits for senior citizens. The high-profile and very sensitive case was the introduction of pandemic measures in marginalised Roma settlements. The Slovak army was involved in the operations, and the administrative authorities' success in dealing with the situation was due in part to the careful handling of the situation by a number of stakeholders: the Minister of Defence, Slovak self-governments, partly the Government Commissioner for Roma Affairs, together with several Roma and NGOs activists. The Ombudsman had drawn

---

<sup>14</sup> Albert Takács, „Az alapvető jogok biztosa és a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság”, in *Az állam szervezete*, ed. András Téglási (Budapest: Dialóg Campus, 2018), 214-215; Nora Bán-Forgács, *A rendszerváltás és az adatvédelmi ombudsman Magyarországon: az adatvédelmi ombudsman alapjog-értelmezése* (Budapest: L' Harmattan, 2022), 77.

the attention of the authorities and different state bodies involved to focus not only on isolating the infected and problematic settlements, but also to pay attention to protecting the health of the people trapped in the closed settlements.

The most serious dispute between the Ombudsman and the Slovak Interior Minister (Roman Mikulec) was over the imposition and implementation of mandatory state quarantine. Since this concerned a large number of the population, it was perhaps the issue that received the most publicity. Originally, Slovakia only required citizens returning from abroad to undergo home quarantine. But from 6 April 2020 all returning Slovak citizens had to be placed in a state quarantine designated for them by the police, often far from their place of residence. The transport to this place was in many cases delivered with inadequate vehicles. In the state quarantine, examinations and tests were carried out on around the sixth or seventh day. If it was negative, the remainder of the 14-day mandatory quarantine could be spent at home.

In a resolution from 28 April 2020, the Slovak Ombudsman - on the basis of complaints received from concerned citizens - heavily criticised the mandatory state quarantine system and made concrete anti-proposals.<sup>15</sup> In particular, she criticised the often lengthy journey to the place of state quarantine, which was far from the home of the person concerned. The Ombudsman recommended a more sensitive approach to the circumstances of individuals and, wherever possible, a preference for home quarantine over state quarantine. She also recommended the use of rapid on the spot coronavirus tests. At the same time, the Slovak Ombudsman confirmed and agreed on strict controls over home quarantine. The majority of regional governmental organs shared the Ombudsman's view, prioritising the house quarantine system. The government lifted the restriction rules at the end of May 2020, when the automatic quarantine of people returning from abroad in a place designated by the state was also lifted.<sup>16</sup>

Finally, the Slovak Ombudsman had exposed herself on a socially and politically very sensitive issue related to the "assisted abortion". Patakyová had received several claims that some medical institutions (Slovak hospitals) suspended the process of assisted abortion during the epidemic.<sup>17</sup> Justification for suspension was that only necessary and inevitable operations are held under high risk of infections in hospitals. In the Ombudsman's opinion, women must be guaranteed the right to abortion in times of pandemic and the COVID-19 pandemic must not be used to interfere with women's sexual and reproductive rights. (VOP 3, 2020) Ombudsman therefore called on the Health Minister (Marek Krajčí),<sup>18</sup> whose political background is pro-life, to take measures to guarantee women's rights. Patakyová's activities covered the protection of birth mothers and family members of ill minors (children). The Ombudsman declared that, during pandemics birth mothers' accompanying persons should not be restricted and separated from the birth mother, nor should birth mothers be arbitrarily separated from their newborn children without proper justification.

15 VOP 1, „Ombudsmanka odporúča zmeniť systém povinnej štátnejkarantény“, (2020); [https://www.vop.gov.sk/files/2020\\_23\\_TS\\_VOP\\_odporuca\\_zmenit\\_system\\_povinnej\\_statnej\\_karanteny.pdf](https://www.vop.gov.sk/files/2020_23_TS_VOP_odporuca_zmenit_system_povinnej_statnej_karanteny.pdf)

16 MINV. „Minister vnútra hovoril s verejnou ochrankyňou práv o povinnej štátnej karanténe“ (May 12, 2020). <https://www.minv.sk/?tlacove-spravy&sprava=minister-vnutra-hovoril-s-verejnou-ochrankynou-prav-o-povinnej-statnej-karantene>

17 SME, „Niektorí lekári odmietajú interrupcie. Pandémia nesmie zasahovať do práv žien, tvrdí ombudsmanka“, SME (April 21, 2020), <https://domov.sme.sk/c/22388050/patakyova-sa-pre-interrupcie-obratila-na-ministra-krajciho.html>

18 Ria Gehrerová, „Krajčí nesúhlasí s ombudsmankou, že interrupcie by sa mali robiť aj počas epidémie, neodporúča ich“, Denník (April 24, 2020); <https://dennikn.sk/1873861/krajci-nesuhlasi-s-ombudsmankou-ze-interrupcie-by-sa-mali-robot-aj-pocas-epidemie-neodporuca-ich/>

The Ombudsman argued for a principle of legitimate aim and proportionality. The Ombudsman's arguments were finally accepted by the Slovak Ministry of Health.<sup>19</sup>

## 4. CZECH REPUBLIC

Similar conflicts had arisen in the Czech Republic between the Ombudsman and the government. The new Czech Ombudsman, Stanislav Křeček, was elected in March 2020. He had a controversial relationship with his deputy Ombudsman (Monika Šimůňková). They had different life experiences, age and professional mentality. Mr. Křeček was born in 1938, Ms Šimůňková in 1972. The issue of the conflict arose in the second half of March, when the Ombudsman received complaints that some hospitals, due to measures taken by the Ministry of Health to halt the spread of the virus, did not allow fathers to be present during childbirth. The Ombudsman stated that a distinction must be made between essential human rights, i.e. those that must be protected and enforced in all circumstances, and those that, although they limit human freedom, but were not essential to guarantee the normal functioning of society.<sup>20</sup> According to the Czech Ombudsman the presence of fathers at the birth of their children was not necessary since „human society has developed successfully for generations without this possibility”. The Ombudsman described paternal childbirth as a fashionable phenomenon, which is by no means indispensable for good family relations and the healthy development of the child. He therefore highlighted that such practice should be restricted in times of epidemic, in order to protect parents and health staff. However, the Czech Deputy Ombudsman, Ms Šimůňková, dealing originally with this issue had a dissenting opinion, but the Ombudsman referred the case back under his jurisdiction.<sup>21</sup> In response to this, 300 Czech lawyers wrote an open letter criticising the Czech Ombudsman for using his authority to propagate and promote his personal views and human rights beliefs, and for failing to give adequate reasons for some of his actions.<sup>22</sup>

In addition to this issue, the Czech Ombudsman's Office also dealt with a number of other issues in the two months under review. One such issue was parental contact with sick children in hospital. In this case, the Deputy Ombudsman acted, who found it necessary to have a parental presence in hospitals for children, even for short visits, and even in intensive care units. The possibility was not completely ruled out by the Czech Ministry of Health, since the ban on visits to hospitals did not apply to under-age patients. However, the Deputy Ombudsman also indicated that being accompanied as a minor is not an absolute right and can be limited in certain circumstances.

---

<sup>19</sup> VOP 2. 2020. „Vítam vyjadrenie ministra zdravotníctva, že oddeľovanie detí od matiek je neprípustné.” [https://www.vop.gov.sk/files/2020\\_XX\\_TS\\_VOP\\_vita\\_vyjadrenie\\_MZ\\_SR\\_k\\_separacnej\\_praxi.pdf](https://www.vop.gov.sk/files/2020_XX_TS_VOP_vita_vyjadrenie_MZ_SR_k_separacnej_praxi.pdf)

<sup>20</sup> Petr Dimun, „Křeček napsal kvůli otcům u porodu Vojtěchovi: Chybí mi zdůvodnění i podmínky zrušení”, Česká justice (April 17. 2020), <https://www.ceska-justice.cz/2020/04/kreckek-napsal-kvuli-otcum-u-porodu-vojtechovi-chybi-mi-zduvodneni-i-podminky-zruseni/>

<sup>21</sup> Jana Ustohalová, „Křeček vzal stížnosti na porody bez otců svoji zástupkyni. Zakázal mi mluvit za úřad, když budu mít jiný názor, říká Šimůňková”, Deník (April 8, 2020), <https://denikn.cz/336916/kreckek-vzal-stiznosti-na-porody-bez-otcu-svoji-zastupkyni-zakazal-mi-mluvit-za-urad-kdyz-budu-mit-jiny-nazor-rika-simunkova/>

<sup>22</sup> „300 akademiků apaluje na ombudsmana, aby se přestal řídit dojmy”, Respekt (April 2020); <https://www.respekt.cz/agenda/pres-300-akademiku-apeluje-na-ombudsmana-aby-se-prestal-ridit-dojmy>

The Czech Ombudsman Office has also dealt with families at risk, and families who have found themselves in a difficult situation as a result of the closure of various day-care centres for physically or mentally ill people. At the end of April 2020 the Office was very concerned about the situation of travel agencies and their clients. The Czech Ombudsman criticised the fact that the government was only concerned about the economic difficulties of the travel agencies and not their clients, who would have to pay the balance of the cost of trips in spite of the fact that it was very unlikely that the trips would take place or most probably would be canceled.

## 5. POLAND

The problem of Polish presidential elections was the most sensitive and problematic issue during the Spring of 2020. Polish Ombudsman Adam Bodnar was very active in this case. He was elected as Ombudsman in 2015 by the previous, civic liberal Parliamentary majority. His five-year mandate expired in September 2020 and he was not re-elected in the current Parliamentary balance of power.<sup>23</sup>

The originally planned presidential elections date was 10th May 2020. The ruling right-wing coalition (PiS and partners) for better chances to win, wanted to hold the elections on the date originally set.<sup>24</sup> To this end, the Sejm adopted an amendment to the Polish law on elections, introducing the possibility of voting by post in the country. This method was originally introduced for voting from abroad, but as an exception and not a rule.

The Polish opposition, however, strongly opposed the holding of the presidential elections on the original date, accusing the government, which was pushing for the elections to be held, of endangering people's health by organizing the elections for the head of state at any cost. The ruling coalition wanted the elections to be held at the original date because it feared that the popularity of the incumbent president, Andrzej Duda, would decline as the pandemic progressed. In addition, most opposition candidates failed to become very popular. And the cancellation of the original election date and the calling of new elections allowed the opposition parties to put forward a new, much more popular candidate for the head of state. In summer, Rafal Trzaskowski did indeed put a squeeze on the incumbent president, who could only win in a very close race. The controversy was accompanied by a lot of personal attacks and unexpected moves. In the course of the increasingly chaotic debate on the holding of the Polish presidential elections, the regional prosecutor, Ewa Wrzosek, opened an investigation about endangering the health of many people by putting them at high risk.<sup>25</sup> This endangering would have been achieved by holding the elections. On the same day, the state prosecutor closed the case and disciplinary proceedings were initiated against the prosecutor initiating the original case. The next day, the State Prosecutor's Office issued a

<sup>23</sup> Mirosław Wróblewski, „The ombudsman before the Polish constitutional tribunal” (2020); <https://verfassungsblog.de/the-ombudsman-before-the-polish-constitutional-tribunal/>

<sup>24</sup> The date was set back in February.

<sup>25</sup> Ewa Wrzosek, „Prokurator Ewa Wrzosek ma dyscyplinarkę za dociekliwość ws. wyborów”, Rzeczpospolita (September 25, 2020); <https://www.rp.pl/Prokuratorzy/309259940-Prokurator-Ewa-Wrzosek-ma-dyscyplinarka-za-dociekliwosc-ws-wyborow.html>

statement saying that prosecutors should not be involved in political life but should remain neutral and independent.<sup>26</sup>

The Polish Ombudsman said that the mere fact that the election of the head of state was a political issue did not mean that the prosecutor's office should remain completely passive in investigating the possible crime of endangerment. He also asked the chief prosecutor halting the investigation to justify his decision. The Ombudsman also pointed out that the communication on this matter by the Polish Government and Parliament was misleading. On the one hand, they often referred to the dangers of a pandemic and sought a solution to ensure the safe conduct of the presidential elections, while, on the other hand, they did not want to postpone the voting. However, the planned postal voting was not safe, it could have brought voters into contact with many people and could have increased the risk of infection.

In early May 2020, the Polish Ombudsman became even more involved in the debate over the postponement of the presidential elections. A few days before the election was due to take place, the leaders of the two governing parties (Jarosław Kaczyński and Jarosław Gowin) finally agreed that the elections would take place at a later date.<sup>27</sup> The Supreme Court of Poland was the only authority to cancel officially called elections that already had an announced and set date, but the date of the new elections could only be declared by the President of the Sejm, whose hands were tied by the constitution in terms of deadlines.

An interesting situation had therefore emerged in Poland, where on the one hand the parliamentary majority and its government had been reluctant to declare a state of emergency in order to hold the election of the head of state, while on the other hand the Ombudsman had seen the proclamation of a state of emergency as a way to resolve the situation in accordance with the Constitution (in his interpretation). It resulted in a so-called hybrid situation. The Ombudsman observed the emergence of a hybrid situation, where the state of emergency was not introduced by a single normative act, but by a series of normative acts at different levels of the hierarchy of legal sources. The Polish Ombudsman claimed that this drastically restricted the rights of citizens and other legal entities. (ROP 1, 2020)

The Polish Ombudsman scrutinized other cases which did not have a political character, and therefore were more closely related to his original Ombudsman profile. These included the ban on holding a public assembly. The protection of privacy has been put on the Ombudsman agenda, in particular in the context of the control of quarantined persons. The Ombudsman stressed the need for purpose limitation and proportionality, and demanded a clear perspective for the suspension of these measures. From a public law perspective, travel restrictions proved to be more „ordinary” cases. In particular, Polish doctors working along the Polish-German border found the 14-day quarantine requirements unreasonably severe, especially after the availability of rapid on-spot tests. The Polish Ombudsman also examined complaints related to employment and labor law caused by the crisis.

---

<sup>26</sup> RPO 2, „Koronawirus i wybory. RPO: wielu państwach możliwe będzie tylko głosowanie korespondencyjne na Prezydenta RP. To wyzwanie dla MSZ” (June 12, 2020); <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-w-wielu-panstwach-mozliwe-tylko-glosowanie-korespondencyjne>

<sup>27</sup> Jakub Mikulski, „Jest porozumienie Kaczyńskiego z Gowinem. Wybory później”, Rzeczpospolita (May 7, 2020); <https://www.rp.pl/Wybory-prezydenckie-2020/200509600-Jest-porozumienie-Kaczynskiego-z-Gowinem-Wybory-pozniej.html>

## 6. CONCLUSION

The above paper is one of the first attempts for a comprehensive overview of the Ombudsman's case law in a comparative perspective in Central Europe during the early stage of the Coronavirus. The case studies were not exhaustive and do not cover all the cases or types of cases that had arisen in Central Europe during the epidemic. Rather, it is an attempt to focus on the typical types of cases in which the Slovak, Czech and Polish Ombudsman had to act in the first two-three months of COVID-19.

A comparison of the three states: Slovakia, Czech Republic and Poland, shows that the most sensitive fundamental rights issues arose in the activities of the Slovak Ombudsman. This fact is not related to the Ombudsman's proactive approach to human rights, but rather to the nature of the restricted measures introduced in Slovakia during the pandemic. In particular, the generalised use of compulsory state quarantine and the postponement of abortion operations and the situation with Roma settlements. The treatment of Roma settlements in high poverty also raised discrimination or anti-discrimination concerns.

In Poland, the Ombudsman's inquiries have focused on more „everyday” problems (such as cross-border transport, doctors' cases working on the borders and having limited access to cross-border movements, etc.) and some issues related to the election of the head of state. Nevertheless, the debates in Poland were much more politically fueled and less intense in terms of fundamental rights.

In the Czech Ombudsman's proceedings, the most frequently returned issues were those related to the general well-being and relatively high level of development of society. The Czech Republic is a leading country in the region in this respect. Typical cases covered paternity issues, the issue of parent-child contact in hospitals, claims of clients of travel agencies. The latter is more related to private law, rather than fundamental rights protection. The issue of parent-child contact in hospitals was a more sensitive area in this respect.

The examples of all three Central European states illustrate the importance of the personality, character and human rights perception of the Ombudsman holding his office. Their personal authority and social acceptance can be of great help in tense situations. Given the fundamental rights aspects of dealing with the problems caused by the pandemic in the strict sense, it is perhaps the Slovak example that is most interesting, at least from the point of view of fundamental rights protection.

## LITERATURE

1. Bán-Forgács, Nóra. 2021. *Az adatvédelmi ombudsman intézménye Magyarországon. A kezdet és a vég. 1995-2011.* Budapest: L'Harmattan
2. Bán-Forgács, Nóra. 2022. *A rendszerváltás és az adatvédelmi ombudsman Magyarországon: az adatvédelmi ombudsman alapjog-értelmezése.* Budapest: L'Harmattan
3. Bán-Forgács, Nóra. 2022. „Ombudsmanok és hatalommegosztás.” In *Demokrácia dilemmák*, edited by Nóra Chronowski – Boldizsár Szentgáli-Tóth – Emese Szilágyi. Budapest: Eötvös Kiadó

4. Dimun, Petr. 2020. „Křeček napsal kvůli otcům u porodu Vojtěchovi: Chybí mi zdůvodnění i podmínky zrušení” *Česká justice*, April 17, 2020, <https://www.ceska-justice.cz/2020/04/kreckek-napsal-kvuli-otcum-u-porodu-vojtechovi-chybi-mi-zduvodneni-i-podminky-zruseni/>
5. Garlicki, Leszek. 2006. *Polskie prawo konstytucyjne*. 10. vyd. Warszawa: Liber
6. Gehrerová, Ria. 2020. „Krajčí nesúhlasí s ombudsmankou, že interrupcie by sa mali robiť aj počas epidémie, neodporúča ich.” *Denník*, April 24, 2020, <https://dennikn.sk/1873861/krajci-nesuhlasi-s-ombudsmankou-ze-interrupcie-by-sa-mali-robit-aj-pocas-epidemie-neodporuca-ich/>
7. Lengyelová, Daniela. 2009. Verejný ochranca práv v Ústave Slovenskej republiky. In: Orosz, Ladislav et al.: Ústavný systém Slovenskej republiky (doterajší vývoj, aktuálny stav, perspektívy). Košice: UPJŠ PF, 337–351.
8. Mikulski, Jakub. 2020. „Jest porozumienie Kaczyńskiego z Gowinem. Wybory później.” *Rzeczpospolita*, May 7, 2020 <https://www.rp.pl/Wybory-prezydenckie-2020/200509600-Jest-porozumienie-Kaczynskiego-z-Gowinem-Wybory-pozniej.html>
9. MINV. 2020. „Minister vnútra hovoril s verejnou ochrankyňou práv o povinnej štátnej karanténe.” May 12, 2020. <https://www.minv.sk/?tlacove-spravy&sprava=minister-vnutra-hovoril-s-verejnou-ochrankynou-prav-o-povinnej-statnej-karantene>
10. SME. 2020. „Niektorí lekári odmietajú interrupcie. Pandémia nesmie zasahovať do práv žien, tvrdí ombudsmanka.” *SME* April 21, 2020, <https://domov.sme.sk/c/22388050/patakyova-sa-pre-interrupcie-obratila-na-ministra-krajciho.html>
11. Pavlíček, Václav a kol. 2011. *Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky*. First edition. Praha: Leges
12. Respekt. „2020. Přes 300 akademiků apaluje na ombudsmana, aby se přestal řídit dojmy.” *Respekt* April 2020. <https://www.respekt.cz/agenda/pres-300-akademiku-apeluje-na-ombudsmana-aby-se-prestal-ridit-dojmy>
13. RPO 1. 2020. „Koronawirus. Wątpliwości RPO wobec wyborów uzupełniających” March 19, 2020, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-watpliwosci-rpo-wobec-wyborow-uzupelniajacych>
14. RPO 2. 2020. „Koronawirus i wybory. RPO: wielu państwach możliwe będzie tylko głosowanie korespondencyjne na Prezydenta RP. To wyzwanie dla MSZ.” June 12, 2020, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-w-wielu-panstwach-mozliwe-tylko-glosowanie-korespondencyjne>
15. RPO 3. 2020. „Uwagi RPO do nowej ustawy o wyborach prezydenckich.” May 21, 2020, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/uwagi-rpo-do-nowej-ustawy-o-wyborach-prezydenckich>;
16. Takács, Albert. 2018. „Az alapvető jogok biztosa és a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság.” In *Az állam szervezete*, edited by András Téglási. 213-225. Budapest: Dialóg Campus
17. Ustohalová, Jana. 2020. „Křeček vzal stížnosti na porody bez otců svojí zástupkyni. Zakázal mi mluvit za úřad, když budu mít jiný názor, říká Šimůnková” *Deník*, April 8, 2020, <https://denikn.cz/336916/kreckek-vzal-stiznosti-na-porody-bez-otcu-svoji-zastupkyni-zakazal-mi-mluvit-za-urad-kdyz-budu-mit-jiny-nazor-rika-simunkova/>



18. VOP 1. 2020. „Ombudsmanka odporúča zmeniť systém povinnej štátnejkarantény.” [https://www.vop.gov.sk/files/2020\\_23\\_TS\\_VOP\\_odporuca\\_zmenit\\_system\\_povinnej\\_statnej\\_karanteny.pdf](https://www.vop.gov.sk/files/2020_23_TS_VOP_odporuca_zmenit_system_povinnej_statnej_karanteny.pdf)
19. VOP 2. 2020. „Vítam vyjadrenie ministra zdravotníctva, že oddeľovanie detí od matiek je neprípustné.” [https://www.vop.gov.sk/files/2020\\_XX\\_TS\\_VOP\\_vita\\_vyjadrenie\\_MZ\\_SR\\_k\\_separacnej\\_praxi.pdf](https://www.vop.gov.sk/files/2020_XX_TS_VOP_vita_vyjadrenie_MZ_SR_k_separacnej_praxi.pdf)
20. VOP 3. 2020. „Ženy majú právo na bezpečný prístup k interrupciám aj počas pandémie,” April 22, 2020. <https://vop.gov.sk/zeny-maju-pravo-na-bezpecny-pristup-k-interrupciam-aj-pocas-pandemie>
21. Wróblewski, Mirosław, 2020. *The ombudsman before the Polish constitutional tribunal*, <https://verfassungsblog.de/the-ombudsman-before-the-polish-constitutional-tribunal/>
22. Wrzosek, Ewa. 2020. „Prokurator Ewa Wrzosek ma dyscyplinarkę za dociekliwość ws. wyborów.” *Rzeczpospolita*, September 25, 2020, <https://www.rp.pl/Prokuratorzy/309259940-Prokurator-Ewa-Wrzosek-ma-dyscyplinarke-za-dociekliwosc-ws-wyborow.html>

## АКТИВНОСТИ ЧЕШКОГ, СЛОВАЧКОГ И ПОЉСКОГ ОМБУДСМАНА И ПАНДЕМИЈА КОВИД-19

Иван Холас<sup>28</sup>

Центар за друштвене науке – Институт за правне науке, Будимпешта  
Универзитет Павол Јозеф Шафарик, Кошице, Словачка

**Апстракт:** Рад ће се фокусирати на активности омбудсмана у земљама Централне Европе током пандемије Ковид-19, посебно упоређујући активности чешког, мађарског, пољског и словачког омбудсмана. Током пандемије, у овим земљама одјекнула су различита питања, која су природно била везана за њихову специфичну ситуацију, различите степене социјално-економског благостања, другачији друштвени менталитет, као и актуелне политичке прилике и односи снага. На ситуацију је утицала и претходна историја институције омбудсмана, као и лично искуство појединих омбудсмана. Њихове активности стога треба испитати у ширем законодавном, политичком и личном оквиру. Упркос многим структуралним сличностима, средњоевропски омбудсмани су представили различите приступе својој позицији, као и различите менталитете. Словачки омбудсман је најактивније бринуо о људским правима. Главна политичка питања одјекнула су углавном у Пољској. У Чешкој је ситуацију закомпликовао сукоб омбудсмана и његовог заменика. На активности мађарског омбудсмана је заузврат утицао његов мање активистички приступ појединачним страначким питањима. Циљ излагања је да се упореди однос објективних и субјективних узрока ове различите правне праксе, професионалних ставова и менталитета омбудсмана.

**Кључне речи:** централна Европа, Ковид-19, људска права, омбудсман

---

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

# CONSTITUTIONAL COURTS VERSUS PARLIAMENTS DURING PANDEMIC (AND BEYOND)<sup>1</sup>

**Szentgáli-Tóth Boldizsár<sup>2</sup>**

*Institute for Legal Studies, Budapest*

**Nora Bán-Forgács<sup>3</sup>**

*Institute for Legal Studies, Budapest*

*Milton Friedman University, Budapest*

**Abstract:** *National parliaments are the representatives of popular sovereignty. Any restrictions on parliamentary rights have a direct impact on separation of powers and rule of law. This article elaborates on some of the landmark decisions worldwide of the constitutional courts vis a vis national parliaments during epidemic restrictions.*

**Key words:** *pandemic, Covid-19, national parliaments, separation of powers, assembly*

## 1. INTRODUCTION

The greatest human pandemic of the 21st century forced national parliaments to face an unprecedented legislative challenge. A series of restrictions have threatened the democratic functioning of the representative bodies: the principle of equal mandate, democratic, accountable and transparent decision-making. This paper will attempt to present some typical type of cases emerging from the extraordinary situation. The paper however will not address other shortcomings in democratic decision-making in modern representative democracies, nor will it make any findings as to whether the resulting restrictions have deviated from the general system of democratic decision-making in liberal and illiberal regimes. Cases presented in this paper are referring to Germany, Croatia, Spain and some references are given to France.

---

1 This chapter is written under project support no: 05016764 "The responsiveness of the legal system in the post-COVID society: risks and opportunities (Hungarian Academy of Sciences research grant on post-COVID phenomena)". This project is also supported by the Hungarian National Research Fund (NKFIH no 138366).

2 Senior Research fellow Institute for Legal Studies at CSS, Hungarian Research Network (Hun-Ren).

3 Associate Professor, Milton Friedman University, Budapest. Research fellow: Institute for Legal Studies at CSS, Hungarian Research Network (Hun-Ren).

## 2. LIMITED PARLIAMENT

The first elaborated case comes from Croatia. In Autumn 2020 the Croatian Constitutional Court reviewed an amendment to the Croatian Parliamentary House Rules that reduced the size of Parliament to limit the risk of infection. Accordingly, only the leaders of the parliamentary groups were allowed to be present during the parliamentary sessions and, in addition, a maximum of one quarter of the members were allowed to be present in the chamber at any given time, following a fixed distribution mechanism. The new rules introduced did not allow online sessions for those in absence, but did allow electronic voting for absent members of the parliament (MPs). Moreover, the contested regulation set a time limit of five minutes for speeches, which was increased up to 10 minutes for the leaders of political groups.

Similar restrictions were also introduced during the pandemic in other countries around the world capping the maximum number of MPs on parliamentary sessions, but, the only country, which this measure was referred to (and indeed litigated by) the Constitutional Court, was Croatia, following a motion by 35 Croatian MPs.

In its reasoning, the Croatian Constitutional Court pointed out that less restrictive alternatives could have been available to ensure the legislature functioning during the worst of the epidemic, but the Court stated: The Croatian Parliament had failed to explore them. According to the Constitutional Court, at the very least, telecommunications should have ensured that all members of the Croatian Parliament (MPs) were able to attend meetings at all times. The Court noted that failure to do so, also violated the principle of equality of parliamentary mandates, because some MPs were still able to participate in the work of the Croatian Parliament in person, to follow speeches and to contribute to the debate whereas others were excluded from the debate. By contrast, some MPs with an equal mandate were not only allowed to participate in debates, but were also unable to follow the sessions on-line. They could only exercise their right to vote, but they could not base their votes on deliberation in Parliament. Finally, the Croatian Constitutional Court indicated that, as a result of the amendment to the rules of the House, the number of MPs who were present in person in the Parliamentary session had fallen below the threshold of the quorum laid down by the general Croatian Parliamentary House Rules and, in fact, the total number of MPs in present would not have legally been sufficient to adopt even the agenda for any sessions, not to mention to make substantial decisions during sessions. In the light of these constitutional dilemmas and anomalies, the Croatian Constitutional Court found the amendment to the House Rules to be unconstitutional.

## 3. CHANGING THE RULES OF THE HOUSE DURING PANDEMIC

Somewhat related to the Croatian case discussed above, the French Constitutional Council's decision of April 2021 reflected on how to amend the House rules to the emergency period.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)

The French Constitutional Council is primarily a court for preliminary review focusing on the constitutionality of certain legal norms before they enter into force. The constitutional review is a prerequisite for the amendment of the Rules of the French National Assembly and therefore the amendments were referred to the Constitutional Council before entering into force in spring 2021.<sup>5</sup> The purpose of the amendment to the Assembly House Rules was to allow for appropriate adaptation to the rapidly changing public health situation by making Parliamentary operations more flexible.

New provision in the amendment to the Assembly House Rules enabled the Assembly House Committee, in the light of exceptional circumstances, to adopt rules temporarily affecting the functioning of the National Assembly, its sessions and voting, both in plenary sessions and in committee meetings, provided that the public health situation substantially affected the work of the French Assembly, its conditions of participation, sessions and voting.<sup>6</sup> The House Committee could decide for online sessions, but in doing so, it was obliged to take into account the number of political groups in Parliament.

The Constitutional Council noted that the French House Committee enjoyed absolute freedom in deciding for the extraordinary measures adopted by the Parliament but the constitutionality of the amendments ought to be (constitutionally) reviewed by the French Constitutional Council before they enter into force, in accordance with the general rules governing all parliamentary procedures.<sup>7</sup>

The French Constitutional Council considered that, although the amendment rendered only an exemplary list of on-line communication channel to use, it did not in fact provide any real guidance to the House Committee on establishing an operating procedure, thus essentially conferring discretionary powers on that body. The Council highlighted that the amendment (decision of the National Assembly) did not even contain an obligation to respect the fundamental principles of parliamentary law, without further notice one could even question the personal nature of parliamentary votes and the integrity of parliamentary work. The Constitutional Council considered this to be unacceptable and therefore considered the amendment to be contrary to the French Constitution. The Constitutional Council stressed that the legislature has the right to adapt its rules of procedure to changed circumstances during special periods of legal order, even temporarily derogating from certain generally applicable principles of parliamentary law. Such derogations, however, need to be defined with sufficient precision: a general power of derogation makes the framework for parliamentary work too vague. The amendments must respect the rule of law, the powers granted to individual MPs holding an office or parliamentary bodies that are in charge must be sufficiently specific and, at the same time, limited.<sup>8</sup>

---

5 Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. 2-3. [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)

6 Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. 4. [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)

7 Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. 5. [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)

8 Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. 6-7. [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)

## 4. EXTENSION OF PARLIAMENTARY DEADLINES

In Spain, a total suspension of parliamentary work took place in March 2020, during the first wave of the pandemic, when the Spanish House Committee decided on 13 March to suspend all parliamentary referrals. The suspension of parliamentary deadlines was finally lifted by the Spanish House Committee on 19 April, allowing the measure to be in force for just under a month.

The Spanish Constitutional Court issued its decision in October 2021, after a significant delay, following the petition of more than 50 members of the Spanish Parliament.<sup>9</sup> The Constitutional Court upheld the petitioners' claims.<sup>10</sup>

The Spanish Constitutional Court pointed out that the rights of Members of Parliament cannot be discharged even in a special legal order, since their function is to ensure the continuous control of the executive, which is more necessary than ever in a special legal order. In such extraordinary situations, the Government's room for manoeuvre is increased and unusual restrictions on fundamental rights may be imposed, making parliamentary scrutiny of Government action essential. It is irrelevant that the quasi-suspension of Parliament's activities lasted only a little more than a month in total, since such a major restriction is not justified by public health concerns, particularly given that the Spanish House Committee failed to consider less restrictive alternatives, in particular virtual or hybrid sittings.<sup>11</sup>

## 5. ACCESS TO PARLIAMENT BUILDING, THE CASE OF GERMANY

The German Constitutional Court received complaints against the Bundestag January 2022 rules, that made it more difficult for members of the Parliament (German MPs) to enter the Parliament building. In the light of the spread of the Omicron variant of coronavirus, the Bundestag decided to make full participation in Parliamentary work conditional on at least two vaccinations against Covid-19, or a negative Covid-19 test within 72 hours or a proven case of the disease.

German Members of Parliament who did not meet these criteria faced restrictions: they were only allowed to sit in designated seats in the Parliament's plenary sessions and committee meetings, usually in the gallery, and had to keep at least 1.5 meter distance from each other. In practice, this meant that these members of the Parliament were not allowed to enter the smaller committee rooms, which had no gallery, but even if they could assemble in a committee room which had a gallery, they were in a much more disadvantaged position vis-à-vis their colleagues, as there were no tables or microphones in the gallery.<sup>12</sup> The constitutionality of the restrictions imposed for a

---

<sup>9</sup> In Spain we can note that the Constitutional Court also reviewed the constitutionality of public health measures that have already been lifted or repealed. See: Spain Constitutional Court, 2 June 2022, N° 52/2022; Spain Constitutional Court, 27 October 2021, N° 183/2021; Spain Constitutional Court, 14 July 2021, N° 148/2021. See also: [www.covid19litigation.org/case-index/spain-constitutional-court-recurso-de-amparo-2109-2020-2021-10-05](http://www.covid19litigation.org/case-index/spain-constitutional-court-recurso-de-amparo-2109-2020-2021-10-05)

<sup>10</sup> Spain Constitutional Court, 5 October 2021, Recurso de amparo 2109-2020

<sup>11</sup> "SENTENCIA 168/2021, de 5 de octubre" [hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26819#complete\\_resolucion%20%E2%80%8E](https://www.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26819#complete_resolucion%20%E2%80%8E)

<sup>12</sup> Germany, Federal Constitutional Court, 8 March, 2022. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08. März 2022 - 2 BvE 1/22 -, Rn. 1-66, [https://www.bverfg.de/e/es20220308\\_2bve000122.html](https://www.bverfg.de/e/es20220308_2bve000122.html)

period of one and a half months was considered by the complainants as a violation of the equality of parliamentarians and a violation of the constitutional rights of the parliamentary opposition.

Finally, the German Federal Constitutional Court rejected the complainants' application for interim measures, considering that the extent of the harm suffered by members of the Parliament did not justify such an intervention.<sup>13</sup> The restrictions imposed were interim in nature, and applied equally to government and opposition. In addition, the public health argument behind the provisions was, in the Constitutional Court's view, an adequate justification for the adoption of the contested measures.<sup>14</sup>

## 6. OTHER FORMS OF OBSTRUCTION OF MEMBERS OF THE PARLIAMENT DURING COVID-19

Another example of public health restrictions hampering the work of parliamentarians came also from Germany. The case reached the German Constitutional Court in 2021.<sup>15</sup> In December 2021, the city of Berlin, a city with provincial status, adopted a regulation under which only persons who have been vaccinated against Covid-19 or have a tested and documented case of the disease may use any accommodation in the territory of the city of Berlin.<sup>16</sup> This provision applied to parliamentarians in the same way as ordinary citizens. Many German MPs felt however, that the restriction made it impossible for them to participate effectively in parliamentary work. They complained that the measures prevented them from using accommodation in Berlin and, as parliamentary sessions often start at 9 a.m., and the distance between their homes and Berlin prevents them from commuting, they were forced to miss a significant part of the sitting. They also argued that the contested legislation prevented them, among other things, from taking part in the election of the German Chancellor and therefore the restrictions prevented them from exercising their full rights as Members of Parliament.<sup>17</sup>

The German Constitutional Court considered that the petition did not meet the requirements for a constitutional complaint and did not provide convincing grounds for an interim measure.<sup>18</sup> Moreover, the allegations that the rights of Members of Parliament had been infringed were

13 Germany, Federal Constitutional Court, 8 March, 2022. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08. März 2022-2 BvE 1/22 -, Rn. 1-66, [https://www.bverfg.de/es20220308\\_2bve000122.html](https://www.bverfg.de/es20220308_2bve000122.html)

14 Among other public health restrictions, similar measures were also considered by the Supreme Court of Malawi which, like the German court, refused to consider the merits of the case. [www.malawilii.org/mw/judgment/high-court-general-division/2022/10](http://www.malawilii.org/mw/judgment/high-court-general-division/2022/10). [www.covid19litigation.org/case-index/malawi-high-court-malawi-2022-mwhc-10-2022-01-13](https://www.covid19litigation.org/case-index/malawi-high-court-malawi-2022-mwhc-10-2022-01-13)

15 Germany, Federal Constitutional Court, 6 December 2021, No. 2 BvR 2164/21, <https://www.covid19litigation.org/case-index/germany-federal-constitutional-court-no-2-bvr-216421-2021-12-06>

16 Germany, Federal Constitutional Court, 6 December 2021, No. 2 BvR 2164/21, <https://www.covid19litigation.org/case-index/germany-federal-constitutional-court-no-2-bvr-216421-2021-12-06>

17 Germany, Federal Constitutional Court, 6 December 2021, No. 2 BvR 2164/21, <https://www.covid19litigation.org/case-index/germany-federal-constitutional-court-no-2-bvr-216421-2021-12-06>

18 Germany, Federal Constitutional Court, 6 December 2021, No. 2 BvR 2164/21, <https://www.covid19litigation.org/case-index/germany-federal-constitutional-court-no-2-bvr-216421-2021-12-06>

unfounded, since the measures were of a general nature and did not target Members of Parliament at all, so that the effect on them could at most be indirect.<sup>19</sup>

## 7. PARLIAMENTARIANS WHO SPREAD FALSE INFORMATION

Finally, our paper tackles an exotic example. On 14 March 2021, Kuwait's Constitutional Court expelled a leader of the opposition from Parliament on the ground that he had given false information related to the pandemic during Kuwait Parliamentary sessions. The MP from Kuwait was also charged for insulting a member of the royal family, who later became the Emir of Kuwait, for which he was convicted by the Kuwait criminal court.<sup>20</sup>

Parliaments in Arab monarchies in the Middle East usually play a subordinate role to the executive, and although the situation in Kuwait is somewhat less restrictive than in neighbouring countries, this Constitutional Court case shows that the executive and the regular (criminal) courts have a much wider margin of manoeuvre vis-à-vis the national Parliament than in any European country.<sup>21</sup> Typically, at the time of the Constitutional Court's decision, Parliament was in recess, having been adjourned for a month by the Emir.<sup>22</sup>

## 8. CONCLUSION

Under popular sovereignty, parliamentarians are the will of the people, and their job is to enforce the will of the electorate, so any move that makes this task difficult or impossible can only be defended on the basis of very strong arguments. In the abovementioned cases from Germany, Spain, France and Croatia we demonstrated that the balancing of fundamental values and rights of constitutionalism with the compelling public health context is extremely difficult. Even the argument referring to the general conditions of public health as a justification for restrictions are held different in each examined country.

Our research shows that constitutional dilemmas in the area of parliamentary law have relatively rarely reached the constitutional/higher courts during the pandemic period. Cases examining the constitutionality of certain restrictions on fundamental rights were more common, while organisational issues and aspects of the separation of powers were less prominent. Some questions of parliamentary law are necessary to ensure the democratic functioning of the country. However, constitutional courts have generally limited jurisdiction on internal parliamentary rules, mainly

---

<sup>19</sup> Germany, Federal Constitutional Court, 6 December 2021, No. 2 BvR 2164/21, <https://www.covid19litigation.org/case-index/germany-federal-constitutional-court-no-2-bvr-216421-2021-12-06>

<sup>20</sup> [apnews.com/article/legislature-dubai-cabinets-united-arab-emirates-persian-gulf-tensions-99a109be4e-a0e1a13d39cda9a3c10cfa](https://apnews.com/article/legislature-dubai-cabinets-united-arab-emirates-persian-gulf-tensions-99a109be4e-a0e1a13d39cda9a3c10cfa)

<sup>21</sup> [theArabweekly.com/court-order-expel-kuwaiti-mp-confuses-political-scene](https://theArabweekly.com/court-order-expel-kuwaiti-mp-confuses-political-scene)

<sup>22</sup> [www.kuwaittimes.com/amir-suspends-national-assembly-for-one-month-from-feb-18-2021/](https://www.kuwaittimes.com/amir-suspends-national-assembly-for-one-month-from-feb-18-2021/)



due to parliaments' procedural autonomy.<sup>23</sup> It may be noted that in the period of the special legal order, the most frequent cases before the Constitutional Court were those concerning measures to prevent the participation of parliamentarians.

## LITERATURE:

1. SZABÓ, Zsolt, "Judicial Control of Parliamentary Procedure: Theoretical Framework Analyses", In: *Constitutional Review*, (Vol. 9. No. 1. 2023) 1-17.
2. SZABÓ, Zsolt "The European Court of Human Rights and Parliamentary Procedures", In: Malina, Novkirishka-Stoyanova; Martin, Belov; Dilyan, Nanchev (ed.) *Human Rights - 70 years since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights*, (Sofia; St. Kliment Ohridski University Press, 2019) 455., 397-407.

## CASES:

1. Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)
2. Germany, Federal Constitutional Court, 6 December 2021, No. 2 BvR 2164/21, <https://www.covid19litigation.org/case-index/germany-federal-constitutional-court-no-2-bvr-216421-2021-12-06>
3. Germany, Federal Constitutional Court, 8 March, 2022. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08. März 2022 - 2 BvE 1/22 -, Rn. 1-66, [https://www.bverfg.de/e/es20220308\\_2bve000122.html](https://www.bverfg.de/e/es20220308_2bve000122.html)
4. Spain Constitutional Court, 2 June 2022, N° 52/2022.
5. Spain Constitutional Court, 27 October 2021, N° 183/2021; Spain Constitutional Court, 14 July 2021, N° 148/2021
6. Spain Constitutional Court, 5 October 2021, Recurso de amparo 2109-2020
7. Links:
8. "Constitutional Council of France, 1 April 2021, 2021-814 DC. 6-7"; [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm)
9. "Spain, Constitutional Court, 5 October 2021, Recurso de amparo 2109-2020", <https://www.covid19litigation.org/case-index/spain-constitutional-court-recurso-de-amparo-2109-2020-2021-10-05>
10. "BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08. März 2022 - 2 BvE 1/22 -, Rn. 1-66", [https://www.bverfg.de/e/es20220308\\_2bve000122.html](https://www.bverfg.de/e/es20220308_2bve000122.html)

<sup>23</sup> Constitutional courts generally apply the constitution, and not the house rules, notwithstanding that many jurisdictions explicitly provide for the constitutional review of internal parliamentary rules, if their breach directly touches on a constitutional provision. For a detailed analysis see Zsolt SZABÓ: "Judicial Control of Parliamentary Procedure: Theoretical Framework Analyses", In: *Constitutional Review*, (Vol. 9. No. 1. 2023) 1-17., Zsolt SZABÓ, "The European Court of Human Rights and Parliamentary Procedures", In: Malina, Novkirishka-Stoyanova; Martin, Belov; Dilyan, Nanchev (ed.) *Human Rights - 70 years since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights*, (Sofia; St. Kliment Ohridski University Press, 2019) 455., 397-407.,

11. “BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 06. Dezember 2021 - 2 BvR 2164/21 -, Rn. 1-35,” [https://www.bverfg.de/e/rk20211206\\_2bvr216421.html](https://www.bverfg.de/e/rk20211206_2bvr216421.html)
12. “Nyirenda and CDEDI V.Ministry of Health and Others (Judicial Review Cause 66 of 2021) [2022] MWHC 10 (13 January 2022)”, <https://malawilii.org/akn/mw/judgment/mwhc/2022/10/eng@2022-01-13>
13. “Ungeimpfte AfD-Abgeordnete scheitern vor BverfG”, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-2bvr2164-21-verfassungsbeschwerde-afd-2g-hotels-berlin-unzulaessig/>
14. “Kuwait court expels harsh government critic from parliament”, <https://apnews.com/article/legislature-dubai-cabinets-united-arab-emirates-persian-gulf-tensions-99a109be4ea0e1a13d39cda9a3c10cfa>
15. “Court order to expel Kuwaiti MP confuses political scene”, <https://the arabweekly.com/court-order-expel-kuwaiti-mp-confuses-political-scene>
16. “Amir suspends National Assembly for one month from Feb 18, 2021”, <https://kuwaittimes.com/amir-suspends-national-assembly-for-one-month-from-feb-18-2021/>

## УСТАВНИ СУДОВИ ПРОТИВ ПАРЛАМЕНТА У ВРИЈЕМЕ ПАНДЕМИЈЕ (И ШИРЕ)

Болдижар Сентгали Тут<sup>24</sup>

Нора Бан Форгач<sup>25</sup>

*Институт за правне студије, Будимпешта*

**Апстракт:** Национални парламенти су представници народног суверенитета. Свако ограничење парламентарних права има директан утицај на подјелу власти и владавину права. Овај чланак елаборира неке од значајних одлука уставних судова широм света у односу на националне парламенте током епидемијских ограничења.

**Кључне ријечи:** пандемија, Ковид-19, национални парламенти, подела власти, скупштина

---

<sup>24</sup> Виши истраживач на Институту за друштвене студије, Будимпешта

<sup>25</sup> Истраживач на Институту за правне и друштвене студије у Будимпешти и ванредни професор на Милтон Фридман Универзитету у Будимпешти



# ODNOS REGULATIVE REPUBLIKE SRBIJE PREMA RETKIM BOLESTIMA

Marta Sjeničić<sup>1</sup>

Institut društvenih nauka, Beograd

**Apstrakt:** *Bolest koja se javlja kod malog broja ljudi, najviše kod jedne od 2000 osoba, smatra se retkom bolešću. Za razliku od kardiovaskularnih bolesti, dijabetesa ili kancera, koji odnose najviše ljudskih života u savremenom društvu, retke bolesti su, do nedavno, bile potpuno nevidljive i zapostavljene upravo zbog malog broja pacijenata obolelih od pojedinačne retke bolesti. Ipak, uzete zajedno, one predstavljaju značajan fenomen u medicinskom, finansijskom i socijalnom smislu. Pored Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti iz 2015. godine, regulativa Republike Srbije prepoznaje retke bolesti i u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti i Zakonu o zdravstvenom osiguranju, a 2014. godine doneta je i Odluka o otvaranju Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u RS. Program za retke bolesti u RS je, kao strateški dokument, u Srbiji prvi put donet 2020. godine, na period od dve godine. Program postavlja jedan opšti i dva posebna cilja (dijagnostika/prevencija i tretman), a ciljevi su razrađeni nizom mera i indikatora njihove realizacije. Neke mere su realizovane, a druge još čekaju realizaciju. Ministarstvo zdravlja RS je preduzelo korake za izradu novog programa/strategije za retke bolesti. Osnovan je Registar za retke bolesti u Institutu za javno zdravlje RS, kao i Centri za retke bolesti u nekim ustanovama tercijarnog nivoa zdravstvene zaštite. Vremenom raste dostupnost raspoložovih lekova i medicinskih sredstava za retke bolesti. Veliki izazov predstavljaju dijagnostika i skriningi na retke bolesti, kao i dostupnost off-label lekova za svrhu tretmana retkih bolesti.*

**Ključne reči:** *retke bolesti, zakon, budžetski fond, dijagnostika, lečenje.*

## 1. UVOD

Više od 6000 retkih bolesti pogađa više od 300 miliona ljudi širom sveta. Pojedinačna bolest se može klasifikovati kao retka kada pogađa najviše pet od 10 hiljada osoba.<sup>2</sup> No, sam broj retkih bolesti je veliki, pa je njima pogođeno 3,5 miliona ljudi u UK, 30 miliona širom Evrope i 30 miliona u SAD. Bez obzira da li jedna retka bolest pogađa hiljade ili samo jednu osobu, uticaj na obolelu osobu i one oko njih može biti razoran: 50% retkih bolesti pogađa decu, od kojih 30% umire pre 5.

<sup>1</sup> Naučni savetnik, Institut društvenih nauka, tel. 063 84 54 355, email: marta.sjenicic@gmail.com

<sup>2</sup> Regulation (EC) No 141/2000 of the European Parliament and of the Council of 16 December 1999 on orphan medicinal products, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000R0141>; Council Recommendation of 8 June 2009 on an action in the field of rare diseases, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:151:0007:0010:EN:PDF>.

godine.<sup>3</sup> U Srbiji 6% do 8% populacije ima neku retku bolest, te oko pola miliona građana živi sa retkom bolešću.<sup>4</sup> Procenjeno je da postoji čak preko 6000 različitih retkih bolesti. One predstavljaju važan problem koji je potrebno sistematično rešavati. Broj retkih bolesti se sve više povećava kako rastu naša znanja iz medicine.<sup>5</sup> Smatra se da preko 80% retkih bolesti ima naslednu osnovu, ali među retke bolesti ubrajaju se i one koje su stečene u toku života, kao što su retki kanceri, retke infektivne i autoimune bolesti. Iz tog razloga, kad govorimo o naslednim bolestima, po pravilu govorimo o retkim bolestima, ali postoje i retke bolesti koje po svojoj prirodi nisu nasledne.<sup>6</sup>

Do skora retke bolesti nisu bile prepoznate u pravnim propisima, ali se od pre par decenija o njima i regulatorno vodi računa.

## 2. STRATEŠKI I NORMATIVNI OKVIR U OBLASTI RETKIH BOLESTI U REPUBLICI SRBIJI

U gotovo svim nacionalnim strateškim dokumentima čiji je predmet zdravlje i zdravstvena zaštita, prepoznate su posebno ugrožene grupe građana, kao i potreba za unapređenjem zdravlja stanovništva i smanjenjem nejednakosti u zdravstvenom stanju osetljivih grupacija u odnosu na ukupnu populaciju. Ove su grupacije prepoznate u opštim strategijama: *Strategiji javnog zdravlja u Republici Srbiji 2018-2026. godine*<sup>7</sup>, *Strategiji razvoja zdravlja mladih u Srbiji*<sup>8</sup>, *Uredbi o nacionalnom programu zdravstvene zaštite žena, dece i omladine*<sup>9</sup>, *Strategiji za stalno unapređenje kvaliteta zdravstvene zaštite i bezbednosti pacijenata*<sup>10</sup>, ali i u posebnim strateškim dokumentima, kao što su *Program o zaštiti mentalnog zdravlja u Republici Srbiji za period 2019-2026. godine*<sup>11</sup>, *Strategija za socijalno uključivanje Roma i Romkinja u Republici Srbiji za period 2022-2030. godine*<sup>12</sup> ili *Program za retke bolesti u Republici Srbiji za period 2020-2022. godine*, o kome će kasnije biti više reči.

Više zdravstvenih zakona bavi se direktno ili posredno retkim bolestima. *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*<sup>13</sup> članom 20 uređuje da poštovanje ljudskih prava i vrednosti u zdravstvenoj zaštiti podrazumeva obezbeđivanje najvišeg mogućeg standarda ljudskih prava i vrednosti u pružanju

---

3 Spotlight on rare diseases. (2019). The Lancet Diabetes & Endocrinology. Editorial. 7 (2): 75, DOI:[https://doi.org/10.1016/S2213-8587\(19\)30006-3](https://doi.org/10.1016/S2213-8587(19)30006-3)

4 Nacionalna organizacija za retke bolesti Srbije, O retkim bolestima, Dostupno na: <https://norbs.rs/o-retkim-bolestima/sta-su-retke-bolesti/>. Pristupljeno: 20.09.2023.

5 Maja Stojiljković, „Retke bolesti – medicinski problem“, u *Društveni i pravni položaj osoba sa retkim bolestima i njihovih porodica u Srbiji*, ur. Marta Sjeničić & Marko Milenković (Beograd: Udruženje pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije – SUPRAM, Institut društvenih nauka, 2016), 23.

6 *Ibid.*, 25.

7 Strategija javnog zdravlja u RS, Službeni glasnik RS, br. 61/2018

8 Strategija razvoja zdravlja mladih u Srbiji, Službeni glasnik RS, br. 104/2006

9 Uredba o nacionalnom programu zdravstvene zaštite žena, dece i omladine, Službeni glasnik RS, br. 28/2009

10 Strategija za stalno unapređenje kvaliteta zdravstvene zaštite i bezbednosti pacijenata, Službeni glasnik RS, br. 15/2009

11 Program o zaštiti mentalnog zdravlja u Republici Srbiji za period 2019-2026. godine, Službeni glasnik RS, br. 84/19

12 Strategija za socijalno uključivanje Roma i Romkinja u Republici Srbiji za period 2022-2030. godine, Službeni glasnik br. 23/2022

13 Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službeni glasnik RS, br. 25/2019

zdravstvene zaštite, pre svega prava na život, nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta i neprikosnovenost ljudskog dostojanstva, obezbeđivanje ravnopravnosti polova i rodne ravnopravnosti, uvažavanje moralnih, kulturnih, religijskih i filozofskih ubeđenja građanina, kao i zabranu kloniranja ljudskih bića. Članom 23 propisuje se pristupačnost zdravstvene zaštite, odnosno obezbeđivanje odgovarajuće zdravstvene zaštite građanima, koja je fizički, komunikacijski, geografski i ekonomski dostupna, odnosno kulturološki prihvatljiva, a posebno osobama sa invaliditetom. Istim Zakonom se uređuje društvena briga za zdravlje na nivou Republike Srbije (u daljem tekstu: RS) time što propisuje da se “društvena briga za zdravlje, pod jednakim uslovima, na teritoriji Republike ostvaruje obezbeđivanjem zdravstvene zaštite grupacija stanovništva koje su izložene povećanom riziku oboljevanja, zdravstvenom zaštitom lica u vezi sa sprečavanjem, suzbijanjem, ranim otkrivanjem i lečenjem bolesti od većeg socijalno-medicinskog značaja, kao i zdravstvenom zaštitom socijalno ugroženog stanovništva” (član 11). Zdravstvena zaštita po ovom osnovu, između ostalog, obuhvata i lica koja boluju od HIV infekcije ili drugih zaraznih bolesti koje su utvrđene *Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti*, malignih bolesti, hemofilije, šećerne bolesti, psihoze, epilepsije, multiple skleroze, lica u terminalnoj fazi hronične bubrežne insuficijencije, cistične fibroze, sistemske autoimune bolesti, reumatske groznice, bolesti zavisnosti, obolela odnosno povređena lica u vezi sa pružanjem hitne medicinske pomoći, lica obolela od retkih bolesti, kao i zdravstvenu zaštitu u vezi sa davanjem i primanjem tkiva i organa. Pored izričitog navodjenja retkih bolesti, i druge od nabrojanih bolesti spadaju u kategoriju retkih. Ipak, kako će se pokazati u daljoj analizi, veliki broj stanja ne spada u ove prepoznate bolesti, ali pogađa značajan broj ljudi i stvara velike izazove prilikom ostvarenja prava na zdravstvenu zaštitu. Treba imati u vidu i da lica pogođena retkim bolestima, u određenom broju slučajeva, potpadaju u i inače već osetljive kategorije stanovništva: decu, socijalno ugrožena lica, lica romske nacionalnosti bez boravišta ili prebivališta, lica na palijativnom zbrinjavanju, itd.. Dakle, ovde se radi o dvostruko osetljivim osobama, kojima zbog toga treba posvetiti posebnu pažnju, pre svega u oblasti zdravstva, a potom i u drugim oblastima društvenog života. Zakonom se propisuje da se sredstva za ostvarivanje zdravstvene zaštite iz člana 11. ovog zakona za lica koja nisu obuhvaćena obaveznom zdravstvenim osiguranjem obezbeđuju u budžetu Republike i prenose organizaciji za obavezno zdravstveno osiguranje. Slične odredbe sadrži i član 16 Zakona o zdravstvenom osiguranju.<sup>14</sup> Republika Srbija, dakle, posvećuje posebnu društvenu brigu za zdravstvenu zaštitu osetljivih kategorija stanovništva (ako već ne spadaju u osigurana lica), time što propisima nalaže da se u budžetu opredeljuju sredstva koja se prenose fondu za zdravstveno osiguranje.<sup>15</sup>

*Zakon o zdravstvenoj zaštiti* članom 72 uređuje da ministar određuje zdravstvene ustanove na tercijarnom nivou zdravstvene zaštite koje obavljaju poslove centra za određenu vrstu retkih bolesti. Centri obavljaju taksativno nabrojane poslove: 1) dijagnostiku obolelih od retkih bolesti; 2) prenatalne, neonatalne skrininge i genetsko savetovanje; 3) zbrinjavanje obolelih od retkih bolesti, kao i savetovanje obolelih i članova njihovih porodica; 4) vođenje registra obolelih od retkih bolesti za teritoriju RS; 5) saradnju sa referentnim međunarodnim centrima za dijagnostikovanje

<sup>14</sup> Zakon o zdravstvenom osiguranju, Službeni glasnik RS, br. 25/2019

<sup>15</sup> Marta Sjeničić & Marko Milenković, „Pravni položaj obolelih od retkih bolesti u Srbiji: organizacija zdravstvene službe, postupci pokrivanja troškova dijagnostike i lečenja iz različitih izvora finansiranja i podela nadležnosti između tela relevantnih za retke bolesti“, u *Društveni i pravni položaj osoba sa retkim bolestima i njihovih porodica u Srbiji*, ur. Marta Sjeničić & Marko Milenković (Beograd: Udruženje pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije – SUPRAM, Institut društvenih nauka, 2016), 15.

i lečenje retkih bolesti, drugim zdravstvenim ustanovama, udruženjima pacijenata, kao i sa mrežom evropskih i svetskih organizacija za retke bolesti; 6) kontinuiranu edukaciju iz oblasti retkih bolesti. Zdravstvena ustanova i privatna praksa dužne su da dostavljaju centru za retke bolesti podatke neophodne za vođenje registra obolelih od retkih bolesti. Spisak centara za retke bolesti još uvek nije plasiran na internet stranicu Ministarstva zdravlja, pa trenutno nije transparentan, niti to za koje su retke bolesti konkretni centri referentni.

### 3. POSEBNA REGULATIVA O RETKIM BOLESTIMA – RATIO LEGIS I RAZVOJNE PERSPEKTIVE

Pravna regulativa RS vezana neposredno za retke bolesti su: *Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti*<sup>16</sup> (u daljem tekstu: Zojin zakon), Program za retke bolesti u RS 2020-2022<sup>17</sup> (u daljem tekstu: Program), *Pravilnik o uslovima i načinu upućivanja osiguranih lica na lečenje u inostranstvo* (u daljem tekstu: Pravilnik)<sup>18</sup> i *Odluka o otvaranju Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u Republici Srbiji*.<sup>19</sup>

Zojin zakon je donet 2015. godine. Njime se uređuju prava, obaveze i odgovornosti učesnika u medicinskim postupcima prevencije i dijagnostikovanja genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, a naročito kod ispitivanja i analize bioloških uzoraka namenjenih da identifikuju genske karakteristike koje se nasleđuju ili stiču tokom ranog prenatalnog razvoja.

Sa pravnog stanovišta interesantno je da Zojin zakon uspostavlja neposredno pravo na dijagnozu. Ono proizilazi iz Zakona o pravima pacijenata<sup>20</sup>, ali ne direktno, već kao pravo na obaveštenje o dijagnozi (član 11). Zojin zakon, sa druge strane, neposredno propisuje pravo na dijagnozu osoba sa potencijalno retkim bolestima, rok u kome dijagnoza mora biti postavljena, kao i postupke koji se preduzimju u slučaju nemogućnosti postavljanja dijagnoze. Dijagnostikom retkih bolesti bave se članovi 29-31 Zakona.

U slučaju nemogućnosti postavljanja dijagnoze, Zojin zakon propisuje niz postupaka: kada je na osnovu kliničkih simptoma dijagnoza nejasna, odnosno kada postoji sumnja na retku bolest, lekar je dužan da uputi pacijenta na opsežnu ciljanu dijagnostiku. Kada preduzeta genetička analiza nema jasan ishod zbog čega pacijent ostaje bez potvrđene dijagnoze, odnosno bez mogućnosti daljih dijagnostičkih postupaka duže od šest meseci, a zdravstveno stanje pacijenta se ozbiljno pogoršava, multidisciplinarno konzilijarno veće za pitanja dijagnostike Centra za retke bolesti na tercijarnom nivou, dužno je da bez odlaganja sačini izveštaj o preduzetim dijagnostičkim postupcima i da dá mišljenje da li je moguće obezbediti sprovođenje dodatnih dijagnostičkih postupaka

---

16 Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, Službeni glasnik RS, br. 8/2015

17 Program za retke bolesti u Republici Srbiji za period 2020-2022. godine, Službeni glasnik RS br. 30/18

18 Pravilnik o uslovima i načinu upućivanja osiguranih lica na lečenje u inostranstvo, Službeni glasnik RS, br. 81/2020 i 34/2023

19 Odluka o otvaranju Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u Republici Srbiji, Službeni glasnik RS, br. 92/2014 i 131/2014

20 Zakon o pravima pacijenata, Službeni glasnik RS, br. 45/2013



u RS. Ako to nije moguće, Veće u svom izveštaju daje predlog o potrebi sprovođenja dodatnih dijagnostičkih postupaka u inostranoj zdravstvenoj ustanovi. Predlog sadrži mišljenje o neophodnosti slanja biološkog materijala ili pacijenta u inostranu zdravstvenu ustanovu radi sprovođenja dodatnih dijagnostičkih postupaka.

Zanimljive su i odredbe Zojinog zakona o odgovornosti zbog štete koju trpi pacijent: zdravstveni radnik odgovara za štetu ako u preduzimanju dijagnostičkih mera postupa protivno pravilima struke ili propisane dužne pažnje, usled čega njegovom krivicom dođe do štete po telo, zdravlje ili život pacijenta. Osnov odgovornosti je u zanemarivanju medicinskog standarda, a ne u dijagnozi kao sudu vrednosti i rezultatu takvog postupanja (član 32).

Zakon uređuje i odgovornost za štetu koju pretrpi pacijent: ako je dete rođeno sa genetički uslovljenom bolešću ili anomalijom, što ga čini osobom sa invaliditetom, trajno ga i ozbiljno onesposobljava, daje mu lošu životnu prognozu a da takvo stanje prethodno nije bilo medicinski prepoznato niti dijagnostifikovano u toku embrionalnog ili fetalnog razvoja, lekar koji je postupao protivno važećem standardu ili nije poštovao medicinski protokol ili je postupao protivno pravnom standardu dužne pažnje, odgovara za nastalu štetu detetu, prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu. Šteta nije u otkrivenoj genetičkoj bolesti, genetički uslovljenoj anomaliji ili retkoj bolesti, niti u činjenici da je dete rođeno, već u posledicama koje zbog bolesti, odnosno anomalije neželjeno rođenje uzrokuje u vidu povećanih troškova lečenja i nege za dete (član 33). Naknada štete se duguje i roditeljima deteta koje je rođeno genetički oštećeno zbog povrede njihovog prava da budu obavешteni o zdravstvenom stanju deteta pre rođenja, kako bi tako informisani, dali svoj pristanak na dalji tretman, odnosno odlučili da li žele da dovedu trudnoću do kraja ili ne. Šteta koju trpi roditelj sastoji se iz duševnih bolova usled detetove onesposobljenosti, bolesti, anomalije koju nisu očekivali i nisu bili upozoreni – usled izostalih laboratorijskih pretraga i genetskih informacija (prema opštim pravilima odgovornosti za štetu) (član 34). Odgovornost je isključena kada postoji tehnička greška u nalazu izdatom od laboratorije (*casus*) i kada su jedan ili oba roditelja znala da će dete biti rođeno onesposobljeno bolešću ili anomalijom i na to su pristali (član 35).

*Program za retke bolesti u Republici Srbiji* (u daljem tekstu: Program) donet je za period 2020-2022. godine. Neke mere su realizovane, a druge još čekaju realizaciju. Osnovan je Registar za retke bolesti u Institutu za javno zdravlje RS, kao i četrnaest centara za retke bolesti u nekim ustanovama tercijarnog nivoa zdravstvene zaštite: Univerzitetski Klinički centar Srbije i to – Klinika za pulmologiju, Klinika za hematologiju, Klinika za neurologiju, Klinika za endokrinologiju, dijabetes i bolesti metabolizma, Klinika za alergologiju i imunologiju, Klinika za dermatologiju, Klinika za kardiologiju; Institut za plućne bolesti Vojvodine, Sremska Kamenica; Institut za zdravstvenu zaštitu dece i omladine Vojvodine; Institut za zdravstvenu zaštitu majke i deteta Srbije „Dr Vukan Čupić“; Univerzitetska dečija klinika; Klinika za neurologiju i psihijatriju dece i omladine; KC Niš i KC Kragujevac. Pozitivno je što je broj centara za retke bolesti proširen, no sa druge strane, nije tačno opredeljeno za koje su retke bolesti konkretni centri referentni. Italijanska regulativa, na primer, već prvom uredbom koja identifikuje specifične mere za pacijente sa retkim bolestima u Italiji – ministarskom uredbom br. 279 iz 2001. godine, predviđa da je potrebno da se regionalno označe centri ekspertize za retke bolesti putem zvaničnih akata. U narednim godinama, s obzirom na scenario decentralizovanog italijanskog zdravstvenog sistema, regioni su odabrali i zvanično označili centre ekspertize posvećene jednoj retkoj bolesti ili grupama retkih bolesti. Da bi se rešile nastale varijacije, Nacionalnim planom za razvoj regiona 2013-2016. ustanovljeni su nacionalni kriterijumi za određivanje centara ekspertize za retke bolesti, u skladu sa kriterijumima Komiteta

ekspertata Evropske unije o retkim bolestima (EUCERD). Širom Italije je određeno 199 centara, što je 3 na milion stanovnika.<sup>21</sup>

Poseban cilj 1 Programa je – poboljšana prevencija i dijagnostika retkih bolesti. Pokazatelj uspešnosti je broj ljudi kojima je postavljena dijagnoza u odnosu na ukupan broj ljudi koji su u određenoj godini bili u postupku uspostavljanja dijagnoze sa sumnjom na retku bolest. Kako nije urađena bazna analiza, nije moguće ustanoviti da li je dostignut pokazatelj uspešnosti. U tom smislu, dijagnostika i skriningi na retke bolesti predstavljaju i dalje veliki izazov.

Jedna od mera za postizanje posebnog cilja 1 je i razmatranje potrebe za proširenje neonatalnog skrininga i razvoj smernica za metode prenatalne dijagnostike kojima se otkrivaju urođene bolesti, i drugih neonatalnih skrininga, shodno mogućnostima zdravstvenog sistema (skrining kapaciteti, edukovan kadar...). U ovom trenutku se sprovodi Program neonatalnog skrininga za rano otkrivanje poremećaja sluha u svim porodilištima, pilot projekat skininga na Spinalnu mišićnu atrofiju u GAK Narodni front, program skrininga na cističnu fibrozu i skrining na hipotireozu i fenileketonuriju. U tom smislu je učinjen izvestan napredak, ali ne velik u poređenju sa nekim drugim evropskim zemljama. Na primer, u Italiji se do 2017. godine radio skrining na više desetina retkih bolesti, od čega se, od 2016. godine, na oko 40 naslednih metaboličkih bolesti radi obavezni skrining novorođenčadi (prošireni skrining novorođenčadi). Metaboličke genetičke patologije koje se mogu otkriti zahvaljujući proširenom skriningu novorođenčadi (nije genetički već biohemijski test) su bolesti za koje su dostupne posebne dijete i tretmani. Ako se primene u prvim danima života, pre nego što se pojave simptomi, mogu veoma značajno poboljšati kvalitet života ili sprečiti smrt.<sup>22</sup>

Italijanski program skrininga novorođenčadi se vremenom širio: 14 regiona, od 21, garantuje sopstvenim sredstvima proširenju skrininga novorođenčadi za između 25 i 58 naslednih metaboličkih poremećaja. U avgustu 2016. je italijanski parlament doneo Zakon br. 998 koji odobrava prošireni neonatalni skrining na sve italijanske regione. Istovremeno, Ministarska uredba o proširenom skriningu novorođenčadi završava svoj zakonodavni put i utvrdiće zajedničku listu poremećaja koji će biti uključeni u program skrininga. Italija obezbeđuje genetske testove u zemlji za 1361 retku bolest, što odgovara 1355 gena.<sup>23</sup>

Kada se radi o Programu, dalja mera za postizanje posebnog cilja 1 je i kreiranje sekcija sajta MZ za retke bolesti koji će omogućiti upotrebu portala Orphanet Srbija među svim interesnim grupama. Sekcija sajta MZ posvećena retkim bolestima postoji<sup>24</sup>, ali na njoj nisu transparentni svi potrebni podaci, kao što je lista referentnih centara za retke bolesti ili lista laboratorija koje rade dijagnostiku retkih bolesti.

Poseban cilj 2 Programa je unapređeno lečenje, nega i socijalna zaštita lica obolelih od retkih bolesti. Pokazatelj uspešnosti je broj dana za koliko je terapija dostupna nakon dijagnostifikovanja

21 State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European, Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, <http://www.rd-action.eu/wp-content/uploads/2017/10/Italy-Report.pdf>, 11.

22 Position paper on extended newborn screening drafted by the Associations of people living with rare diseases, [http://download2.eurordis.org/EMM/EMM%202021/UNIAMO\\_and\\_POs\\_Position\\_paper\\_on\\_Extended\\_Newborn\\_screening.pdf](http://download2.eurordis.org/EMM/EMM%202021/UNIAMO_and_POs_Position_paper_on_Extended_Newborn_screening.pdf); State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European, Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, <http://www.rd-action.eu/wp-content/uploads/2017/10/Italy-Report.pdf>, 11.

23 State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European, Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, 11.

24 Retke bolesti, Ministarstvo zdravlja RS, <https://www.zdravlje.gov.rs/tekst/354572/retke-bolesti.php#>

bolesti. Taj pokazatelj do sada nije opredeljen, a socijalna zaštita specifično po osnovu retkih bolesti ne postoji. Osim zdravstvenog, ni jedan drugi sistem ne prepoznaje retke bolesti kao osnov za realizaciju prava iz tih sistema. U tom smislu je definisanje retkih bolesti u svim relevantnim sistemima, i međusistemska saradnja, neophodan uslov kako bi oboleli od retkih bolesti imali pristup svim uslugama sistema na osnovu dijagnoze retke bolesti ili, čak, i bez dijagnoze. Već pomenuta italijanska ministarska uredba br. 279 je prva koja identifikuje specifične mere za pacijente sa retkim bolestima. Ovom uredbom su definisane zvanične liste retkih bolesti (pacijenti sa ovim specifičnim stanjima imaju pravo na posebne beneficije).

Jedna od mera za postizanje posebnog cilja 2 je izmena odgovarajućih zakonskih propisa kako bi se definisala i omogućila upotreba lekova van indikacionog područja. U principu, vremenom raste dostupnost raspoloživih lekova i medicinskih sredstava za retke bolesti, kao i dostupnost *off-label* lekova za svrhu tretmana retkih bolesti. Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima, međutim, nije promenjen. *Off-label* upotreba lekova je dozvoljena, ali RFZO nema obavezu da pokriva troškove njihove primene. S druge strane, može se dobiti recept na kojem je naznačen lek koji se već nalazi na pozitivnoj listi, ali gde je šifra indikacija drugačija, dakle, ne primenjuje se *off-label*. U međuvremenu, budući da, i dalje, bez obzira na dve decenije politike i zakonodavstva u Evropi, usmerenih na podsticanje istraživanja i razvoja za retke bolesti, svega 5–6% retkih bolesti ima namenske tretmane<sup>25</sup>, Evropska komisija je krenula dalje i predložila izmene regulative u oblasti tzv. *orphan* lekova: Komisija je 26. aprila 2023. predložila „farmaceutski paket“ za reviziju EU farmaceutskog zakonodavstva i obezbeđivanja da lekovi budu pristupačniji, a da se istovremeno održi konkurentnost i atraktivnost farmaceutske industrije EU. Paket uključuje dva pravna predloga, direktivu i uredbu, koje bi zamenile postojeću farmaceutsku EU regulativu.<sup>26</sup> Predloženi pristup je prelazak sa sistema „jedne veličine za sve“ na sistem koji nagrađuje kompanije koje ispunjavaju važne ciljeve javnog zdravlja. Za inovativne lekove, uključujući i pedijatrijske lekove, period tržišne ekskluzivnosti bi bio 8 godina. Dodatni periodi zaštite mogu se dobiti ako kompanije lansiraju lek u svim državama članicama (+2 godine), ako lek cilja na nezadovoljenu medicinsku potrebu (+6 meseci), ili ako sprovedu se uporedna klinička ispitivanja (+6 meseci). Još jedna godina zaštite podataka bi mogla biti odobrena ako lek može da leči druge bolesti. Dakle, maksimalni period ekskluzivnosti bi bio povećan na 12 godina, dok je trenutno 11 godina. Za lekove za retke bolesti period tržišne ekskluzivnosti bio bi 9 godina. Međutim, kompanije mogu imati dodatni period tržišne ekskluzivnosti ako lek cilja na neispunjene medicinske potrebe (+1 godina), ako se lek lansira u svim državama članicama (+1 godina), ili se razviju nove terapijske indikacije za već odobreni *orphan* lek (do 2 dodatne godine). Dakle, maksimalni period bi bio povećan na 13 godina, dok je trenutno 10 godina.<sup>27</sup> No, i na nivou EU se konstatuje da „novo zakonodavstvo EU mora biti zasnovano na analizi potreba ljudi koji žive sa retkim bolestima i na boljoj koordinaciji

25 Victoria Hedley et al., „Together4RD position statement on collaboration between European reference networks and industry“, *Orphanet Journal of Rare Diseases*.18 (2023), 272. <https://doi.org/10.1186/s13023-023-02853-9>

26 European Parliament. (2023). Revision of the EU legislation on medicines for children and rare diseases. Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747440/EPRS\\_BRI\(2023\)747440\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747440/EPRS_BRI(2023)747440_EN.pdf). Pristupljeno 20.09.2023. 9.

27 *Ibid*, 9.

evropskih i nacionalnih politika“.<sup>28</sup> To je slučaj i sa nacionalnim pravnim aktima, pa je potrebno analizirati faktičku situaciju u zemlji, da bi se doneo novi Program za retke bolesti.

Jedna od mera za postizanje posebnog cilja 2 Programa je definisanje posebnih lista lekova, suplemenata i medicinsko-tehničkih pomagala za retke bolesti i obezbeđenje budžetskog finansiranja. U *Zakonu o budžetu za 2023. godinu*<sup>29</sup> u Programu 1808 – Podrška ostvarenju prava iz zdravstvenog osiguranja, Funkciji 760 – Zdravstvo neklasifikovano na drugom mestu, Programskoj aktivnosti – Zdravstvena zaštita osiguranih lica obolelih od retkih bolesti, opredeljen je iznos za retke bolesti. Navedena budžetska linija MZ se odnosi samo na lekove za retke bolesti. Lekovi za retke bolesti se, međutim, nalaze i na drugim listama RFZO. Ova ustanova ima svoje druge, standardne budžete za listu lekova, alocirani budžet za medicinsko tehnička pomagala, za bolnice, itd.. Oni se odnose na sve pacijente, ne samo na pacijente sa RB.

Akt koji se, između ostalog, tiče i retkih bolesti je *Pravilnik o uslovima i načinu upućivanja osiguranih lica na lečenje u inostranstvo*. Na lečenje u inostranstvo mogu se uputiti osigurana lica radi lečenja oboljenja, stanja ili povreda koje su utvrđene Listom oboljenja, a izuzetno od ovog pravila, na lečenje u inostranstvo mogu se uputiti osigurana lica radi lečenja izuzetno retkih patologija, odnosno oboljenja sa niskom incidencom (kod odraslih jedan na sedam miliona, a kod dece jedan na milion stanovnika). Osiguranom licu se, ukoliko je to celishodnije i ekonomičnije, izuzetno može, pod uslovima utvrđenim Pravilnikom, umesto upućivanja na lečenje u inostranstvo, obezbediti lečenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi u RS uz angažovanje inostranog zdravstvenog stručnjaka. Osiguranom licu može se odobriti sprovođenje dijagnostičkih postupaka, odnosno uspostavljanje dijagnoze u inostranstvu na teret sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja koji se ne mogu uspešno obezbediti u RS, a u inostranstvu postoji mogućnost uspešnog sprovođenja dijagnostičkih postupaka, odnosno uspostavljanje dijagnoze.

Prema članu 12 Pravilnika osigurano lice, odnosno uzorak biološkog materijala osiguranog lica se upućuje u inostranstvo radi sprovođenja dijagnostičkog postupka, odnosno uspostavljanja dijagnoze kada su iscrpljene sve mogućnosti dijagnostike određene retke genetske bolesti u RS, a što podrazumeva učestalost retke genetske bolesti u skladu sa kriterijumom Svetske zdravstvene organizacije 1:2000 u opštoj populaciji i obuhvata dijagnostiku na nivou metabolita, enzima, patohistološke analize (uključujući elektronsku mikroskopiju) i genetske analize (DNK ili RNK).

Osigurano lice, odnosno uzorak biološkog materijala se upućuje u inostranstvo kada: 1) postoji opravdana sumnja na određenu retku genetsku bolest kod koje postoji specifična terapija registrovana od strane EMA i/ili Agencije za lekove i medicinska sredstva RS; 2) postoji opravdana sumnja na određenu retku genetsku bolest za koju specifična terapija ne postoji, ali zbog prirode bolesti postoji potreba za prenatalnom dijagnostikom u porodici (proband srodnicu prvog stepena i fetalni materijal).

Prema članu 13 Pravilnika postupak za upućivanje na lečenje u inostranstvo, angažovanje inostranog zdravstvenog stručnjaka, sprovođenje dijagnostičkih postupaka, odnosno uspostavljanje dijagnoze u inostranstvu pokreće se na zahtev osiguranog lica, roditelja, usvojioca ili staraoca osiguranog lica, odnosno drugog zakonskog zastupnika osiguranog lica. Zahtev se podnosi na osnovu predloga stručnog konzilijuma referentne zdravstvene ustanove. Uz zahtev se podnosi

<sup>28</sup> Ondrej Plevák, „Push to revamp rare disease EU framework intensifies before Czech presidency“, *EURACTIV* (2022). Dostupno na: <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/push-to-revamp-rare-disease-eu-framework-intensifies-before-czech-presidency/>. Pristupljeno 20.09.2023.

<sup>29</sup> Zakon o budžetu za 2023. godinu, Službeni glasnik RS, br. 138/2022

medicinska dokumentacija o sprovedenom lečenju u zemlji, odnosno medicinska dokumentacija o sprovedenom dijagnostičkom postupku u zemlji.

Na osnovu zahteva veće Lekarske komisije daje stručni nalaz, ocenu i mišljenje po više tačaka. Na osnovu stručnog nalaza, ocene i mišljenja veća Lekarske komisije, saglasnosti inostrane zdravstvene ustanove o prijemu osiguranog lica na lečenje i utvrđenog dana prijema na lečenje, odnosno saglasnosti inostranog zdravstvenog stručnjaka, odnosno saglasnosti inostrane zdravstvene ustanove o mogućnosti sprovođenja dijagnostičkih postupaka, odnosno uspostavljanja dijagnoze i specifikacije troškova predloženog lečenja, sprovođenja dijagnostičkih postupaka, odnosno uspostavljanja dijagnoze, Komisija donosi rešenje o upućivanju na lečenje, odnosno angažovanju inostranog zdravstvenog stručnjaka, odnosno o sprovođenju dijagnostičkih postupaka, odnosno uspostavljanja dijagnoze u inostranstvu. Na osnovu rešenja o angažovanju inostranog zdravstvenog stručnjaka RFZO sa referentnom zdravstvenom ustanovom zaključuje ugovor o finansiranju zdravstvene usluge angažovanjem inostranog zdravstvenog stručnjaka.

S obzirom na ograničena sredstva kojima raspolaže Republički fond za zdravstveno osiguranje, zdravstveni sistem zadovoljava uglavnom potrebe prosečnog pacijenta i prosečne potrebe stanovništva RS, dok ono što izlazi iz proseka, kao što su potrebe za zdravstvenim uslugama osoba sa retkim bolestima, često ostaje bez adekvatnog odgovora sistema zdravstvenog osiguranja. Zbog toga je 2014. godine Vlada RS donela *Odluku o otvaranju Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u Republici Srbiji*<sup>30</sup> kojom se uređuje otvaranje Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u RS, kao evidencionog računa u okviru glavne knjige trezora, i to kao indirektnog korisnika budžetskih sredstava u okviru razdela Ministarstva zdravlja. Budžetski fond služi obezbeđivanju dodatnih sredstava za lečenje oboljenja, stanja ili povreda; lečenju obolelih od određenih vrsta retkih bolesti koje su izlečive, a koje se ne mogu uspešno lečiti u RS i za koje RFZO ne može da obezbedi dovoljan iznos sredstava za lečenje od uplate doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje i drugih izvora finansiranja. Sredstva iz Fonda mogu da se dodeljuju deci uzrasta do 18 godina, ako u RS nije moguće ustanoviti dijagnozu.

## 4. ZAKLJUČAK

I pored odredbi nacionalnog zakonodavstva koje stavljaju akcenat na lečenje retkih bolesti, osobe sa retkim bolestima su često u poziciji da ne mogu da realizuju osnovna prava u oblasti zdravlja, kao što je pravo na dijagnozu, a samim tim i pravo na tretman određene bolesti, kao i dobijanje odgovarajućih medikamenata, terapije ili ortopedskih pomagala. Neke mere nacionalnog zakonodavstva su realizovane, a druge još čekaju realizaciju. Osnovan je Registar za retke bolesti u Institutu za javno zdravlje RS, kao i Centri za retke bolesti u nekim ustanovama tercijarnog nivoa zdravstvene zaštite. Vremenom raste dostupnost raspoloživih lekova i medicinskih sredstava za retke bolesti. Veliki izazov, međutim, predstavljaju dijagnostika i skriningi na retke bolesti, kao i dostupnost *off-label* lekova za svrhu tretmana retkih bolesti. Ovakva situacija ih dovodi i do toga

<sup>30</sup> Odluka o otvaranju Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u Republici Srbiji, Službeni glasnik RS, 92/2014, 122/14 i 131/2014

da (bez dijagnoze) ne mogu da ostvare ni prava iz socijalne zaštite, kao ni prava u oblasti zapošljavanja, obrazovanja i drugim oblastima života. A upravo nedostatak dijagnoze, ili dijagnoza koja se teško postavlja upravo odlikuje retke bolesti. Stoga je potrebno raditi na obezbeđivanju osnovnog preduslova za realizaciju svih drugih prava, a to je postavljena dijagnoza. Time bi se osobe sa retkim bolestima dovele, u najmanju ruku, u ravnopravan položaj sa ostalim pacijentima i građanima Srbije.

## LITERATURA

1. Council Recommendation of 8 June 2009 on an action in the field of rare diseases, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:151:0007:0010:EN:PDF>
2. European Parliament. Revision of the EU legislation on medicines for children and rare diseases (2023). Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747440/EPRS\\_BRI\(2023\)747440\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747440/EPRS_BRI(2023)747440_EN.pdf). Pristupljeno 20.09.2023. str. 9
3. Hedley, Victoria et al.(2023). „Together4RD position statement on collaboration between European reference networks and industry“. *Orphanet Journal of Rare Diseases*, Vol. 18(1): 272. <https://doi.org/10.1186/s13023-023-02853-9>
4. Nacionalna organizacija za retke bolesti Srbije, O retkim bolestima, Dostupno na: <https://norbs.rs/o-retkim-bolestima/sta-su-retke-bolesti/>. Pristupljeno: 20.09.2023.
5. Odluka o otvaranju Budžetskog fonda za lečenje oboljenja, stanja ili povreda koje se ne mogu uspešno lečiti u Republici Srbiji, Službeni glasnik RS, 92/2014, 122/14 i 131/2014
6. Plevák, Ondrej. „Push to revamp rare disease EU framework intensifies before Czech presidency“. *EURACTIV* (2022). Dostupno na: <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/push-to-revamp-rare-disease-eu-framework-intensifies-before-czech-presidency/>. Pristupljeno 20.09.2023.
7. Position paper on extended newborn screening drafted by the Associations of people living with rare diseases, [http://download2.eurordis.org/EMM/EMM%202021/UNIAMO\\_and\\_POs\\_Position\\_paper\\_on\\_Extended\\_Newborn\\_screening.pdf](http://download2.eurordis.org/EMM/EMM%202021/UNIAMO_and_POs_Position_paper_on_Extended_Newborn_screening.pdf) State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, <http://www.rd-action.eu/wp-content/uploads/2017/10/Italy-Report.pdf>.
8. Pravilnik o uslovima i načinu upućivanja osiguranih lica na lečenje u inostranstvo, Službeni glasnik RS, br. 81/2020 i 34/2023
9. Program o zaštiti mentalnog zdravlja u Republici Srbiji za period 2019-2026. godine, Službeni glasnik RS, br. 84/19
10. Program za retke bolesti u Republici Srbiji za period 2020-2022. godine, Službeni glasnik RS br. 30/18)
11. Regulation (EC) No 141/2000 of the European Parliament and of the Council of 16 December 1999 on orphan medicinal products, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000R0141>
12. Retke bolesti, Ministarstvo zdravlja RS, <https://www.zdravlje.gov.rs/tekst/354572/retke-bolesti.php#>

13. Sjeničić, Marta & Marko Milenković. „Pravni položaj obolelih od retkih bolesti u Srbiji: organizacija zdravstvene službe, postupci pokrivanja troškova dijagnostike i lečenja iz različitih izvora finansiranja i podela nadležnosti između tela relevantnih za retke bolesti“. U *Društveni i pravni položaj osoba sa retkim bolestima i njihovih porodica u Srbiji*, ur. Marta Sjeničić & Marko Milenković (Beograd: Udruženje pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije – SUPRAM - Institut društvenih nauka, 2016.
14. Spotlight on rare diseases (Editorial). *The Lancet Diabetes & Endocrinology*, Vol. 7 (2) (2019): 75, DOI:[https://doi.org/10.1016/S2213-8587\(19\)30006-3](https://doi.org/10.1016/S2213-8587(19)30006-3)
15. State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, <http://www.rd-action.eu/wp-content/uploads/2017/10/Italy-Report.pdf>.
16. Stojiljković, Maja. „Retke bolesti – medicinski problem“. U *Društveni i pravni položaj osoba sa retkim bolestima i njihovih porodica u Srbiji*, ur. Marta Sjeničić & Marko Milenković, Beograd: Udruženje pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije – SUPRAM - Institut društvenih nauka, 2016.
17. Strategija javnog zdravlja u RS, Službeni glasnik RS, br. 61/2018
18. Strategija razvoja zdravlja mladih u Srbiji, Službeni glasnik RS, br. 104/2006
19. Strategija za socijalno uključivanje Roma i Romkinja u Republici Srbiji za period 2022–2030. godine, Službeni glasnik br. 23/2022
20. Strategija za stalno unapređenje kvaliteta zdravstvene zaštite i bezbednosti pacijenata, Službeni glasnik RS, br. 15/2009
21. Uredba o nacionalnom programu zdravstvene zaštite žena, dece i omladine, Službeni glasnik RS, br. 28/2009
22. Zakon o budžetu za 2023. godinu, Službeni glasnik RS, br. 138/2022
23. Zakon o pravima pacijenata, Službeni glasnik RS, br. 45/2013
24. Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, Službeni glasnik RS, br. 8/2015
25. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službeni glasnik RS, br. 25/2019
26. Zakon o zdravstvenom osiguranju, Službeni glasnik RS, br. 25/2019

## LITERATURE

1. Council Recommendation of 8 June 2009 on an action in the field of rare diseases, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:151:0007:0010:EN:PDF>
2. European Parliament. (2023). Revision of the EU legislation on medicines for children and rare diseases. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747440/EPRS\\_BRI\(2023\)747440\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747440/EPRS_BRI(2023)747440_EN.pdf). Accessed: 20.09.2023.
3. Hedley, Victoria et al. “Together4RD position statement on collaboration between European reference networks and industry.“ *Orphanet Journal of Rare Diseases*, Vol. 18:272 (2023). <https://doi.org/10.1186/s13023-023-02853-9>

4. National Organization for Rare Diseases of Serbia, *On rare diseases*, Available at: <https://norbs.rs/o-retkim-bolestima/sta-su-retke-bolesti/>. Accessed: 09/20/2023.
5. Decision on establishing the Budget Fund for the treatment of diseases, conditions or injuries that cannot be successfully treated in the Republic of Serbia, Official Gazette of the RS, 92/2014, 122/14 and 131
6. Plevak, Ondrej. "Push to revamp rare disease EU framework intensifies before Czech presidency". EURACTIV. (2022) Available at: <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/push-to-revamp-rare-disease-eu-framework-intensifies-before-czech-presidency/>. Accessed: 20.09.2023.
7. Position paper on extended newborn screening drafted by the Associations of people living with rare diseases, [http://download2.eurordis.org/EMM/EMM%202021/UNIAMO\\_and\\_POs\\_Position\\_paper\\_on\\_Extended\\_Newborn\\_screening.pdf](http://download2.eurordis.org/EMM/EMM%202021/UNIAMO_and_POs_Position_paper_on_Extended_Newborn_screening.pdf) State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, <http://www.rd-action.eu/wp-content/uploads/2017/10/Italy-Report.pdf>, str. 11
8. Rulebook on the conditions and manner of sending insured persons for treatment abroad, Official Gazette of the RS, no. 81/2020 i 34/2023
9. Program on mental health protection in the Republic of Serbia for the period 2019-2026, Official Gazette of the RS, no. 84/19
10. Program for rare diseases in the Republic of Serbia for the period 2020-2022, Official Gazette of RS no. 30/18
11. Regulation (EC) No 141/2000 of the European Parliament and of the Council of 16 December 1999 on orphan medicinal products, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000R0141>
12. *Rare diseases*, Ministry of Health of the RS, <https://www.zdravlje.gov.rs/tekst/354572/retke-bolesti.php#>
13. Sjenicic, Marta & Marko Milenkovic, "The legal position of patients with rare diseases in Serbia: organization of the health service, procedures for covering the costs of diagnostics and treatment from different funding sources and the division of competences between bodies relevant to rare diseases". In *Social and legal position of persons with rare diseases and their families in Serbia*, Belgrade: Association of Lawyers for Medical and Health Law of Serbia - SUPRAM and Institute of Social Sciences, Eds. Marta Sjenicic & Marko Milenkovic, Belgrade, 2016
14. Spotlight on rare diseases (Editorial), *The Lancet Diabetes & Endocrinology*, Vol. 7 (2) (2019) DOI:[https://doi.org/10.1016/S2213-8587\(19\)30006-3](https://doi.org/10.1016/S2213-8587(19)30006-3)
15. State of the Art for Rare Diseases – Activities in EU Member States and Other European Countries, Italy Report, RD Action, Data and Policies for Rare Diseases, <http://www.rd-action.eu/wp-content/uploads/2017/10/Italy-Report.pdf>
16. Stojiljkovic, Maja, "Rare Diseases – Medical Problem". In *Social and legal position of persons with rare diseases and their families in Serbia*, Belgrade: Association of Lawyers for Medical and Health Law of Serbia - SUPRAM and Institute of Social Sciences, Eds. Marta Sjenicic & Marko Milenkovic, Belgrade, 2016
17. Public Health Strategy in the RS, Official Gazette of the RS, no. 61/2018



18. Youth Health Development Strategy in Serbia, Official Gazette of the RS, no. 104/2006
19. Strategy for social inclusion of Roma men and women in the Republic of Serbia for the period 2022-2030, Official Gazette no. 23/2022
20. Strategy for continuous improvement of the quality of health care and patient safety, Official Gazette of the RS, no. 15/2009
21. Decree on the National Health Protection Program for Women, Children and Youth, Official Gazette of the RS, no. 28/2009
22. Law on the Budget for 2023, Official Gazette of the RS, no. 138/2022
23. The Patients' Rights Law, Official Gazette of the RS, no. 45/2013
24. Law on Prevention and Diagnosis of Genetic Diseases, Genetically Conditioned Anomalies and Rare Diseases, Official Gazette of RS, no. 8/2015
25. Law on health care, Official Gazette of the RS, no. 25/2019
26. Law on Health Insurance, Official Gazette of RS, no. 25/2019

## RARE DISEASES THROUGH THE PRISM OF SERBIAN LEGISLATION

Marta Sjeničić<sup>31</sup>

*Institute of Social Sciences, Belgrade*

**Abstract:** *A disease that occurs in a small number of people, at most one in 2000 people, is considered a rare disease. Unlike cardiovascular diseases, diabetes or cancer, which take the most human lives in modern society, rare diseases were, until recently, completely invisible and neglected precisely because of the small number of patients suffering from a single rare disease. Nevertheless, taken together, they represent a significant phenomenon in medical, financial and social terms. In addition to the Law on the Prevention and Diagnosis of Genetic Diseases, Genetically Conditioned Anomalies and Rare Diseases from 2015, the regulations of the Republic of Serbia recognize rare diseases in the Law on Health Care and the Law on Health Insurance, and in 2014 the Decision on opening the Budget Fund for treatment of diseases, conditions or injuries that cannot be successfully treated in the RS, was adopted. The program for rare diseases in the RS, as a strategic document, was adopted in Serbia for the first time in 2020, for a two years period. The program sets one general and two specific goals (diagnosis/prevention and treatment), which are elaborated through a series of measures and indicators of their realization. Some measures have been implemented, while others are still awaiting implementation. The RS Ministry of Health has taken steps to develop a new program/strategy for rare diseases. The Registry for Rare Diseases was established at the Institute of Public Health of the RS, and the Centers for Rare Diseases in some institutions of the tertiary level of health care. Over time, the availability of drugs and medical devices for rare diseases is increasing. Diagnostics and screenings for rare diseases represent a big challenge, as well as the availability of off-label drugs for the purpose of treating of rare diseases.*

**Key words:** *rare diseases, regulation, budget fund, diagnostics, treatment.*

---

<sup>31</sup> Principal Research Fellow, Institute of Social Sciences, Kraljice Natalije 45, Belgrade, 063454355, marta.sjenicic@gmail.com

# ETHICAL, CLINICAL AND LEGAL ASPECTS OF INFORMED CONSENT IN MONTENEGRO, REPUBLIC OF SRPSKA, SERBIA AND CROATIA

**Snežana Pantović<sup>1</sup>**

*Faculty of Medicine, University of Montenegro*

**Dijana Zrnić<sup>2</sup>**

*Faculty of Law, University of Banja Luka*

“On peut bien dire qu'on est malheureux, main on ne peut pas dire le malheur. Il n'y a pas de malheur dans le mot *malheureux*. Tous les mots sont secs. Ils restent au bord des larmes. Le malheur est toujours un secret.”

(Laurens, Phillippe)

**Abstract:** *The patient's consent is a necessary condition for undertaking any medical intervention and is an expression of a patient's right to self-determination in relation to his own body, which has its foundation in the constitutional guarantee of the inviolability of human personality. In relation to the limits of consent for medical intervention, not only general, but special consent is necessary, that is, it must refer to precisely defined preventive, diagnostic and therapeutic measures that the medical professional intends to take, as well as certain risks associated with these measures. In this connection, it is also the medical professional's duty to provide the patient or the legal representative with all the notices, which are a presumption of consent, and those notices should include all the facts that are essential for the decision on consent, and which, among other things, contain the type and probability of possible risks or consequences. In such cases, the role of the legislator is important, as it must prescribe clear rules of conduct for health institution, courts and medical professionals who are directly or indirectly involved in the process of obtaining informed consent.*

*In this paper, the authors have taken a comparative research of ethical, medical/clinical and legal practice in Montenegro, Republic of Srpska, Serbia and Croatia, in order to point out the importance of informed consent when determining the responsibility of a healthcare institution/healthcare provider for medical malpractice/negligence. In concluding remarks, the authors establish that the free will of the patient prevails over the reasons of a medical nature and that the patient's decision is an inevitable limit for the health institution/healthcare provider. A medical procedure is illegal, if the patient's will is not respected or obtained. The responsibility of the healthcare provider is subjective in nature, and assumes breach of*

<sup>1</sup> Associate professor, Faculty of Medicine, University of Montenegro, email: snezap@ac.me

<sup>2</sup> Associate professor, Faculty of Law of the University of Banja Luka, email: dijana.zrnic@pf.unibl.org

*duty, damage to the patient's health caused by his unprofessional, careless or improper work contrary to the rules of the medical profession and science (contra legem artis). It is the general opinion of national judicature in the studied regions that the healthcare institution/provider is, without exception, responsible for the harmful consequences to the patient's health, if they did not obtain the patient's consent to undertake medical intervention.*

**Key words:** *informed consent, medical ethics, causation, loss or damage, medical negligence, malpractice, material risk.*

## 1. INTRODUCTION

We live in the world that has turned into a clinic, and its citizens have turned into patients (I. Illich, 1976, 918). Personal autonomy has become everything. Every constitution, including the countries that have risen from the ashes of former Yugoslavia (Montenegro, Bosnia and Herzegovina – Republic of Srpska, Serbia and Croatia) guarantees the protection of their citizen's personal rights and interests including their life, health, bodily and mental integrity through the right to self-determination.

The relationship between a Doctor and a Patient has never been a relationship between people whose positions are equal, because the Patient was, in fact, subject to the professional knowledge and reason of the Doctor, and also to his will. Of course, the relationship should be based on mutual trust and respect of the will of the other, but the knowledge of the Doctor has always prevailed. However, modern medicine/healthcare has changed. Thanks to the advancements of medical technology, the expectations of patients have become unreal and excessive. Mistakes/errors, major or minor, are, very often, no longer tolerated by the patients. The once paternalistic relationship between a doctor and a patient, in which authoritarian position of a doctor was unquestionable (implying a greater sense of moral, legal and professional responsibility), including his professional conduct and knowledge, has turned into a partnership of two unequal individuals, placing the doctor, after the patient consented, into a slightly more dominant position. However, personal autonomy has its price. The patient's right to self-determination in relation to his own body, the glorification of the will of an individual requires active involvement of the patient into medical decision making.

The patient's consent has become a necessary condition for undertaking any medical intervention. Once, a relationship based on mutual trust and respect, has now turned into an ethically, professionally and legally demanding bond, and, into the legal relationship: contract. However, patients are not familiar with protocols and treatments and cannot easily tell whether the doctor is acting irresponsibly and *contra legem artis*. Only in cases of visible disfigurement, physical disfunction after medical intervention, does the Patient become aware of a possible medical error. The Patient's initially compromised health condition further complicates the matter. In order to avoid the risk of litigation due to the breach of duty to inform the Patient and thus gain his informed consent to a recommended medical intervention, a Doctor must first educate a Patient about the risks, benefits and alternatives of a given procedure or intervention (Right to Health Education, Lisbon Declaration, 1981, art. 9). But in order to make this process work, the Patient must be competent; he must fully understand and be able to become aware of all the side effects, risks, dangers of the

recommended medical service, in order to make a voluntary decision about whether to accept it or not. Thus, the wills of the parties involved have been consensually limited.

In order to avoid unwanted consequences at the expense of any of the parties in a Doctor-Patient relationship sealed with an informed consent<sup>3</sup>, the relationship must be well regulated. Starting from the European principles and standards, constitutional right of every citizen to self-determination in relation to their own body, and a general statutory right not to be harmed by another, every studied region has developed a set of rules and regulations that further arrange a Doctor-Patient relationship. The institute of Informed Consent (IC) will be observed from three prospective angles: legal, clinical and ethical, with the aim to reveal the complexities of the nature of modern Doctor-Patient relationship in the healthcare system of Montenegro, Republic of Srpska, Serbia and Croatia.

## 2. LEGAL ASPECTS OF INFORMED CONSENT IN MONTENEGRO, REPUBLIC OF SRPSKA, SERBIA AND CROATIA

### 2.1. Informed consent and legality of medical intervention/treatment

Legal and social obligation of a physician to treat a sick Patient, does not give him the freedom to treat the sick, regardless of the will of the patient. According to basic principles of medical ethics, a specific medical intervention or treatment must be induced i.e. purposeful as a measure, but mere indication is not sufficient to apply the measure. In other words, a physician is not empowered by symptoms, but by the consent of the Patient who is to be treated. A physician treats the Patient in a partnership, followed by the Patient's express or implied consent (Radišić, 1998, 29). The Patient's consent justifies the medical intervention morally and legally ("volenti non fit iniuria"). The concept of informed consent obliges a physician to render certain information visible to the Patient in order to obtain his consent to carry out medical intervention or some other treatment.

The physician's duty to inform is primarily based on the Patient's constitutional right to self-determination, which promotes the Patient's autonomy of will as a necessary precondition for the democratisation of healthcare. Namely, by giving his consent, the Patient free willingly waives the right to protect his body and intimate sphere. Hence, the consent is valid only if the Patient knows the essence, significance and reach of what he is consenting to, i.e. only if the Patient is given sufficient reasons for and against in order to make a reasonable decision about a certain medical intervention/treatment. He needs to be introduced to the risks of medical intervention, since he will eventually have to accept those risks, unless the risk is the result of medical error.

However, the autonomy of will does not only imply the consent of the mentally capable Patient to medical treatment. It, sometimes, can mean his refusal of medical treatment, even if it

---

<sup>3</sup> In this paper, the authors have focused on informed consent to any medical intervention, but a clinical study. Due to its specific nature, this type of medical service has been analysed in a separate scientific paper.

entails putting his life at peril. In other words, the autonomy of will can also imply the Patient's right to death (Vesna Klajn-Tatić, 1998, 47). How to sustain ethical integrity of medical profession which rests on the life-saving doctrine, if a physician has to succumb to the Patient's right to death (passive euthanasia)? Such interpretation of the right to self-determination puts the duty of a medical professional and the right of the Patient into a serious conflict (*voluntas aegroti suprema lex v. salus aegroti supremum lex*).

Accordingly, Montenegrin healthcare system is based on the autonomy of will of the parties, vouching for the right of man and his dignity in terms of application of biology and medicine as well as inviolability of physical and psychological integrity, privacy and personal rights (Constitution of Montenegro, art. 27 and 28).

In Republic of Srpska, every medical intervention penetrates into the protected area of human dignity, bodily and mental integrity, and human privacy, personal and family life (Constitution of Republic of Srpska, art. 13). Whoever is served with false information is entitled to damages as a result of suffered harm, loss or injury (Constitution of Republic of Srpska, art. 26). Furthermore, everyone has a right to healthcare protection in compliance with law (Constitution of Republic of Srpska, art. 37). In compliance with modern understanding of informed consent which strives toward enhancing the autonomy of an individual in medical decision making,

Healthcare regulatory mechanism of Serbia tends to reconcile the care for the Patient's health, on the one hand side, and the preservation of his autonomy, on the other. That means that the Serbian legislator recognises the autonomy of the Patient as a fundamental principle in a Doctor-Patient communication, pointing at the Patient's capacity for decision making and sharing responsibility for his health, thus empowering him against the authority of the Doctor. In other words, the autonomy of will of the Patient becomes the ultimate law for the Doctor ("*Salus et Voluntas aegroti suprema lex est*"), which is best realised through the Patient's right to self-determination (Radišić, Jakov, Mujović-Zornić, Hajrija, 2004). This paradigm has become an integral part of constitutional guarantees as to the inviolability of one's physical and psychological integrity and personal rights (Constitution of Republic of Serbia, art. 25); the right to life and the protection of one's physical and psychological health (art. 67).

Modern healthcare system of Croatia has recently been rebuilt on the foundations of the European Charter of Patient's Rights drafted in collaboration with 12 citizens' organisations from different EU countries in 2002 (Karačić, Vidak, Marušić, 2021). The Charter promotes 14 patients' rights including, the right to preventive measures, right of access, right to information, right to consent, right to free choice, right to avoid unnecessary pain and suffering, right to personalised treatment, right to complain and right to compensation (ECPR, basic document, Rome, November 2002). These rights aim to guarantee a high level of human health protection and the right of the patient to self-determination, since human freedom and integrity are inviolable (Constitution of Republic of Croatia, art. 22).

Informed consent also finds its legal ground in a general prohibitive provision of *nemi-nem laedere* (TCA Republic of Serbia, art. 16; TCA Republic of Srpska, art. 16; TCA Montenegro, art. 9; TCA Republic of Croatia, art. 8) making the Patient's autonomy of will the highest of laws (Radišić, 2004, 10). This principle has become the basis for national legislation that regulates healthcare and Patient protection. The root of this maxim can also be found in the Hippocratic Oath of *primum nil nocere* (first, do not harm) as a fundamental principle of bioethics. Namely, "the physician must...have two special objects in view with regard to disease, namely, to do good

or to do no harm” (Hippocrates, 400 B.C., book I, sect. II). In other words, the aim of the informed consent is to protect the Patient’s bodily integrity against all possible risks of harm. Such protective proclamations have been further elaborated down the regulatory hierarchy in *leges speciales* that deal with healthcare protection. All studied regions have developed their healthcare legislation on the ground of a patient-oriented healthcare system, vouching for the well-being and the autonomy of will of the Patient.<sup>4</sup>

The most concrete legal ground for seeking informed consent/refusal arises from a contractual relationship set up between the Doctor and the Patient (treatment contract). What precedes this kind of relationship is a free expression of will of the parties. Under normal circumstances, the parties can choose whether they want to establish the Doctor-Patient relationship or not. If they have mutually consented to such a relationship, then they accept the rights and duties arising from such an agreement. It means that the Doctor shall apply all his medical knowledge, medical technology including personal skills, to set up accurate diagnosis and to induce proper medical treatment. The scope of the treatmenta contract is work and not its results (rarely does the Doctor vouch for a concrete result in treating the Patient). By contract, the Doctor guarantees the Patient an *appropriate* medical intervention (WMA Declaration on the Promotion of Patients’ Rights in Europe, 2002, 15) in compliance with professional rules (*lege artis*), but cannot guarantee recovery, health improvement, or exclusion of unwanted effects and possible subsidiary effects of the treatment (Mujović-Zornić, 2009, 12-13). The Doctor is not obliged to treat the Patient if convinced that the treatment will be unsuccessful. However, if the treatment will save the Patient’s life, or life of others, according to a paternalistic approach, still dominant in studied regions, the Doctor will apply it against the will of the Patient. Accordingly, Healthcare Protection Act of Montenegro makes an exception to the general IC rule, stating that if a healthcare provider / psychiatrist suspects that the patient could endanger his life or life of others, he can send the patient to a psychiatric clinic for treatment without the patient’s consent, which is contrary to general IC principle of the autonomy of will of the patient (HPA MN, art. 132). Likewise, the Patient in Republic of Srpska has a right to freely decide about his life and health, unless such a decision directly affects life and health of others (HCPA RS, art. 39) or “exceptional circumstances” arise (PPA RS, art. 15, 18). These exceptions are treated as assumed consent, meaning the medical intervention is considered life-saving and it is assumed that, if in the capacity to express his will, the patient would have consented to such a treatment. In support of the predominant life-saving principle, the Patient in Croatia has a right to refuse certain recommended diagnostic and therapeutic procedures, *unless that would jeopardise his life or cause permanent damage to his health* (PPA RC, art. 16). Accordingly, the Patient in Serbia can express his will and decide about everything that concerns his health and life, unless it concerns others, and no medical intervention is allowed without his consent (HPA S, art. 31). These provisionary solutions stand in direct contradiction to the principle of autonomy of will of the Patient, and we are to assume that ethical principles behind which a Healthcare Provider operates are in support of the most fundamental human goods and values (life, health, physical and psychological integrity).

<sup>4</sup> the Healthcare Protection Act of Montenegro, the Medical Products Act of Montenegro, the Patient Protection Act of Montenegro; the Healthcare Protection Act of Republic of Srpska; the Patient Protection Act of Republic of Serbia, the Healthcare Protection Act of Republic of Serbia; the Patient Protection Act of Republic of Croatia.

A new partnership approach in healthcare compels the Doctor to respect the will of the Patient, who is capable of rational decision making, to the extent of unwillingly consenting to “euthanasia by non-treatment” (PPA RS, art. 17). Henceforth, it is the Doctor’s duty to inform the Patient of the consequences of refusing the proposed medical intervention, to ask him to confirm his refusal in writing or to make a refusal report, which becomes an integral part of the Patient’s medical record. We see that, under the treatment contract, the Patient’s obligation is to comply with the recommended treatment, which is limited by his right to self-determination, and it is the doctor’s duty to seek fully informed consent from the patient prior to any medical intervention. Furthermore, the patient’s duty to comply is an integral part of a general obligation of the doctor, which is to remove or mitigate pain through adequate medical treatment. Once consenting to recommended medical treatment, the Patient accepts to actively participate in the protection, preservation and improvement of one’s health; to fully and truthfully inform the Doctor about his state of health; and to comply with instructions and measures prescribed by the Doctor (Sjenčić, 2015, 46-48). Otherwise, in case of harm to his health resulting from the treatment, the Patient will share responsibility with the Doctor (TCA RS, art. 192; TCA Republic of Serbia, art. 192; TCA MN, art. 199; TCA RC, art. 1092), for not complying, or even be refused the right to claim damages. In addition, the Patient’s acting must not harm the rights of other patients, or medical workers. If the Patient is not cooperative, the Doctor may cancel the treatment contract and recommend another Doctor (PRA Republic of Serbia, art. 36).

It is important to distinguish between the Doctor’s duty to inform for the sake of the Patient’s self-determination and the Doctor’s duty to inform for the sake of the Patient’s safety (therapeutic patient informing), meaning the Patient must receive information and explanation related to his disease. Information for the sake of the patient’s safety is the integral part of the treatment (does not require his right to be informed) which again is an integral part of the treatment contract which contains main and direct terms and conditions of the contract. Information, as a rule, precedes consent and lack of information, for any therapeutic reason, can be legally interpreted as acting *contra legem artis*. Under normal circumstances, the Patient must not be rushed toward unreasonable deciding about his health. However, this freedom of choice is limited in cases of emergency when instant decision must be made, but the bare informative minimum still prevails. As a rule, the Patient cannot waive his right to be informed, which in certain occasions can be a vital document in a lawsuit, and consecutive medical legal expertise. Although the legislator does not explicitly oblige the Doctor to provide certain information, but only to make the Patient aware of possible consequences of refusing the intervention, still, according to the case law, it is ethically and legally justified to provide the Patient with sufficient information so that he could make the right decision concerning his health (Radišić, 1998, 30-31). Thus, the duty to inform can be waived in several situations: when the risks are commonly known; when the patient has waived the right to information; when there is a medical counter indication, meaning the Patient is too sensitive and would not be able to cope with the information, which is against the ethical principle of always telling the truth to the Patient; when it is not possible to convey the information to the Patient, due to his condition (unconscious, legally incapacitated); and when urgent intervention prevents the Doctor from fulfilling his duty to inform (PRA Republic of Serbia, art. 11; PRA MN, art. 12; HPA RS, art. 41; PPA C, art. 18).



## 2.2. Tortious liability in cases of breach of duty to inform/right to consent

There are no precise statistical data about malpractice in healthcare, caused by lack of informed consent in the studied regions, but frequent sensational headlines in the local media speak in favour of the fact that doctors do not always act in compliance with the rules of their profession and the highest standards of care. In addition, for the past several decades, the question of medical malpractice/negligence has been intriguing a growing number of writers and literary scholars worldwide. Hence, Camille Laurens' autobiographical narrative, *Phillippe*, boldly breaks the cultural silence about pregnancy loss due to failings in treatment by medical professionals (Laurens, 1995). It is evident that the number of litigations against doctors is on the rise. Patients generally trust medical professionals and in case of unsuccessful treatment, they rather ascribe it to bad fortune than to irresponsible acting of a healthcare provider (Simić, 2018, 84). In addition, lack of medical knowledge on the side of the Patient, solidarity and protectionism among medical professionals, refrain the Patient from seeking justice before the court. As a rule, the Patient's decision supersedes the medical reasons for treatment. In studied regions the principle of the autonomy of will of the Patient is incorporated into the healthcare legislative framework.

The Doctor's duty to provide sufficient/precise/accurate information to the Patient is a precondition for a good and fair Doctor - Patient cooperation, but at the same time the most complicated of practical issues. In the studied regions, any medical intervention performed on the Patient without his express informed consent is considered illegal, and in case of damage suffered by the Patient as a result of unconsented treatment the burden of proof is on the Patient. Legal responsibility of the Doctor is subjective in nature, and is based on fault. The court is to establish whether the Doctor has acted in compliance with the rules of medical profession and the reasonable professional standard in terms of the duty to inform.

The question of the scope of informing the Patient has been differently interpreted by doctors and lawyers. However, both sides agree that the Patient should be spared a detailed and too medical presentation of the risks in the recommended treatment. It is sufficient to provide a "general picture of a concrete risk", since excessive information can lead to disinformation (Radišić, 1998, p. 34). In the studied regions, the scope of informing is subject to the well being of the Patient. It means that the Patient realises his right to self-determination in relation to his body through consent or refusal of the proposed medical intervention. If there is a real risk to well being of the patient, he must be informed, otherwise his right to self-determination would be undermined. Generally known risks as well as those whose likelihood of occurring is insignificant should not be conveyed to the Patient. The scope of informing about the risks rises with the decline of urgency of intervention. The legislator imposes the measure of informing on the Doctor in correlation to the possible consequences of the Patient refusing medical intervention. All other information related to the right of the Patient to self-determination is left to the discretion of the Doctor. Accordingly, the Patient consciously takes over the risk of refusing the treatment (the doctor will have to explain what may happen if the patient does not accept the proposed treatment), while the risk of accepting the treatment he takes unconsciously (the doctor is not obliged to tell the patient what may go wrong during the treatment. The risk can be valid, such as possible complications, permanent and temporary tortuous consequences, unsuccessful treatment, and invalid such as negligent acting, medical error. Legally speaking, there must be a distinction between risks that could be avoided due to the

Doctor's skill and duty of care (real risk) and unwanted risks that the Doctor cannot handle (fatal risk)(Ceković-Vuletić, Djurdjević, Kandić-Popović, Kecman, Klajn-Tatić, Krulj, Muhović-Zornić, Radišić, 1998, 28). The Doctor's discretionary right entails his deciding about the treatment that produces the least risk for the Patient's life and health, or the one which produces the best results.

Duty to inform also compels the Patient. Hence, the Patient must inform the Doctor about his state of health, and follow the instructions in treatment. Otherwise, he may be subject to shared liability for caused harm to his health. National judicature of the studied regions, as a rule, considers the Patient's duties through factual estimation of the Patient's contribution to caused damage and the extent of damage (Sjeničić, 2015, 46-48). The court, *ex officio*, evaluates the contribution of the Patient to damage (TCA RS, art. 192; TCA Republic of Serbia, art. 192; TCA MN, art. 199; TCA RC, art. 1092).

Accordingly, the Patient has a right to damages in case of medical error, negligent commission or omission, with (out) the informed consent. This means that the Patient's consent does not have an absolute value and does not relieve the Doctor from liability. It is the general opinion of national judicature of the studied regions that the healthcare institution/provider is, without exception, liable for the harmful consequences to the Patient's health, if they did not obtain the Patient's informed consent.

Thus, the Basic Court in Prijedor (court decision no. 77 0 P 107133 20 P of 27.05.2022) held that the Health Care Institution shared liability with a physician for damage caused to the patient through unprofessional treatment manifested in failure to provide full information about the results of a surgical intervention carried out on the patient. Namely, the patient was diagnosed with appendicitis and appendectomy was recommended, to which the patient consented. However, during the course of surgical intervention the physician by accident removed the patient's right ovarium without a justified medical reason and without the patient's consent. The physician postoperatively informed the patient about the necessary removal of the right ovarium due to its alleged tumorous status, without recording this fact in the patient's medical record. Having acted contrary to the rules of medical profession and ethics, the physician caused deterioration of health of the patient by decreasing her life activities. According to article 154 of CTA RS, "whoever causes damage, harm or loss to another must compensate it, unless he can prove that the damage was caused without his fault". It was established that by acting contrary to rules of medical profession the first defendant (physician) caused damage to the plaintiff, and must compensate it in solidarity with the second defendant (HCI) who was found responsible under art. 170 TCA RS, which states that "the entity shall be held responsible for damage caused to another by its worker during work or in relation to work".

The Doctor's liability is subjective in nature and based on fault in the performance of a professional duty, *contra legem artis*. In addition, the reasonable person standard is upgraded into the reasonable professional standard, since the nature of healthcare service that the Doctor is offering, expects him to show a higher degree of care and utmost responsibility and conscientiousness in rendering medical service. The Doctor is expected to exercise reasonable skill and care in the execution of professional services. It is not expected that the Doctor acts at all times with perfection and precision, but he must exercise whatever degree of skill and care is reasonably expected of any competent medical professional. If there is a breach of duty of care (or an allegation of a breach), such as omission to obtain informed consent, the Doctor may be held legally liable for the consequences of that breach. This legal liability primarily arises from a breach of contract (contractual

liability) or a breach of duty of care through negligence (tortious liability). The Patient must first prove that he was owed a duty of care by the Doctor; then, that the duty was breached and, as a result, the Patient suffered material and/or immaterial damage. According to the general opinion of Montenegrin judiciary, omission to obtain informed consent exposes the Doctor to the risk of tort action. Thus, the Supreme court of Montenegro, in case of medical error (decision no. 791/2020) confirmed the lower instance court decision that the defendant (the Doctor) was liable for material and immaterial damage caused to the plaintiff (the Patient) due to medical error, negligent and irresponsible treatment of the Patient. Namely, the Patient underwent a Cesarean section, but postoperatively, suffered from inflammation of the stomach wall, and as a result the uterus and left ovary had to be removed. The Patient suffered excessive pain and disfigurement, which led to reduction of the quality of her life. Since it was established that the defendant acted in gross negligence, *contra legem artis*, the plaintiff was rightfully entitled to material and immaterial damages.

The right to damages cannot be limited or excluded because of the fact that the Patient has given his informed consent (HPA RS, art. 51; PRA Republic of Serbia, art. 31; PRA MN, art. 34; PRA C, art. 29). The Supreme court in Serbia, in case of medical error (Rev. 2714/92 of 8.4.1993 and Rev. 1821/05 of 19.5.2005) held that the defendant (HCI) failed to provide the plaintiff (the Patient) with full information as to the possible complications and negative results of medical intervention, that could have influenced the patient's final decision about agreeing to medical intervention. Lower instance courts have argued that by consenting to proposed operation, due to esthetic reasons, the patient automatically consented to the risk of the occurrence of a rare complication, which she eventually suffered. The Supreme Court of Serbia argued in its decision on cancelling the lower instance court decisions that healthcare providers next to performing duties based on rules of medical science also have a duty to fully inform patients about the nature and consequences of proposed medical intervention for their personal safety and self-determination in relation to their own body. Such information includes indicating to possible failure of the intervention even if performed accordingly, which may influence the patient's final consent or refusal to concede to intervention (informed consent/refusal).

The autonomy of will does not only imply the consent of a mentally capable patient, but also his refusal of a recommended medical intervention, even if it is beneficial to his health. Thus, the Supreme court of Croatia (decision no. Gž. 1554/74 of 19.3.1975) held that "it is unacceptable and against the principle of inviolability of bodily integrity to perform a surgery on the patient against his will, even if it would be beneficial to the Patient, unless there are special reasons that justify such an act, such as life threat or the Patient's condition that prevents him from consenting. Henceforth, a surgical intervention performed contrary to the aforesaid, is the basis for claim for damages".

### **3. THE ETHICALITY OF INFORMED CONSENT IN MONTENEGRO, REPUBLIC OF SRSPKA, SERBIA, AND CROATIA**

Modern Doctor-Patient relationship has evolved into a partnership of equals, wherein the autonomies of will of the other are intertwined. The Doctor is autonomous in his work, and bears personal liability toward the Patient (CMED MN, art. 1 (2); CMED Republic of Serbia, art. 13;

CMED C, art. 9(14); CMED RS, art. 9(9)). Likewise, the Patient is guarded with the right to self-determination and the autonomy of will in decision making. Mutual trust between these partners is conditioned by the quality of professional service invested into the relationship. In the studied regions, the Doctor is guided by the principles of professional ethics, which stem from ratified international declarations, charters and conventions<sup>5</sup>, national legislation and autonomous acts of medical chambers (by-laws and ethical rules<sup>6</sup>). The Doctor must respect ethical rules of profession, especially the principle of integrity/moral excellence, to be ready to tell the truth to the Patient, who, again, deserves to hear the truth in order to make the right decision in relation to his health (CMED MN, art. 12; CMED Republic of Serbia, art. 49; CMED C, art. 2(10); CMED RS, art. 2(9)). In clinical practice, the Doctor often hides the truth from the Patient, which is justified in exceptional circumstances when the Doctor estimates that the Patient will not be able to accept the truth (CMED RS, art. 2 (9); CMED C, art. 2 (10); CMED S, art. 53 – affirmative provision, no exceptions envisaged; CMED MN, art. 16 – affirmative provision, no exceptions envisaged).

Another important ethical request imposed on the Doctor is the Patient's right to self-determination. This means that the Patient's will is the law to the Doctor, even when it may sound unreasonable from a medical point of view, as long as it is the expression of the autonomy of the Patient's personhood (CMED RS, art. 2(3); CMED C, art. 2 (4); CMED Republic of Serbia, art. 49 (3); CEMD MN, art. 9). The Patient has a right to refuse a treatment even if such a decision can be life-threatening, since no one can force another to do something against his will (*Nemo ad factum praecise cogi potest*). By consenting to a recommended medical intervention, the Patient does not accept the risks and their manifestation, but he waives the right to criminal prosecution and claim for damages in case of manifestation of risks. Henceforth, doctors must be well instructed and trained on the protocols as to diagnostics, treatment and rehabilitation of patients to avoid claim for damages due to irresponsible and negligent treatment and acting *contra legem artis*. They must fully inform the Patient about his rights and duties arising from the Doctor - Patient relationship.

In order to protect the Patient's primary rights, a HCI can establish an Ethical Board, which has to act under guidance of the principles of medical ethics (CMED MN, art. 3; CMED S, art. 3; CMED C, art. 10(3); CMED RS, art. 10 (3) – Medical Chamber of RS has established three ethical bodies: Supervisory Board, Court of Honour and Ethical Committee)). In cases of medical malpractice, including a breach of the Patient's right to be informed/consent, one of the key activities of the Ethical Board is to promote the distinction between irresponsible and unprofessional acting of the Doctor, on the one side, and manifestation of fatal risk in treatment, on the other (CMED MN, art. 15; CMED S, art. 52). If the Ethical Board establishes that the Doctor was acting *contra legem artis* and rules of ethics and is suspected of medical negligence/error, it will initiate the procedure of temporary or permanent licence seizure against the Doctor. However, in the studied regions there are no verified statistical data on the number of seized licences or a register of

5 The Lisbon Declaration on the rights of patients of the WPA (1981) with amendment of 1995, editorial revision of 2005, reaffirmation of 2015; European Charter of Patients' Rights, basic document, Rome, November 2002;

6 The Code of Medical Ethics and Deontology of Medical Chamber of Montenegro, *Bulletin of Medical Chamber of Montenegro*, 20/2019, [https://ljekarskakomora.me/dokument/bilten\\_br.20.pdf](https://ljekarskakomora.me/dokument/bilten_br.20.pdf); The Code of Medical Ethics of Medical Chamber of Serbia, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 104/2016; The Code of Medical Ethics and Deontology and its Amendments, "Official Gazette of Republic of Croatia", no. 55/08 and 139/15; The Code of Medical Ethics and Deontology of Medical Chamber of Republic of Srpska, 7/3 of June 2003;

medical errors. Such mystification of medical (mal) practice is an additional encouragement to citizens not to trust medical professionals.

Although informed consent is intended to protect the autonomy of will of the Patient and his right to self-determination, its rationality still can seriously be doubted. Namely, one of the weaknesses of informed consent is manifested in the state of health of the Patient at the moment of consenting. How rational can any decision be if made in the state of pain, discomfort, or suffering? Another weakness is the Doctor's relation toward the Patient. Namely, friendly or hostile approach or restricted communication cast a serious doubt in the authenticity of the informed consent. In clinical practice, it has often been recorded that the Patient is simply given an ICF to sign without previous counseling with the Doctor (*unofficial statements of patients*). Furthermore, the Patient is never given a copy of the signed ICF, although he has a right to access his medical file at any time (*unofficial statements of patients*). Such practice brings about the question of transparency and moral excellence of medical service.

#### **4. INFORMED CONSENT IN CLINICAL PRACTICE OF MONTENEGRO, REPUBLIC OF SRPSKA, SERBIA, AND CROATIA**

From the clinical perspective, Informed Consent is an introduction to a better co-operation between the Doctor and the Patient, to joint decision making, leading to more efficient diagnostics and treatment. Thus, there is less potential risk of civil litigations due to irresponsible and negligent commission/omission of the Doctor. The main objective of Informed Consent is to confirm the autonomy of will of the Patient, to promote his right to self-determination and to ensure the respect of the Patient as a human being (Schwartz, 2002, 518 - 519). The concept of Informed Consent, which is today generally understood as Informed Choice, as the Patient's human right (not duty), instigated the essential change of relationship between a Doctor and a Patient (Veatch, 2002, 523 - 524). The Patient's signature on the ICF is a form of a legal act representing participation in the process of making a medical decision about treatment. Henceforth, prior to consenting, the Patient should be fully and fairly informed, orally or in writing, about diagnosis and prognosis of illness, type and purpose of treatment, risks, consequences, outcomes, alternatives in treatment, and prognosis in case of refusal (HCPA RS, art. 41; PRA C, art. 8; PRA S, art. 11; HCPA MN, art. 11).

It is not easy to obtain the Patient's consent, having in mind diversity in the quality of such an act. Namely, the patient can give his consent to proposed medical intervention in an express way (verbally or in writing) or implied (by not objecting to the intervention). Again, the Patient can fully understand the information presented to him, but such information can be incomplete, superficial, false, and unclear, bringing into question the moral validity of the Patient's consent based on such faulty information. Non-responsiveness of the Patient, who was not asked to consent or who was only basically informed, cannot be interpreted as informed consent. Furthermore, such absence of reaction can be the result of a split opinion of the Patient, or his unawareness of an alternative of refusal. In clinical practice, patients often give their consent in writing without receiving any prior information (*unofficial statements of patients*), which is legally acceptable, but ethically questionable.

The purpose of informed consent, as one of the postulates of bioethics, is to introduce to the Patient the information about his diagnosis and treatment in a way he best understands, paying attention to his emotional status and having ready answers to his questions, so that he can make the final decision about his health. It is a process of building trust between the Doctor and the Patient. Hence, medical circumstances under which consent is not necessary should be reduced to a minimum. Various studies<sup>7</sup> also prove that patients still trust their Doctor's judgment, and readily waive their right to decision making. Nevertheless, the Doctor should uphold continuous communication with the Patient as an expression of evolutionary nature of treatment.

In studied regions, a written consent (ICF) is not envisaged as a legal demand, and cannot fully replace the process of consenting, which requires providing the Patient with high quality and clear information about medical intervention through verbal communication. Since every health care institution is authorised to create its own ICF<sup>8</sup>, often such forms lack detailed information about a medical intervention or treatment that the Patient is to consent to. Such deficiency in information makes ICF an insufficient proof of consent. Furthermore, ICF cannot be traceable on HCI site, meaning the patient can review the ICF only when presented with it by the Doctor or other medical worker (which is more often the case). That leaves the Patient insufficient time to carefully consider details in the ICF that are vital for decision making. Often, the Patient is led to consent to procedures without receiving sufficient information (*unofficial statements of patients*).

The right to information compels the Doctor to inform the Patient about his health condition even without his express wish in a manner the Patient will best understand, considering his age, education, and emotional status (HCPA RS, art. 41 (4); PRA C, art. 14/15; PRA MN, art. 12; PRA S, art. 11). Every misunderstanding between the Doctor and the Patient harms the Doctor, including his wrongful presentation of a certain medical intervention as the only option, to which the Patient has given his consent. However, the Patient can waive his right to information, except when such medical service is necessary and carries certain risk, i.e. it would represent a risk not to take a recommended medical treatment (HPA RS, art. 41(6); PRA C, art. 14/15; PRA MN, art. 12; PRA S, art. 11). If case is such, then the Doctor shall enter into medical record that the Patient was provided with the necessary information i.e. he waived his right to such information (HCPA RS, art. 41 (7); PRA C, art. 14/15; PRA MN, art. 12; PRA S, art. 11). Exceptionally, the Doctor shall not inform the Patient about his condition and the course of recommended treatment if he estimates there is a serious risk of worsening the Patient's condition. However, such information shall be provided to the Patient's next-of-kin or legal representative (HCPA RS, art. 41(8); PRA C, art. 14/15; PRA MN, art. 12; PRA S, art. 11). Often, have the patients complained of the way they were being served with the information about diagnosis and prognosis, without any compassion for their emotional and psychological condition (*unofficial statements of patients*). Again, doctors justify such less humane approach with increasing workload and unnecessary paperwork. As

---

7 JAMA study (1997), 1012 women with breast cancer were asked about their wish to be involved in decision making. 22 % of women wanted to select their own cancer treatment; 44 % wanted to make a decision jointly with their physician and 34 % wanted to delegate this responsibility to their physician. L.F. Degner, L.J. Kristjanson, D. Bowman et al. Information Needs and Decisional Preferences in Women With Breast Cancer. *JAMA*. 1997; 277(18):1485–1492. doi:10.1001/jama.1997.03540420081039

8 Croatia is the only studied region that has developed a uniform ICF and has regulated it through the Informed Consent Form Rulebook ("National Papers of RC", no. 10/08), which contains details as to the content and form of ICF, followed by a sample as a supplement to the Rulebook, which goes in favour of the intended standardization of ICF.

one medical study showed, a primary care physician spends nearly 2 hours on electronic health record (EHR) tasks per hour of direct patient care (Arndt, Beasley, Watkinson, Temte, Tuan, Sinsky and Gilchrist, 2017, 419). The Patient has a right to be informed about the results of undertaken medical service, including a deviation from expected results (HCPA RS, art. 41(10); PRA S, art. 11 (2/3); PRA MN, art. 11 (2/3); PRA C, art. 8). Furthermore, the patient has a right to be informed about the results of scientific research and technological innovations related to medical service that was offered (HCPA RS, art. 41(11); PRA C, art. 14/15; PRA MN, art. 12; PRA S, art. 11). It is forbidden to carry out a medical treatment without the patient's express consent (HCPA RS art. 42 (1); PRA S, art. 16; PRA MN, art. 15; PRA C, art. 16). If the Patient is incapacitated, he shall assign in writing a person who shall on his behalf give consent, i.e. who shall be informed about recommended medical service (HCPA RS, art. 42(2); PRA S, art. 18; PRA MN, art. 17; PRA C, art. 17). For invasive diagnostic procedures, surgical interventions and medical interventions over a person who is mentally debilitated, a written consent is necessary of the Patient, his legal guardian or representative. Such written consent becomes a part of the Patient's medical record (HCPA RS, art. 42 (5); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)). However, the Doctor can send the Patient to psychiatric treatment without the Patient's consent if there is a concrete risk to his life and health or to life and health of another.

A written consent can be withdrawn in writing any time prior to the commencement of the medical intervention, which becomes an integral part of the Patient's medical record (HPA RS, art. 42(7); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)). If the Doctor doubts in the best interests of the child's guardian, parent or representative, he shall inform the manager of HCI and Centre for Social Work (HPA RS, art. 42(9); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)). A child of 14 (RS), 15 (Serbia), minor (Croatia), minor (Montenegro), if he can fully understand the meaning of his consent can do so without engaging his parents, if there is a risk of an infectious disease or addiction (HPA RS, art. 42(10); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)). The Patient has a right to refuse a recommended medical service, even if it is lifesaving or health improving. Such practice shows that the autonomy of will is a *supremum lex* for a physician. Respect for the Patient's right to self-determination has largely contributed to the legal, ethical and medical debate about the existence of analogy between the right to life and the right to die by way of withholding treatment or supportive measure based on the will of the Patient (passive euthanasia). However, such refusal must be in writing or in the form of a report, and it becomes an integral part of the patient's medical record (HPA RS, art. 43(1); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)). Although compelled to respect the Patient's will, the Doctor must fully inform the Patient of the consequences of his refusal (HPA RS, art. 43(3); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)). If doubting in the correctness of the refusal of treatment by a parent, legal guardian or representative of the child, not seeing it in the best interest of the Patient, the Doctor can breach the Doctor-Patient privilege and share his suspicions with the HCI manager and Centre for Social Welfare (HPA RS, art. 43(7); PRA S, art. 17; PRA C, art. 19; PRA MN, art. 15(3)).

## 5. CONCLUSION

Modern healthcare system in the studied regions (Montenegro, Serbia, Republic of Srpska, and Croatia) relies on the principle of the autonomy of will of the Patient, materialized through the informed consent form (ICF). Informed consent (IC) can be defined as an ethical and legal doctrine based on the assumption that all interventions (diagnostic, therapeutic, or preventive) in the medical field should only be performed after a patient has been informed about the purpose, nature, consequences, and risks of the intervention and has freely consented to it. The right to withdraw the consent is also an important component of the doctrine. IC is one of the key features of modern medical ethics based on personal autonomy and is closely linked to other important ethical and legal concepts, such as privacy, confidentiality, and bodily integrity.

Obtaining informed consent from the Patient, his guardian or a legal representative prior to any medical intervention is a legal and ethical requirement imposed on the Doctor. Informed consent is valid only if given intelligently, knowingly and voluntarily. The reasonable patient principle has become the standard of care, suggesting that physicians must take the responsibility for initiating dialogues with patients regarding consent issues.

Clinical practice in the studied regions has shown that informed consent has been wrongfully turned into a single event that relies exclusively on a written informational form. It is a continuous process of exchange of vital information between the Doctor and the Patient prior, during and after taken medical intervention for the purpose of improving the Patient's health. Both, written forms and continuous discussions are helpful, as long as the Patient understands the nature of therapy in general, limits to confidentiality, treatment techniques available, and the risks and benefits of potential techniques, including the option of no treatment. It is left to the discretion of the Doctor to decide whether to utilize informed consent in situations when such a procedure may be irrelevant or even harmful to the Patient. There are more positive effects of providing more information to the Patient prior to treatment.

The right to informed consent is embedded in the nature of fiduciary relationship; wherein one party has differential power, and the inherent responsibility to share necessary information with the other.

The studied regions are not uniform in their views of how much information should be disclosed for meaningful informed consent. The "reasonable physician" principle bases disclosure of information on the prevailing practice within the profession. It is left to the discretion of the Doctor to determine what information to disclose. This paternalistic approach, still dominant in the studied regions, is somewhat inconsistent with the objectives of informed consent and the Patient autonomy. The "reasonable person" standard requires the Doctor to disclose to the Patient any primary information that a reasonable person would consider to be significant to his decision making about the recommended medical intervention. This standard focuses on the preferences of the Patient. Here lies the main weakness of the standardization of ICF, which is not tailored to each patient's specific informational needs or desires.

Patient-oriented barriers to informed consent, such as anxiety, language differences, and physical or emotional impairments – can impede the process. Process-centered obstacles, including readability of consent forms, timing of the consent discussion, and amount of time devoted to the process, also may reflect disrespect for the autonomy of the Patient.



The autonomy of will does not only imply the consent of the Patient, but also his refusal of the recommended medical intervention, even if it is beneficial to his health. By consenting to a medical intervention, the Patient does not only accept the risks and their manifestations, but he waives the right to criminal prosecution and claim for damages in case of manifestation of risks.

Informed consent has significantly improved the position of the Patient in Doctor-Patient relationship in the studied regions, providing him with the autonomy of decision making. However, it has, at the same time, limited his right of choice.

## LITERATURE

1. Arndt, B., Beasley, J.W., Watkinson, M.D., Temte, J.L., Tuan, W.J., Sinsky, C.A., Gilchrist, V.J. (2017). Tethered to the EHR: Primary Care Physician Workload Assessment Using EHR event Log Data and Time-Motion Observations. *The Annals of Family Medicine*. 15(5), 419-426; DOI: <https://doi.org/10.1370/afm.2121>
2. *The Code of Medical Ethics and Deontology and its Amendments*, "Official Gazette of Republic of Croatia", no. 55/08 and 139/15;
3. *The Code of Medical Ethics of Medical Chamber of Serbia*, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 104/2016;
4. *Constitution of Republic of Croatia*, "National Papers of RC", no. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 5/2014;
5. *Constitution of Montenegro*, "Official Gazette of Montenegro", no. 1/2007 and 38/13 – Amendments I to XVI;
6. *Constitution of Republic of Serbia*, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 98/2006 and 115/2021;
7. *Constitution of Republic of Srpska*, "Official Gazette of RS", no. 21/92 – purified text, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05;
8. World Medical Association (1981, 1995, 2005, 2015). *Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient*. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/> [vast visited on 14.11.2023];
9. Degner, L.F., Kristjanson, L.J., Bowman, D., et al. (1997) Information Needs and Decisional Preferences in Women With Breast Cancer. *JAMA*. 277(18):1485–1492. doi:10.1001/jama.1997.03540420081039
10. Active Citizenship Network group (November 2002). *European Charter of Patients' Rights*, basic document, Rome; [https://ec.europa.eu/health/ph\\_overview/co\\_operation/mobility/docs/health\\_services\\_co108\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf) [last visited on 14.11.2023];
11. *Healthcare Protection Act of Montenegro*, "Official Gazette of Montenegro", nos. 3/2016, 39/2016, 2/2017, 44/2018, 24/2019 – new Act, 82/2020 and 8/2021;
12. *Healthcare Protection Act of Republic of Serbia*, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 107/05, 72/09 – new Act, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12 and 45/13 – new Act;
13. *Healthcare Protection Act of Republic of Srpska*, "Official Gazette of Republic of Srpska", no. 57/22;

14. Hippocrates (400 B.C.). The Hippocratic Corpus: *Epidemics*, trans. Francis Adams, e-book I, sect. II; <https://classics.mit.edu/Hippocrates/epidemics.1.i.html> [last visited on 14.11.2023];
15. Ilić, Ivan (1976). *Medicinska Nemezis*. Beograd: "Vuk Karadžić";
16. *Informed Consent Form Rulebook*, "National Papers of Republic of Croatia", no. 10/08;
17. Karačić, Vidak, Marušić (2021). Reporting violations of European Charter of Patients' Rights: analysis of patient complaints in Croatia, *BMC Medical Ethics*, 22:148, 1-10;
18. Laurens, Camille (1995). *Phillippe*. Paris: Folio;
19. Medical Chamber of Montenegro (2019). The Code of Medical Ethics and Deontology. *Bulletin of Medical Chamber of Montenegro*, 20/2019, [https://ljekarskakomora.me/dokument/bilten\\_br.20.pdf](https://ljekarskakomora.me/dokument/bilten_br.20.pdf) ; [vast visited on 22.11.2023];
20. Mujović-Zornić, Hajrija (2009). "Ugovor pacijenta sa lekarom" u Marta Sjeničić, *Krivica pacijenta kao oštećenog u građanskom pravu*, doktorska disertacija, Beograd;
21. Radišić, Jakov (2004). *Medicinsko pravo*. Beograd: Nomos;
22. *Patients' Rights Act of Montenegro*, "Official Gazette of Montenegro", no. 40/2010 and 40/2011 – new Act;
23. *Patients' Rights Act of Republic of Serbia*, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 45/2013 and 25/2019- new Act;
24. Radišić, Jakov, Mujović-Zornić, Hajrija, (2004), *Pomoć pacijentima u ostvarivanju njihovih prava: Zapadna Evropa kao uzor Srbiji*. Beograd: Jugoslovensko udruženje za medicinsko pravo;
25. *Torts and Contract Act*, "Official Gazette of SFRY", no. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – decision of CCY and 57/1989 and "Official Gazette of Republic of Srpska", no. 17/1993, 3/1996, 37/2001 – new Act, 39/2003 and 74/2004;
26. *Torts and Contract Act*, "Official Gazette of Montenegro", no. 47/2008, 4/2011- new Act, and 22/2017;
27. *Torts and Contract Act*, "Official Gazette of SFRY", no. 29/78, 39/85, 45/89 – decision of CCY and 57/89, "Official Gazette of SRY", no. 31/93, "Official Gazette of SMN", no. 1/2003 – Constitutional Charter, and "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 18/2020;
28. *Torts and Contract Act*, "National Gazette of Republic of Croatia", no. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, and 156/22;
29. Simić, Jelena (2018). *Lekarska greška: građanska odgovornost zbog lekarske greške*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu;
30. Sjeničić, Marta (2015). Dužnosti pacijenta u regulativi i sudskoj praksi. *Pravni instruktor*, br. 86/15;
31. S. Ceković-Vuletić, S., Djurdjević, N., Kandić-Popović, Z., Kecman, V., Klajn-Tatić, V., Krulj, L.J., Muhović-Zornić, H., Radišić, J. (1998). *Medicinsko pravo*, Beograd: Univerzitet u Beogradu, Institut Društvenih Nauka, Centar za pravna istraživanja;
32. Schwartz, Robert L. (2002). Autonomy, Futility and the Limits of Medicine, in *Bioethics – an Anthology*, eds. Helga Kuhse & Peter Singer;
33. Veatch, Robert M. (2002). Abandoning Informed Consent, in *Bioethics – An Anthology*, eds. Helga Kuhse & Peter Singer;

## МЕДИЦИНСКИ И ПРАВНИ АСПЕКТИ ИНФОРМИСАНОГ ПРИСТАНАКА У ЦРНОЈ ГОРИ, РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ, СРБИЈИ И ХРВАТСКОЈ

**Снежана Пантовић**

Медицински факултет Универзитета Црне Горе

**Дијана Зрнић**

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

**Апстракт:** Пристанак пацијента је неопходан услов за предузимање било које медицинске интервенције и израз је пацијентовог права на самоопредељење у односу на сопствено тело, које има своје утемељење у уставној гаранцији неповредивости људске личности. У односу на границе пристанка за медицинску интервенцију, неопходан је не само општи, већ и посебан пристанак, односно мора се односити на прецизно дефинисане дијагностичке и терапијске мере које медицински радник намерава да предузме, као и одређене ризике у вези са тим. Мере. С тим у вези, обавеза је медицинског радника да пацијенту или законском заступнику достави сва обавештења која су претпоставка пристанка, а та обавештења треба да садрже све чињенице које су битне за доношење одлуке о пристанку, а које, између осталог, садрже врсту и вероватноћу могућих ризика или последица. У таквим случајевима је важна улога законодавца, који мора прописати јасна правила понашања здравствених установа, судова и медицинских радника који су директно или индиректно укључени у процес добијања информисане сагласности.

У овом раду аутори су узели упоредно истраживање медицинске и правне праксе у Црној Гори, Републици Српској, Србији и Хрватској, како би указали на значај информисаног пристанка при утврђивању одговорности здравствене установе/медицинског радника за лекарску грешку/немар. У закључним напоменама аутори утврђују да слободна воља пацијента превладава над разлозима медицинске природе и да је одлука пацијента неизбежна граница за здравствену установу/здравственог радника. Медицински поступак је незаконит ако се не поштује или не добије воља пацијента. Одговорност медицинског радника је субјективне природе и подразумева повреду дужности, оштећење здравља пацијента проузроковано његовим нестручним, непажљивим или неправилним радом супротним правилима медицинске струке и науке (*contra legem artis*). Опште је мишљење националног правосуђа да је здравствена установа/медицински радник, без изузетка, одговорна за штетне последице по здравље пацијента ако није прибавила његову сагласност за предузимање медицинске интервенције.

**Кључне ријечи:** информисани пристанак, медицинска етика, узрочност, губитак или штета, лекарски немар, злоупотреба, материјални ризик.



# ERGA OMNES ОБАВЕЗЕ И КРИЗА СУВЕРЕНИТЕТА ДРЖАВА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Бојан Милисављевић<sup>1</sup>

Правни факултет, Универзитет у Београду

*Апстракт:* У раду се анализира постојање све већег броја норми са *erga omnes* дејством у међународном праву које утичу на сужење суверенитета држава. Међународна заједница се креће у правцу изградње универзалног поретка што погађа традиционално схваћену сувереност држава. Аутор пажљиво анализира ефекат нормирања и константну тежњу за успостављањем режима преко когентних норми што може погодити у већој мери суверенитет мањих држава. У том смислу критички се обрађује скорашњи рад Комисије за међународно право и дају конкретни предлози *de lege ferenda*. Аутор се у раду залаже за проналажење праведног решења и равнотеже између оправдане потребе за установљењем универзалног система општих норми и интереса појединачних држава који је иманентно обележје међународног права и које је представљено кроз суверенитет држава.

*Кључне речи:* *erga omnes* норме, *ius cogens* норме, суверенитет држава, Међународни суд правде, Комисија за међународно право

## 1. УВОДНА ИЗЛАГАЊА

Међународно јавно право је у сталној експанзији, а правне норме се стварају готово свакодневно. У једном таквом амбијенту потребно је одржати конзистентност правног поретка. У новије време долази до низа изазова који прете да наруше постојање компактног правног режима на универзалном плану, а одговори на такве процесе траже се у оквирима постојећих институција. Са једне стране организација Уједињених нација, која са читавим својим системом органа, а нарочито Међународним судом правде и Комисијом за међународно право, покушава да се прилагоди новим ситуацијама и изазовима. Са друге стране долази до очигледне експанзије регионалних режима који успевају да на један компактнији начин функционишу и који стварају правне системе којих нема изван одређених региона. Најбољи пример за то је европски континент и систем Европске уније, који заједно са Саветом Европе, подиже деловање регионалног међународног поретка на један виши и напреднији ниво него што је то случај са универзалним међународним правом. Сада долазимо до тачке где

<sup>1</sup> Редовни професор, Правни факултет, Булевар краља Александра 67, Београд, телефон: 011/3027708, email: bojan@ius.bg.ac.rs.

се круг развоја међународног права можда и затвара. Само међународно право свој живот је започело на европском тлу, да би сада, након неколико векова развоја и примене дошли у ситуацију да се на овом подручју ствара ново, регионално и модерно међународно право. Одговори универзалне заједнице били су различити. Да би се колико толико очувало опште дејство међународних норми прво се прибегло детектовању проблема, а то је обрада питања фрагментације у оквиру Комисије за међународно право.<sup>2</sup> Том приликом је констатовано да постоје различити примери институционалне и материјалне фрагментације који егзистирају у оквиру опште међународне заједнице. Иако је овај рад био пре готово двадесет година, основне премисе су и даље актуелне. Након тога Комисија за међународно право је, како би учврстила универзални поредак, приступила са радом на фундаменталним питањима – детектовању општег обичајног права и установљењу когентних норми. И како су оба питања у основи слична јер су проистекла из општег обичајног права, то нам показује да смо дошли до краја једне велике ере у развоју међународног права. И на самом почетку развоја међународног права општи обичаји били су права правила од суштинске важности, а сада се они поново намећу као основно обележје општег међународног права, али у једном потпуно другачијем амбијенту. Данас је сврха општих правима међународног права да одржи везивно ткиво међународног права у једном јединственом систему како не би дошло до потпуног одвајања, или аутономије, регионалних система попут европског система правних правила.<sup>3</sup> Овакав поступак је изнуђен, а у суштини представља пример легислативне политике. То је у ствари одговор универзалне међународне заједнице на незауствалјиву фрагментацију међународног права. На овај начин тежи се успостављању правне сигурности која је увек недостајала на универзалном плану у погледу обичајних правила и когентних норми, али овај генерално гледано позитиван процес има и неке негативне ефекте. Један од њих огледа се у сужавању суверенитета држава и против њихове изричите воље, што се коси са основним постулатом међународног права о вољном настајању норми. Овај рад тежи да понуди неке одговоре на дилеме које су испред поменуте и да покуша да предвиди правце будућег развоја општег међународног права.

## 2. ERGA OMNES НОРМЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Идеја општег међународног права логично се наметнула како је примена правила доспела на глобални ниво. Деловање општих норми значило је да државе имају права која су једнака за све, али у исто време да имају и обавезе које су усмерене на све друге државе и обавезе које постоје према читавој међународној заједници истовремено. Као основни

---

<sup>2</sup> Martti Koskenniemi, „Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law“, Извештај Комисије за међународно право - UN Doc. A/CN.4/L.682, 2006; Tomer Broude, „Keep Calm And Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law“, *Temple International and Comparative Law Journal*, 2, 27 (2013): 280-281; Anthony J. Colangelo, „A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization“, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49:1 (2016): 1-61.

<sup>3</sup> Alexander Somek, „From the Rule of Law to the Constitutionalist Makeover: Changing European Conceptions of Public International Law“, *Constellations*, 4, 18 (2011): 567-88.

резервоар општеобавезујућих норми намећу се обичајна правна правила. Тако је Комисија за међународно право констатовала да општеобавезне норме постоје првенствено као правила обичајног права који су њихова манифестација.<sup>4</sup>

Тако је у Нацрту правила о одговорности држава предвиђено да држава одговара за повреду обавеза према међународној заједници као целини.<sup>5</sup> Овакви видови одговорности јављају се на пример поводом спречавања и кажњавања злочина геноцида, сузбијања пиратерије, трговине робљем, тортуре. Као логична последица оваквих одредаба у међународном праву развила се посебна врста надлежности – универзална надлежност. На основу ње свака држава има право, али и обавезу, да се ангажује у правцу спречавања оваквих дела без обзира где су она извршена и ко је извршилац. На овај начин постиже се ефикаснија примена правила међународног права која је одувек била проблематична у овој области. Доктрина је, са друге стране, разликовала норме које делују између две државе у смислу реципрочних права и обавеза и норме које делују према свим државама - *erga omnes* норме.<sup>6</sup>

Међународни суд правде негује идеју о *erga omnes* нормама у својој пракси. Тако он у случају *Barcelona Case* закључује: „...постоји кључна разлика између обавеза држава према међународној заједници као целини, и међусобних обавеза држава...Према својој природи ове прве односе се на све државе. У погледу заштићених права, свака држава има правни интерес да их штити, јер су то обавезе *erga omnes*.“<sup>7</sup> Природно је да овакве норме имају знатно виши степен важности по међународно право насупрот партикуларних норми везаних за ограничени круг држава. У погледу правног основа обавезности може се рећи да је код таквих норми воља појединачне државе од секундарног значаја. Због тога се може поставити питање: На основу чега знамо да су неке норме таквог правног ефекта? Као један од првих одговора који се намеће јесте обим распрострањености примене такве норме. *Erga omnes* норме би морале да имају неспорну примену на подручју читаве међународне заједнице. Када то имамо у виду можемо да констатујемо да се често злоупотребљава закључак Међународног суда правде у случају о Источном Тимору када је он констатовао да је право на самоопредељење норма општег међународног права.<sup>8</sup> Овде се мора поћи од простог тумачења и констатовати да је Међународни суд правде решавао један конкретан случај из процеса деколонизације. Када Суд у таквим случајевима изводи опште закључке, а то не наведе, логично је да подразумевамо да се то односи на специфичне случајеве деколонизације, а не и на све друге случајеве у погледу суверених држава. Олако би било сматрати да би то била општа императивна норма и у случајевима када уопште није било колонијалног поретка. То би унело велику нестабилност у општи поредак међународног права. Због тога је

4 Извештај Комисије за међународно право Уједињених нација, седамдесет прва сесија, А/74/10, 2019, 159, пара 4.

5 Нацрт правила Комисије за међународно право УН о одговорности држава за противправне скривљене радње, са коментарима, ILCYB 2001, Vol. II, Part Two, 126, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), приступљено 12.12.2023.

6 Видети: Eric A. Posner, „Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law“, *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 419 (2D SERIES), Public Law and Legal Theory Working Paper No. 224*, (2008): 1-29 [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=law_and_economics), приступљено 12.12.2023.

7 ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, 5. фебруар 1970, p. 33, para. 33.

8 Међународни суд правде: *East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995, 30. јун 1995, p. 102, para. 29.

погрешан и резон Комисије за међународно право када испитује стање постојећих когентних норми и право на самоопредељење сврстава у такво правило.<sup>9</sup> Нарочито се у овом погледу ситуација компликује када се има у виду постојеће стање у међународној заједници у случају Крима, или у данашње време у случају Украјине и Косова и Метохије. Чим постоје разилажења држава у толикој мери код признања или непризнања територијалних промена и самог права на самоопредељење не може се тврдити да се ради о норми која је општеприхваћена. У овим случајевима постоје очигледна супротстављања држава, а не само пуко нечињење.

Поред овога, постоје и очигледне разлике између *erga omnes* норми и *ius cogens* норми. Иако и једне и друге имају општи домашај, основна разлика је у томе што когентне норме поседују императивност за разлику од *erga omnes* норми које су једнаке свим другим нормама међународног права.<sup>10</sup> *Erga omnes* норме једино разликује општа распрострањеност. Оно што је слично за обе врсте норми јесте одређени степен апстракције у погледу сагласности сваке појединачне државе. Није неопходно да се утврђује изричито прихват сваке појединачне државе већ се на основу опште примене неке правне норме извучи закључак да су све државе обавезане њеним правним дејством. Може се рећи да *erga omnes* норме могу имати чак и диспозитивно правно дејство. Особина која је такође заједничка јесте да је порекло обе врсте норми управо у обичајном праву, па због тога истраживање оваквих норми није могуће обављати без указивања на обичајна правна правила. Када се утврђује веза између когентних норми и *erga omnes* обавеза држава интересантан је следећи закључак: Стога се може рећи да обавезе *erga omnes* хоризонтално проширују обим држава које имају правне интересе у поштовању такве обавезе, док концепт *ius cogens* вертикално уводи нормативну хијерархију у међународни правни систем.<sup>11</sup> Аутор Крафорд закључује да Комисија за међународно право сматра да режими попут општег добра човечанства и заједничког наслеђа могу производити обавезе *erga omnes* иако немају перемпторни статус.<sup>12</sup> Однос когентних норми и *erga omnes* правила се може описати тако да је реч о концентричним круговима где се они делимично преклапају али да је круг *erga omnes* норми већи.<sup>13</sup>

Међународни суд правде подржава концепцију *erga omnes* правила и обавеза које одатле произлазе. Тако је дајући саветодавно мишљење закључио да је подизање зида на окупираној Палестинској територији нелегално и да ствара обавезу *erga omnes* на непризнање такве ситуације.<sup>14</sup> Овде је Међународни суд правде тумачио један веома специфичан случај који у редовним околностима не постоји када државе врше суверену власт на својој територији, тако да се може закључити да понекад постоји обавеза на непризнање као у овом

9 Видети: Четврти извештај о перемпторним нормама (*jus cogens*), Dire Tiladi, Специјални извештај Комисије за међународно право, седамдесет прва сесија.

10 Више о томе видети: Christian Tomuschat, „Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations“, у *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, уред. Christian Tomuschat и Jean-Marc Thouvenin (Лајден: Martinus Nijhoff Publishers, 2006).

11 Yoshifumi Tanaka, „The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law“, *Netherlands International Law Review*, 68 (2021): 9.

12 James Crawford, „Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, у *From bilateralism to community interest, essays in honour of Judge Bruno Simma*, уред. Ulrich Fastenrath et al. (Oxford: Oxford Academic, 2011), 192.

13 Giorgio Gaja, Други извештај. *Annuaire de l'Institut de droit international* 71–I, 2005b: 192.

14 ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, саветодавно мишљење Међународног суда правде, ICJ Reports 2004, 9. јул 2004, para. 155.



случају. Слична ситуација била је 1932. године у правном смислу када је САД прокламовала Стимсонову доктрину и тражила од других држава да не признају територије које су стечене кршењем међународног права. Овде откривамо једно важно дејство *erga omnes* норми. Обично смо навикли да норме рађају позитивне обавезе, то јест, обавезе на неко чињење. Поводом *erga omnes* норми јавља се ситуација успостављања обавезе на нечињење, то јест уздржавање од чињења. Некада ће бити довољно само просто уздржавање од чињења, док ће понекад, као у претходно наведеним случајевима, бити потребно да се државе уздржавају од чињења, али и да реагују према другим државама тако да их дестимулишу да крше обавезу нечињења. Ово је важно дејство *erga omnes* норми које није заступљено у погледу других правних правила међународног права. Обавеза држава на неприхватање одређених стања преточена је и у Нацрту правила о одговорности држава за противправне акте на следећи начин: Ни једна држава неће признати као закониту ситуацију која је настала озбиљним кршењем међународног права у смислу члана 40. нити ће пружити помоћ или помоћи у одржавању такве ситуације.<sup>15</sup> Због тога се може закључити да је ово правило, иако део нацрта, ипак већ дубоко етаблирано у међународном праву. У истом члану нацрта јасно се ставља до знања да се ради о нормама од опште важности и наводи се да се ради о повреди обавеза према међународној заједници као целини и суштинској заштити фундаменталних вредности. Обзиром да се ради о заштити општих интереса читаве међународне заједнице свака држава је и позвана да предузме одређене противмере у зависности од ситуације како би се такве активности зауставиле и исправила штета до које је дошло.

Међународни суд правде је у Саветодавном поступку о нуклеарном оружју закључио да су норме хуманитарног права *erga omnes* природе и да све државе морају да поштују таква правила. Такође и друга међународна тела у својој пракси препознају норме са општим правним дејством, као што су обавезе држава да чувају животну средину отвореног мора која произлази из Конвенције о праву мора.<sup>16</sup> Понекад у пракси долази до тога да се неке норме које постоје као уговорно право, временом сматрају *erga omnes* нормама јер су достигле степен општеприхваћености. Такав је случај са Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида са једне стране, и са општом забраном геноцида са друге стране. Како је Међународни суд правде заузео став није неопходно да нека држава буде чланица Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида да би била дужна да спречава и кажњава злочин геноцида.

Институт за међународно право је дефинисао *erga omnes* обавезе на следећи начин:

- то су обавезе према општем међународном праву које државе имају у сваком случају према међународној заједници, у смислу заједничких вредности и њиховог уверења за поштовање, тако да у случају кршења све друге државе имају право на деловање или обавезе које произлазе из међународног мултилатералног уговора које држава чланица има у сваком конкретном случају према другим државама чланицама, имајући у виду заједничке вредности и бригу за поштовање, тако да кршење те обавезе омогућава свим државама да предузму мере.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Члан 41 нацрта Комисије за међународно право о одговорности државе пружа увид у ово питање.

<sup>16</sup> Montego Bay, 10. децембар 1982, на снази од 16. новембра 1994, 1833 UNTS 3.

<sup>17</sup> Institut de droit international, Резолуција: Erga Omnes обавезе у међународном праву, сесија у Кракову 2005, [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_01\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf).

Одавде се може видети да опште норме:

- извиру из обичајног и уговорног права,
- да рађају обавезе и права према свим другим државама,
- као и да су све државе овлашћене да предузимају мере у циљу њиховог поштовања.

Поред Међународног суда правде и други судски органи познају режим *erga omnes* обавеза држава. Тако Суд за право мора у једној одлуци констатује: Свака држава потписница такође може имати право да тражи компензацију у светлу *erga omnes* карактера обавеза које се односе на очување животне средине на отвореном мору и у међународној зони.<sup>18</sup> Потреба за оваквом врстом обавеза појављује се када се штити неко опште добро у међународном праву, као што је то у овом случају животна средина. Загађивање животне средине на отвореном мору или међународној зони погађа све две државе, па би се могућност истицања одштетних захтева могла тражити и од стране држава које нису чланице Конвенције о праву мора. Интерес поштовања *erga omnes* норми претеже над крутим обавезама о релативном дејству уговора у конкретном случају. У случају пред *ad hoc* Трибуналом за бившу Југославију у случају Фурунција, суд је констатовао да је обавеза спречавања тортуре *erga omnes* обавеза сваке државе.<sup>19</sup> Овде се долази до закључка да би извор оваквих норми најпре морало бити опште обичајно право, али када говоримо о обавезама онда се ради и о уговорном режиму по основу кога државе могу да имају такву обавезу. Као примери, када је таква могућност присутна по оба основа, могу се навести забрана тортуре или геноцида.<sup>20</sup>

Свој однос према *erga omnes* нормама Међународни суд правде је наставио да негује и у поступку у вези геноцида између Гамбије и Мианмара. Суд закључује следеће: Све стране уговорнице Конвенције о геноциду имају заједнички интерес да спречавају акте геноцида и да их кажњавају, ако до њих и дође, такве обавезе постоје за сваку страну уговорницу према свим државама које су чланице конвенције.<sup>21</sup>

### 3. ERGA OMNES НОРМЕ И УТИЦАЈ НА СУВЕРЕНИТЕТ ДРЖАВА

Већ је напред поменуто да поводом општеобавезујућих норми долази до подразумевања пристанка држава на правила која имају такво дејство. Овде се полази од дедуктивног приступа, да норме које важе на општем плану везују и државе чланице међународне заједнице појединачно без потребе да се докажу њихова изричита сагласност са њима. Код ових норми важи систем претпостављене сагласности. Када говоримо о формалноправном дејству

---

<sup>18</sup> Саветодавно мишљење Међународног трибунала за право мора: Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, ITLOS Case No. 17, ITLOS Reports 2011, 1 фебруар 2011, p. 10, at p. 59, para. 180.

<sup>19</sup> Видети: Tanaka, „The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law“, 6.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Примена Конвенције о Спречавању и кажњавању злочина геноцида (The Gam. v. Myan.), Order, 2020 I.C.J. 1, p. 31

норми ситуација је тако постављена, али у погледу примене правних правила постоје разлике. Једна од таквих разлика јесте последица супер позиције коју имају сталне чланице Савета безбедности јер могу у сваком конкретном случају да отклоне од себе примену императивних норми у деловању овог органа. Тако се и формално крши прво начело Повеље УН о сувереној једнакости држава. Шта је са суверенитетом држава у оваквим околностима? Са једне стране државама је добро да могу да рачунају на постојање и дејство општеобавезних норми јер то поправља њихову позицију у оквиру међународне заједнице и доводе до изједначавања држава међу којима постоји фактичка неједнакост. Ипак са друге стране повећањем броја таквих норми и поготово повећањем броја императивних норми општег међународног права обавезно долази до сужења суверенитета држава. Дакле, са једног аспекта постојање и дејство *erga omnes* норми је добро за државе, а са друге стране то им умањује слободу акције на међународној сцени. Оно што је добро поводом ових норми јесте могућност општег позивања на њих и обавеза уздржавања од одређених радњи. На неки начин ствара се могућност деловања у име целе међународне заједнице, без обзира да ли је повређено појединачно право конкретне државе. Таква ситуација догодила се у случају Хабре између Белгије и Сенегала поводом примене Конвенције о спречавању тортуре и других нехуманих и нечовечних поступања и кажњавања, када је Међународни суд правде закључио да све државе имају право и обавезу да сузбијају такве начине поступања.<sup>22</sup> Другим речима било која држава уговорница није у обавези да доказује да има посебан интерес већ су све позване да делују у циљу спречавања таквих активности.<sup>23</sup> Сужавања суверенитета у овим областима није проблематично јер је у интересу свих држава, али понекад може да дође до злоупотребе у погледу примене правила општих норми које мање државе доводи у неравноправан положај. Тако је на пример замишљено опште дејство надлежности Сталног међународног кривичног суда. Највеће државе чланице међународне заједнице нису прихватиле Римски статут, али одлазе и корак даље тако што спречавају било какво процесуирање њихових држављана било од стране других држава, било од стране Сталног међународног кривичног суда. Поред тога иако је познато да су међународни злочини норми са *erga omnes* дејством, уведена је формална контрола од стране Савета безбедности и могућност заустављања и одлагања поступака пред Сталним међународним кривичним судом. Све то доводи до неједнакости у примени која је штетна по суверенитет држава и супротна општој идеји правичности. На овај начин чини се штетни утицај у примени општих норми па се може поставити питање: Да ли опште норми стварају екстра обавезе без појединачног прихвата само за неке државе, док за друге државе то није случај?

Дуготрајни развој међународног права довео је до ситуације да се поље искључиве надлежности држава сужава. Поједини аутори такву ситуацију поистовећују са сужењем суверенитета. Ипак јасно је да то није идентично. Поље искључиве надлежности држава јесте битно сужено у модерној међународној заједници што због објективних општеважећих норми, а што због појединачне воље саме државе. Дакле држава свесно бира да ограничи своју надлежност деловања. То значи да је она власна, то јест суверена да поступи на један или други начин. Ситуација је другачија код *erga omnes* норми. И овде постоји воља држава

22 Пресуда Међународног суда правде: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012, decision no. 82 para. 68, 20. јул 2012.

23 *Ibidem.*, decision no. 82 para. 69.

која је најчешће потпуно идентична као и сама општеобавезна норма. Једино је спорно место када би нека држава желела да избегне дејство и примену *erga omnes* норме. Обзиром да су то општеобавезне норме оне би требало да важе за све државе, али у зависности од њихове природе чак би се и њихово дејство могло избећи. Дакле, нису све *erga omnes* норме уједно и императивне, већ неке имају и диспозитивно дејство. Због тога се може закључити да појава и примена општеобавезујућих норми не угрожава суверенитет држава како би то могло да се помисли на први поглед.

Постојање општеобавезујућих норми се у данашњем међународном праву узима здраво за готово. Нико не оспорава њихово постојање, а сама идеја међународног права је чврсто заснована на универзално прихваћеним нормама. Са друге стране је њихова примена у пракси која није у потпуности усаглашена и не доводи до очекиваних ефеката како би се то могло очекивати.<sup>24</sup>

Понекад ће реакција државе на повреду неке норме од општег значаја бити у томе да покрене поступак пред Међународним судом правде. Такав је био случај са поступком између Белгије и Конга поводом повреде одредаба Конвенције о спречавању и кажњавању тортуре.<sup>25</sup> Проблем у вези заштите норми од општег интереса налази се у томе што Међународни суд правде нема обавезну надлежност па чињеница да је повређена норма од општег интереса није довољна да суд заснује надлежност, у неком конкретном случају. То је потврђено у случају у вези Источног Тимора: *erga omnes* карактер норме и правило пристанка на надлежност су две различите ствари. Каква год да је природа обавеза на које се позива, Суд не може да одлучује о законитости понашања државе која није странка у предмету. Тамо где је то тако, Суд не може да делује, чак иако је у питању повреда норме од општег интереса.

#### 4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Нема дилеме да је међународно право својим развојем постало опште и да због тога постоји значајан број норми које имају *erga omnes* ефекат. Ипак на основу спроведеног истраживања јасно је да нису ни све такве норме идентичне. Као најзначајнији део норми које имају опште дејство издвајају се когентне норме. Поводом њих у протеклом периоду дошло је до низа активности које су помогле да се оне препознају и уобличе. Свима су јасне последице кршења ових правила, као и могући путеви задовољења других држава. Са друге стране налази се већи број норми које имају опште правно дејство али које немају статус когентних норми. Поводом њих је теже обезбедити неки облик задовољења у случају њиховог кршења. Пошто је у тексту изнето да се због повреде норме која има опште дејство не може покренути поступак пред Међународним судом правде, као једна од могућности остаје подношење захтева за саветодавно мишљење од стране Међународног суда правде. Такав је био случај са Саветодавним поступком у вези одвајања Чагоса од Маурицијуса.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Tanaka, „The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law“, 33.

<sup>25</sup> Пресуда Међународног суда правде: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012, 20. јул 2012.

<sup>26</sup> Саветодавно мишљење Међународног суда правде: Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019, 25. фебруар 2019.

Друга могућност је да се интервенише у поступак који је већ покренут у складу са Статутом Међународног суда правде: Ако нека држава сматра да у неком спору има правни интерес који може бити угрожен пресудом, она може поднети Суду захтев да јој се одобри да се умеша у спор. О овом захтеву одлучује Суд.<sup>27</sup> Обзиром на важност норми које имају општи ефекат питање њиховог санкционисања није на задовољавајућем нивоу. Можда је један од путева који ће уследити њихов прелазак у норме које имају когентни карактер обзиром да са њима деле сличности укључујући и начин настанка. Тако и питање њихове делотворне заштите било обезбеђено. На крају проблем општег дејства ових норми и суверенитета држава није велики као што се могло наслутити. *Erga omnes* норме и настају уз активно учешће држава па то подразумева и њихову суверену вољу која је укључена у њихово настајање. Већи је проблем неједнаке примене правила као што је то показано у случају са селективним приступом приликом примене норми међународног кривичног права или са суперпозицијом коју имају сталне чланице Савета безбедности. Такве појаве заиста кваре слику о нормама са општим дејством које у себи имају потребну дозу природноправне теорије о једнакости држава и постојању општег и вишег права.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Brode, Tomer. "Keep Calm And Carry On: Martti Koskeniemi and the Fragmentation of International Law", *Temple International and Comparative Law Journal* (2013), 2, 27: 279-292.
2. Colangelo, Anthony J. „A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization”, *New York University Journal of International Law and Politics* (2016): 1-61.
3. Crawford, James. „Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, у *From bilateralism to community interest, essays in honour of Judge Bruno Simma*, уред. Ulrich Fastenrath et al, 224-240. Оксфорд: Oxford Academic, 2011.
4. Giorgio Gaja, Други извештај. *Annuaire de l'Institut de droit international* 71–I, 2005b.
5. ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, саветодавно мишљење Међународног суда правде, ICJ Reports 2004, 9. јул 2004.
6. Institut de droit international, Резолуција: Erga Omnes обавезе у међународном праву, сесија у Кракову 2005, [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_01\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf), приступљено 12.12.2023.
7. Koskeniemi, Martti. „Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law“, Извештај Комисије за међународно право - UN Doc. A/CN.4/L.682, (2006).
8. Конвенција УН о праву мора No. 31363, 1982, 1994.
9. Posner, Eric A. „Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law“, *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 419 (2D SERIES)*, Public

<sup>27</sup> Члан 62. Статута Међународног суда правде;

- Law and Legal Theory Working Paper No. 224*, 2008, [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=law_and_economics), приступљено 12.12.2023.
10. Somek, Alexander. „From the Rule of Law to the Constitutionalist Makeover: Changing European Conceptions of Public International Law“, *18 Constellations* (2011), 4, 18: 567-88.
  11. Tanaka, Yoshifumi. „The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law“, *Netherlands International Law Review* (2021), 1, 68: 1-33.
  12. Tomuschat, Christian. „Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations“, у *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, уред. Christian Tomuschat и Jean-Marc Thouvenin, 425–436. Лајден: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
  13. United Nations, Report of the International Law Commission, Seventy-first session A/74/10, 2019.
  14. Нацрт правила Комисије за међународно право УН о одговорности држава за противправне скривљене радње, са коментарима, ILCYB 2001, Vol. II, Part Two, 126, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), приступљено 12.12.2023.
  15. Пресуда Међународног суда правде: East Timor (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995, 30. јун 1995.
  16. Пресуда Међународног суда правде: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, 5. фебруар 1970.
  17. Пресуда Међународног суда правде: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012, decision no. 82 para. 68, 20. јул 2012.
  18. Саветодавно мишљење Међународног суда правде: Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019, 25. фебруар 2019.
  19. Саветодавно мишљење Међународног трибунала за право мора: Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, ITLOS Case No. 17, ITLOS Reports 2011, 1 фебруар 2011.
  20. Статут Међународног суда правде.
  21. Четврти извештај о перемпторним нормама (jus cogens), Dire Tiladi, Специјални извештај Комисије за међународно право, седамдесет прва сесија.

## LITERATURE

1. Broude, Tomer. „Keep Calm And Carry On: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law“, *Temple International and Comparative Law Journal* (2013), 2, 27: 279-292;
2. Colangelo, Anthony J. „A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization“, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49:1 (2016): 1-61;
3. Crawford, James. „Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts“, in *From bilateralism to community interest, essays in honour of Judge Bruno Simma*, ed. Ulrich Fastenrath et al, 224-240. Oxford: Oxford Academic, 2011.

4. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, ILCYB 2001, Vol. II, Part Two, 126, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), accessed December 12, 2023.
5. Fourth report on preemptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tiladi, Special Rapporteur, International Law Commission Seventy-first session.
6. Giorgio Gaja, Second report. *Annuaire de l'Institut de droit international* 71–I, 2005b.
7. Institut de droit international, Resolution: Obligation Erga Omnes in International Law, Krakow Session 2005, [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_01\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf), accessed December 12, 2023.
8. International Court of Justice Advisory opinion, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ reports 2004, 9 July 2004.
9. International Court of Justice Advisory opinion: Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019, 25 February 2019.
10. International Court of Justice judgement: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, 5 February 1970.
11. International Court of Justice judgement: East Timor (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995, 30. june 1995.
12. International Court of Justice judgement: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012, decision no. 82 para. 68, 20 July 2012.
13. International Tribunal for the Law of the Sea Advisory opinion Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, ITLOS Case No. 17, ITLOS Reports 2011, 1 February 2011.
14. Koskenniemi, Martti. „Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Fragmentation and Expansion of International Law“, Report of the Study Group of the International Law Commission - UN Doc. A/CN.4/L.682, (2006).
15. Posner, Eric A. „Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law“, *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 419 (2D SERIES), Public Law and Legal Theory Working Paper No. 224*, (2008): 1-29, [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=law_and_economics), accessed December 12, 2023.
16. Somek, Alexander. „From the Rule of Law to the Constitutionalist Makeover: Changing European Conceptions of Public International Law“, *Constellations*, 4, 18 (2011): 567-88;
17. Statute of the International Court of Justice.
18. Tanaka, Yoshifumi. „The Legal Consequences of Obligations Erga Omnes in International Law“, *Netherlands International Law Review*, 1, 68 (2021): 1-33.
19. Tomuschat, Christian. „Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations“, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, ed. Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin, 425–436. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
20. UN Treaty on the Law of the Sea No. 31363, 1982, 1994.
21. United Nations, Report of the International Law Commission, Seventy-first session A/74/10, 2019.

## ERGA OMNES OBLIGATIONS AND CRISIS OF STATES' SOVEREIGNTY IN INTERNATIONAL LAW

**Bojan Milisavljević**

*University of Belgrade – Faculty of Law*<sup>28</sup>

**Summary:** *The paper analyzes the existence of an increasing number of norms with erga omnes effect in international law that influence the narrowing of the sovereignty of states. The international community is moving in the direction of building a universal order, which affects the traditionally understood sovereignty of states. The author carefully analyzes the effect of norming and the constant striving to establish a regime through cogent norms, which can affect the sovereignty of smaller states to a greater extent. In this sense, the recent work of the International Law Commission is critically reviewed and concrete proposals de lege ferenda are given. In the paper, the author advocates for finding a fair solution and a balance between the justified need to establish a universal system of general norms and the interests of individual states, which is an immanent feature of international law and which is represented through the sovereignty of states.*

**Keywords:** *erga omnes norms, ius cogens norms, state sovereignty, International Court of Justice, International Law Commission*

---

<sup>28</sup> Full Professor, Faculty of Law, Bulevar kralja Aleksandra 67, Belgrade, phone: 011/3027708, email: bojan@ius.bg.ac.rs.



## МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ПОРЕДАК У 21. ВИЈЕКУ: НЕКА ОД ТЕОРИЈСКИХ ПИТАЊА ОДНОСА ДРЖАВЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Матеј Савић<sup>1</sup>

Универзитет у Бањој Луци, Факултет политичких наука

**Апстракт:** У овом раду аутор се бави основним проблемима у вези одређења, правне природе, структуре и функционисања међународноправног поретка са нагласком на актуелно стање у првим деценијама 21. вијека. С друге стране, анализира се свеprisутна спрега између унутрашњег (државног) и међународног права као нормативног дијела међународноправног поретка. Иако је временски оквир овог рада постављен у прве деценије 21. вијека, неопходно је било узети у обзир, како епоху класичног, тако и епоху модерног међународног права. Наиме, још од периода класичног међународног права, па до данас у академским круговима се воде расправе о карактеру, поријеклу, квалитету, недостацима и ограничењима, па чак и постојању, односно непостојању међународноправног поретка. У том контексту правна теорија све вријеме, с једне стране осцилира између идеалних становишта, која исувуше одишу утопијским конструкцијама и реалитера међународног живота, с друге стране успостављајући гледишта према којима међународно право готово да и не постоји. Превасходни циљ овог рада је да се одреде и истакну поједине значајке које су од велике важности за актуелно стање у оквиру међународноправног поретка. На првом мјесту ради се о одређењу основних елемената међународноправног поретка, његовог положаја и односа према државноправном поретку, као и перспективи даљег развоја, те могућностима за превазилажење глобалне кризе у савременим изазовима који су присутни.

**Кључне ријечи:** правни поредак, међународноправни поредак, правни објективизам, међународни волунтаризам, структурализам, унутрашње право, држава, суверенитет, правна сигурност, примјена права.

<sup>1</sup> Ванредни професор, Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци, e-mail: matej.savic@fpn.unibl.

## 1. УВОД

Однос државе и међународног права је фундаментални (оригинарни, генерички, темељни, превасходни) однос<sup>2</sup> који представља осовину међународноправног поретка. Развој међународног права све више је био условљен статусом државе и полазио је од општих државноправних принципа,<sup>3</sup> кретајући се у смјеру успостављања јединственог, на заједничкој основи интегрисаног (Повеља УН) и усклађеног нормативног система.<sup>4</sup> Оно је и настало дјеловањем држава у међусобним односима, при чему се касније развијало, првенствено као производ воље држава, а његове норме су стваране и примјењиване због држава. Међутим, како је ријеч о генеричкој вези два сложена феномена – однос државе и међународног права оптерећен је низом специфичних проблема и практичних контроверзи. У том погледу није једноставан задатак, на свеобухватан начин одредити положај државе у међународном праву, посебно данас. Још је сложеније питање cjеловитог одређења међународноправног поретка у првим деценијама 21. вијека.<sup>5</sup>

У смислу овог рада, основни појмови и њихово дефинисање захтјевају претходно (додатно) одређење, јер је неопходно, поставити ваљане полазне смјернице за расправу. Тако, под појмом међународноправног поретка можемо подразумевати општи правни поредак универзалног карактера, који у ширем смислу обухвата и све државноправне поретке у свијету.<sup>6</sup> Док у ужем смислу овај поредак можемо посматрати засебно у односу на државноправне поретке, односно државе. Од одређења у приступу зависи и крајње исходиште истраживања. Јасно је на први поглед да свеобухватну расправу поводом наведених питања и проблема није могуће спровести у оквиру једног оваквог рада, прије свега због обима и методолошких поставки. С тим у вези, главни циљ овог рада је да прикаже главне теоријске поставке и понуди основу за нешто другачији приступ овој проблематици. Немамо намјеру да се бавимо простим приказом теоријских схватања прављењем компилације научних извора кроз цијели рад. С друге стране не желимо бити ни претенциозни одређивањем неке потпуно нове теорије, јер је главни задатак овог рада да у савремени контекст постави постојећа достигнућа и превасходно успостави непротиврјечну везу између међународноправног

2 Овај однос карактеришемо на овакав начин, јер међусобна условљеност међународног права и државе претходи свему осталом. Да нема државе не би било међународног права, да нема међународног права држава не би била оно што јесте.

3 На првом мјесту се мисли на опште познате принципе суверености, једнакости, независности, добровољности, неприкосновености државе, итд. Негдје у литератури се за овај појам може пронаћи и термин етатизам франц. *etatisme*, односно да се међународно право развило на етатистичким принципима.

4 На овом мјесту смо искористили термин систем, који је ужи од термина поретка, јер се мисли само на систем у оквиру ОУН. Појам поретка би требао обухватити, у нормативном смислу и друге правне изворе, али и оне елементе који нису само формалног карактера. У сваком случају, овакав став о интегрисаности и усклађености се може учинити пренаглашеним и нереалистичним. Шире в. Милан, Шаховић, „Међународно право на крају двадесетог столећа“, Архив за правне и друштвене науке, 1/1991, (1991), 4.

5 Питање одређења међународноправног поретка уопште, али и његовог карактера квалитета, његових основних елемената и функционисања у 21. вијеку је изузетно сложено и вишедимензионално питање. С друге стране проблем односа унутрашњег и међународног права један је од вјечних и свеприсутних проблема с којим се суочава, како међународноправна теорија, тако и пракса.

6 О овоме шире в. Матеј Савић, Дипломатско-конзуларно право и међународноправни поредак, (Бања Лука: ППГД Комсеграфија, 2016.), Матеј Савић, „Међународно право на почетку XXI вијека - теоријски поглед на савремену доктрину, процесе и проблеме међународног правног поретка“, Правна ријеч, 12/44 (2015): 155-183, Борис, Кривокапић, Међународно јавно право (Београд: Институт за упоредно право, 2017)

поретка, државе и међународног права. У том смислу рад ће бити ограничен на двије основне димензије.

Прва димензија у фокус ставља међународноправни положај државе, уз критички осврт на однос унутрашњег и међународног права, прије свега у теоријском смислу. Из тог разлога наслов овог рада садржи формулацију: „однос државе и међународног права“ јер се у први план ставља држава и њен статус у оквиру међународноправног поретка, при чему је неизбежно провести детаљну расправу и о односу унутрашњег и међународног права у теоријским оквирима.

Друга димензија обухвата одређење правне природе и основних елемената међународноправног поретка, који су карактеристични за прве деценије 21. вијека. С тим у вези пажња је прије свега усмјерена на претходно дефинисање међународноправног поретка уопште, уз структурални приступ.

## 2. ОДНОС ДРЖАВЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

На самом почетку потребно је поставити два основна питања. Прво питање гласи: да ли је међународно право заиста право? Друго важно питање гласи: да ли је међународноправни поредак заиста „поредак правног карактера“ или се ради о политичком, или неком другом поретку? Иако ова питања могу на први поглед дјеловати банално она су заиста присутна у доктрини.<sup>7</sup> Истина, њих најчешће актуелизују аутори који нису по својој вокацији правници. Наш утисак је да се у задње три деценије (од посљедњих година 20. вијека) јавља значајна доза скепсе у вези са међународним правом. Овome су свакако допринијеле и друштвене, технолошке, политичке, безбједносне и друге промјене тектонских размјера, а које се смјењују једна за другом већ више од три деценије. У том смислу морамо направити кратки осврт на развојне фазе међународног права. Оно је кроз вишевијековну еволуцију прошло кроз неколико периода, односно фаза.

1. Први период - фаза класичног међународног права завршава крајем 19. и почетком 20. вијека и карактеристична је по ексклузивитету држава и слабој изграђености међународних институција;
2. Други период - фаза модерног међународног права улиједила је са првим системским кодификацијама, формирањем међународних организација и развојем међународних институција. Као прекретница у погледу даљег развоја међународног права мора се узети 1989. година и пад Берлинског зида;<sup>8</sup>
3. Трећи период од краја 20. вијека, који представља фазу кризе међународног права и савремених промјена које се дешавају унутар међународноправног поретка. Карактеристична је по стварању међународне нестабилности због које се међународно право и данас налази у дубокој кризи. Ова фаза савремених тенденција развоја

<sup>7</sup> Можда нигдје нису овако отворено постављена, међутим у великом броју научних извора се могу контекстуално пронаћи.

<sup>8</sup> Незахвално је дефинисати прецизне датуме као конкретне прекретнице историјских епоха, јер се сви процеси, па и они међународни не мијењају преко ноћи. Промјене наступају поступно. Међутим, неки догађаји имају далекосежне посљедице и прерастају у симболе епохе. То је случај и са падом Берлинског зида.

обухвата, за сада двије микро-фазе. Прва је наступила одмах након 1989. године и огледа се у наметању концепта Новог свјетског поретка (*New World Order*) и напуштања великог броја модерних међународних стандарда, а друга микро-фаза је тренутна фаза успостављања Мултиполарног свјетског поретка.<sup>9</sup>

Такође, реална је чињеница да је у оквиру треће фазе међународно право ушло у дубоку кризу, из које неће тако лако, али ни брзо изаћи.<sup>10</sup> С тога постављање оваквих питања има своју сврсисходност, а одговори на њих, као што ћемо видјети нимало нису једноставни.

Као што смо претходно истакли, прво питање гласи: да ли је међународно право заиста право? То је питање којим су и данас, на специфичан начин, заокупљени савремени теоретичари права. Аналогија се може повући са ером класичног међународног права у периоду 19. вијека када су, посебно политички реалисти, и теоријски протагонисти међународног волунтаризма (претече дуалиста) доводили у питање постојање међународног права, негирајући његов правни карактер.<sup>11</sup> Сматра се да је традиционалне темеље правне теорије о односу међународног права и државе, односно унутрашњег правног поретка, поставио њемачки правни писац Ј. Ј. Мосер (*Johann Jacob Moser*)<sup>12</sup> „полазећи од Хегелових схватања државе. Ову теорију су у потпуности уобличили познати њемачки правници Бергборн, Цорн и Венцел. Према овој теорији, национално право има приоритет у односу на међународно право које се јавља само као спољно државно право. Међународно право није, према овој доктрини, скуп обавезних правила понашања већ само низ принципа, с привременим важењем које моћне државе могу укинути чим су у супротности с њиховим интересима“.<sup>13</sup> Наиме, њемачки правници су у том смислу и сковали назив спољно државно право.<sup>14</sup> На темељу ових учења, касније ће се крајем 19. и почетком 20. вијека, појавити дуалистичка теорија о односу унутрашњег и међународног права, која је у значајној мјери прихватала волунтаристичка становишта.<sup>15</sup> Прворазредни представници дуализма као што су Трипел,

9 Савић, „Међународно право на почетку XXI вијека - теоријски поглед на савремену доктрину, процесе и проблеме међународног правног поретка“, 155-183.

10 Шире в. Ibid, као и Matej Savić «The European Union's Legal Personality in International Law – Character, Structure, and Scope». *Studia Europejskie – Studies in European Affairs*, 2-2023, (2023): 45-64, Матеј Савић, „Сувереност држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности“, Политеиа, ФПН БЛ, год. 4, број 8. (2014.): 84, Стеван Ђорђевић, Увод у међународно право, (Београд, Службени гласник, 2007), Милан, Шаховић, „Међународно право на крају двадесетог столећа“, Martti, A. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2011), Malcolm, N. Shaw, *International Law, Seventh Edition*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), Seumas Milne, *The End of the New World Order*, (The Guardian, Article, 2012.), <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/oct/19/new-world-order>, приступљено 12.12.2023. године.

11 Шире в. Matej Savić, „Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements“, *Yearbook of Faculty of Law, Goce Delcev University, Stip*, Vol. VII No. 7 (2017): 174-183,

12 Шире в. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, (New York: Macmillan Company, 1954), као и W. O. Manning, *Commentaries on the Law of Nations*, (London: Law Bookseller and Publisher, 1839.), 37.

13 Снежана С. Савић, Основе права, (Бања Лука: ППГД Комсергфика, 2005.), 21-22.

14 Шире в. Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Volkerrecht* (Köln: Carl Heymanns Verlag, 1994), 8.

15 Да би се на исправан начин могла разумјети ова констатација, неопходно је на првом мјесту нагласити да је појам међународног волунтаризма у периоду класичног међународног права имао јасно другачије значење од данашњег. Шире в. Matej Savić, „International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century“, *6th International Conference on European Studies Local, Regional and Global Governance Proceedings Book, ICES'17, Tirana* (2017): 179-199, Matej, Savić, „Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements“, 174-183, Обрад Рачић, „Однос између међународног и унутрашњег

Анцилоти, а прије њих Аустин и Јелинек, такође су „релативизовали“ значај међународног права.<sup>16</sup> Сматра се да је „теоријску конструкцију ових ставова изградио њемачки публициста Х. Трипел (*Heinrich Triepel*)<sup>17</sup>, који сматра да је извор државног права државна воља, а извор међународног права заједничка воља држава,<sup>18</sup> а даље ју је развио Д. Анцилоти (*Dionisio Anzilotti*).<sup>19</sup> Према овој доктрини, међународно и унутрашње право представљају два различита и формално одвојена правна поретка.<sup>20</sup>

С друге стране, убрзо након дуалиста појавили су се монисти.<sup>21</sup> Као антипод државној неприкосновености јављају се протагонисти примата међународног права попут Келзена, Гугенхајма и Вердроса са својим гледиштем јединствености унутрашњег и међународног права.<sup>22</sup> Тако је у теорији међународног права успостављен дуалистички, односно монистички приступ, као и дијалектика која траје и данас. Ова два класична теоријска концепта се у основи искључују. „Један проглашава да су међународно и унутрашње право два различита и независна правна система (дуалистичка теорија, дуализам) док други истиче да међународно и унутрашње право представљају саставне делове једног истог правног поретка (монистичка теорија, монизам).“<sup>23</sup> Једни у основи истичу и бране унутрашње право и државу, негирајући квалитете међународног, док други наглашавају примат међународног права,<sup>24</sup> утврђујући и оправдавајући његово постојање.<sup>25</sup>

---

права“<sup>6</sup>, Међународни проблеми 3-4/1999, Београд, (1999): 358-381, Борис, Кривокапић, „Однос међународног и унутрашњег права“, Страни правни живот, Београд, 2/2013 (2013): 59-103, Malcolm N. Shaw, “International Law” и др.

<sup>16</sup> Овде морамо имати у виду вријеме и историјске прилике у којима су ови аутори живјели. Шире в. Savić, „International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century“, 179-199

<sup>17</sup> Шире в. С. Н. Triepel, *Le rapport entre le droit interne et le droit international*, 1899, pp. 32, који истиче: „Ако воља сваке посебне државе не може да створи интернационално право, не може се замислити друго до једна ствар, а то је да једна заједничка воља, рођена у сједињењу ових посебних воља, бива способна да испуни ову дужност“.

<sup>18</sup> Triepel, *Le rapport entre le droit interne et le droit international*, 100, гдје Трипел каже: „интернационално право и интерно право нису само две партије различитог права, него два различита правна система“

<sup>19</sup> Сматра се да Анцилоти објективни основ међународног права не налази у категорији воље, већ у метафизички схваћеном принципу *pacta sunt servanda* као хипотези која се не може објаснити и на којој се гради међународни поредак., како то истиче Миленко, Крећа, Међународно јавно право (Београд: Службени гласник, 2007.) 64.

<sup>20</sup> Шире в. Dionisio, Anzilotti, *Cours du droit international*, (Paris, 1929.), 51

<sup>21</sup> Монистичко схватање даље се дијели на двије велике теоријске позиције које дају примат унутрашњем или међународном праву. Према ставу о примату унутрашњег права, међународно право постоји ако га држава признаје. Други став, став о примату међународног права над унутрашњим, заступа становиште да је међународно право супериорно у односу на унутрашње право.

<sup>22</sup> Шире в. Savić, „International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century“, 179-199

<sup>23</sup> Кривокапић, „Однос међународног и унутрашњег права“, 59-103.

<sup>24</sup> Данас, савремене теоријске расправе се заправо свode на питање детерминисања положаја државе у међународноправном поретку. Тачније, када се размакну све спреге и оквири, монизма, односно дуализма, у 21. вијеку основно је питање, питање одређења примата унутрашњег или међународног права. Шире в. Shaw, *International Law*, Кривокапић, „Однос међународног и унутрашњег права“, 59-103 Владимир, Ђ. Деган, „Међународно право“, (Ријека, Правни факултет у Ријеци, 2000).

<sup>25</sup> Отвара се питање степена кохезије између међународног и унутрашњег права. Поред овога присутна су становишта која покушавају понудити трећи пут, или компромисна ријешења – теорија координације, плурализам и др. Шире в. Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use it*, (Oxford, Oxford University Press, 2001), као и Malcolm, N. Shaw, “International Law”.

Ипак, ситуација у вези одређења међународног права као права је данас значајно другачија од искључиве расправе у вези са разграничењем, приматом и хијерархијом правних норми. Мање је важно одређење и прихватање дуалистичког, или пак, монистичког приступа у односу унутрашњег и међународног права. Значајније је данас одредити адекватан контекст односа државе и међународног права, јер овај однос *per se*, је однос међусобне условљености, а не нужно хијерархије. Данас, с једне стране, нити је међународно право супериорно у односу на државу, нити је држава неприкосновена, с друге стране. Унутрашњи правни поредак (државноправни поредак) није више карактеристичан по потпуно сувереној власти у класичном смислу, а међународно право је доживјело пролиферацију у многим аспектима. Ипак, ова пролиферација је спрегнута децентрализованом структуром међународног права.<sup>26</sup> Ово је најприје због међународноправног положаја државе, која је, иако више нема ексклузивитет, најважнији носилац међународноправног субјективитета. Напросто, више није ријеч о једном линеарном односу, јер однос државе и међународног права нема више стриктно успостављене границе и карактеристичан је по динамизму.

Питање постојања међународног права је, заправо питање примјене и ефикасности међународноправних норми. Данас се питање постојања међународног права, уз одређене изузетке, највише поставља изван правне струке и просто речено, то указује на незнање онога који пита, или пак на одређене (субјективне) политичке ставове. Такође, негирање постојања међународног права у први план ставља политичке процесе и намеће међународни (политички) волунтаризам наспрам правних норми. Међународно право, свакако постоји! Ипак, оправдане су дилеме у погледу обавезности међународноправних норми. Посебно када се узме у обзир проблем одређења и примјене когентних норми (*ius cogens*) међународног права, оваква дилема додатно долази до изражаја. С тим у вези, Б. Милисављевић поставља питање: „Јесу ли когентне норме реалност међународног права, да ли су оне примењиве и оперативне, поштују ли их међународни судови, разна тела и саме Уједињене нације, рађају ли оне заиста ефекат ништавости у пракси, или су оне само идеално замишљена форма, створена због потребе да се међународно право учини више правом него што оно заиста јесте?“<sup>27</sup>

Међународно право јесте оптерећено системским недостацима и ограничењима. Његова природа, поријекло, начин примјене су специфичног карактера. Структура међународног права је хетерогена, а његове функције посједују општу условљеност, и др..<sup>28</sup> Посљедишно, норме међународног права се значајно разликују од других правних норми. Међутим, међународно право свакако постоји! Оно јесте „право“ право иако посједује наведена ограничења, посебно у погледу ефикасности.

26 Шире в. Eric, Scarffe, „Toward a Dignity-Based Account of International Law“, *Jus Cogens* 4, (2022): 207-236.

27 Бојан Милисављевић, „Нека отворена питања у вези *ius cogens* норми у међународном праву“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, (2020): 151-170.

28 Све наведено су елементи који докидају квалитет међународног права. Међутим, они не поништавају међународно право. С једне стране чине супстанцу његове особености, а с друге представљају потешкоће које је неопходно превазићи даљим развојем међународног права и међународноправног поретка уопште.

### 3. МЕЂУНАРОДНО И УНУТРАШЊЕ ПРАВО

Друго важно питање гласи: да ли је међународноправни поредак заиста „поредак правног карактера“ или се ради о политичком, или неком другом поретку? Другим ријечима, поставља се проблем његове правне природе и одређења темељне/фундаменталне структуре? Одговори су изузетно разноврсни и сложени, док су, с друге стране, фактичко (правно) стање и савремени облици међународне политике бескомпромисни и постављају специфичне проблеме у погледу квалитета међународноправног поретка.<sup>29</sup> Поред овога друштвени и технолошки развој је убрзан до те мјере да се готово свакодневно појављују нови облици активности и успостављају се специфични друштвени односи на међународном плану. Такође, одговор на постављено питање је *a priori* условљен претходним одређењем односа унутрашњег и међународног права, тј. утврђењем међународноправног статуса државе. У погледу унутрашњег и међународног права већина теоријских расправа се у основи своди на одређење примата једног или другог права, односно правног поретка, за шта смо већ истакли да данас није толико значајно.

У сваком случају, савремена међународна реалност не може се на ваљан начин сагледати појединачно ни у једном од два теоријска концепта; дуалистичком, или пак, монистичком. Прво, већ је присутна теоријска заробљеност и искључивост, једног или пак другог схватања и, друго у континуитету се дешавају велике промјене по питању суверености држава и уопште државности. Општепозната је ствар да је свака држава формално суверена и једнака. „У реалности са феноменалним развојем комуникација и свијести, уз стално подсећање на глобална ривалства, чак ни најмоћније државе не могу бити у потпуности суверене.“<sup>30</sup> Такође, добровољност представља један од темељних принципа међународног права, међутим у данашњем систему међузависности држава добровољност више подсећа на принудни пристанак, него што представља слободну вољу држава. Развојем савремених међународних активности и успостављањем нових међународноправних односа домен искључивих надлежности државе еволуира. На глобалном нивоу, у многим, за међународно право важним областима дешавају се велике промјене. Ове промјене се дешавају како доктринарно, тако и у практичном смислу. Развој технологије је дао потпуно нови карактер међународноправним односима. С друге стране, у закључивању међународних уговора долази до потешкоћа, при чему се све више јављају проблеми у примјени (већ закључених уговора), Организација уједињених нација се налази у функционалној кризи, посебни недржавни актери имају све веће учешће у међународноправним односима и др..<sup>31</sup>

У првим деценијама 21. вијека унутрашње и међународно право се међусобно прожимају и преплићу унутар међународноправног поретка и то у великом броју области.<sup>32</sup> С тим у вези Б. Кривокапић истиче да „нећемо рећи ништа ново ако кажемо да су током читаве

29 Шире в. Savić, „Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements”, 174-183.

30 Shaw, *International Law*, 92

31 Шире в. Матеј, Савић, „Међународноправно регулисање космоса и морског пространства - Осврт на поједине аспекте правног субјективитета човјечанства”, *Политеиа*, XI/22, (2021): 115-130

32 Овде мислимо на разне области међународног права. На првом мјесту „...област заштите људских права, међународног хуманитарног права, међународног еколошког права, међународног кривичног права и теоријске концепције које су се, посебно у другој половини 20. вијека у овим областима развиле. Све оне налазе се у раскорак између стварног - како нормативног, тако и фактичког стања и идеалтипске конструкције у погледу

историје унутрашње и међународно право утицали једно на друго. Разуме се, у време када је међународно право било тек у повоју, унутрашње право је као много развијеније, вршило далеко већи утицај на норме међународног права.<sup>33</sup> У односу на период од прије седамдесет и више година, данас је ситуација другачија и доста сложенија. Период модерног међународног права омогућио је успостављање основних елемената међународноправног поретка, уз значајне кодификације међународних области, које су извршене у задњих седамдесет година, успостављени су међународноправни инструменти итд. Из данашње перспективе посматрано „у мери у којој се међународно право све више развијало оно је почело да све више и све садржајније утиче на унутрашња права држава. Та појава нарочито постаје очита у 20. вијеку и све указује да ће у перспективи бити још израженија. У условима глобализације на свим нивоима другачији исход заправо није ни могућ.“<sup>34</sup>

Ипак, питање односа међународног и унутрашњег права остаје веома сложено и савремене међународноправне тенденције сугеришу да овај однос морамо поставити без искључивости постојећих теорија, при чему аргументи превазилазе постављене оквири, тако да се може издвојити више различитих становишта, која нема потребе уоквиривати у једну од ове двије теорије.<sup>35</sup> Поред овога важно је истаћи и да теоријске подјеле на монизам и дуализам више дјелују као повлачење линије разграничења и рововску борбу између присталица једне, односно друге концепције без коначног рјешења. У вези свеобухватног питања односа унутрашњег и међународног права теоријске конструкције су умногоме реалност начиниле опскурном, поставивши теоријске границе и императив одређења на прво мјесто. Из тог разлога, данас постоји потреба за идентификовањем, с једне стране са дуализмом, или пак, с друге стране монизмом, те надаље, доказивањем припадности једном од два унутар-монистичка схватања.<sup>36</sup> Сваки систем, сматра И. Броунли (*Ian Brownlie*) „је супериоран на сопственом пољу и ниједан нема хегемонију над другим. Међутим, општеприхваћени ставови могу само произвести основу за комплексну релацију између ова два система.“<sup>37</sup> Оно што се мора истаћи је најочитија и, вјероватно, најважнија разлика између међународног и унутрашњег права, а то је начин на који се она стварају и примјењују. Међународноправни поредак не познаје јединствену, заједничку законодавну, или пак извршну власт. То значи да међународно право не посједује моћ која може натјерати државу или нацију да прихвати судску или неку другу одлуку.<sup>38</sup> С једне стране међународно право је условљено унутрашњим правом (у домену примјене норми) у оквиру граница државних надлежности, а с друге стране унутрашње право је условљено капацитетом међународноправних инструмената, као и статусом других држава.

Може се рећи да покушај изласка изван оквира постојећих теорија данас има посебну разложност, јер, и након више деценија теоретисања, дискутовања и практичног развоја

---

дефинисања човјечанства и међународне заједнице.“ Шире в. Савић, „Међународноправно регулисање космоса и морског пространства - Осврт на поједине аспекте правног субјективитета човјечанства“, 115-130

33 Кривокапић, „Однос међународног и унутрашњег права“, 59-03.

34 Кривокапић, „Однос међународног и унутрашњег права“, 59-103

35 Ibid.

36 Ian Brownlie, *Principles of International law*, (Oxford: Oxofrd Universtiy Press, 1990): 56.

37 Ibid

38 Savić, „Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements“, 174-183



међународног права тврђња Х. Келзена (*Hans Kelsen*) да се „теорија међународног права налази у противречности између тежњи ка светском праву изнад држава и моћи суверености појединих држава“<sup>39</sup>, је можда још и актуелнија него када ју је он изнио. Такође, у оквиру једног специфичног виђења Е. В. Спекторски (*Евгений Васильевич Спекторский*) сматра да се питање о односу између међународног и државног права састоји у следећем: „да ли заиста унутрашња сувереност државе не зависи од њене спољашње правне ситуације“.<sup>40</sup> Ово упућује на међусобну повезаност државе и међународног права. Наиме, „према класичној теорији нема суверене државе ако она није потпуно самостална и унутра и споља. Али стварност увек не одговара теорији. Пре свега, да би једна држава ступила у међународну заједницу, тражи се њено признање од стране других држава. И оно се понекад добија само по цену извесних услова, који се односе на унутрашње уређење дотичне државе. Осим тога, дешава се да се неке државе сматрају надлежним да својом интервенцијом руше непробојност туђих територија“.<sup>41</sup> Поред овога, В. Ђ. Деган наглашава да „одувијек ...је... дакле, однос међународног и унутарњег права било корисније проучавати на темељу праксе међународних и домаћих државних органа неголи сводити га на два или три учења... Многе државе прихватају и учење да је међународно право дио њихова домаћег права. И мада се ти поступци у разним државама разликују, у свим државама широко се постиже крајњи резултат давања учинка правилима међународног права.“<sup>42</sup>

С обзиром на чињеницу да је међународно право данас значајно развијено може се рећи да оно представља изграђен нормативни систем (оквир) који је далеко од идеалног.<sup>43</sup> Као изграђен нормативни систем (оквир) међународно право се налази под великим притиском фактичког поступања, односно међународне политике у ширем смислу. Ово, у једној цјелини детерминише и изграђеност и функционисање међународноправног поретка, јер је међународноправни поредак условљен квалитетом међународног права, а које је, с друге стране условљено положајем и статусом државе и међународних институција.<sup>44</sup> Консеквентно, у првим деценијама 21. вијека међународноправни поредак поседује значајне недостатке структуралне и функционалне природе.

39 Ханс, Келзен, Проблем суверености и теорија међународног права: прилог једној чистој теорији права, (Београд, службени лист СЦГ, 2003), 268-269.

40 Евгеније, В. Спекторски, Држава и њен живот, (Београд: Досије, 2000.), 212.

41 Ibid

42 Деган, Међунареодно право, 20.

43 Шире в. Pierre-M, Dupuy, „L'unité de l'ordre juridique international“, *Recueils des cours, Académie de Droit International de la Haye*, (2002): 297, као и Martti, Koskenniemi, „Hierarchy in International Law: A Sketch“, *European Journal of International Law*, 8 (4) (1997): 575–576.

44 Да би смо могли на исправан начин сагледати ове сложене фундаменталне поставке неопходно је изаћи изван концепта два концентрична круга – дуализам, али и изван концепта пирамиде и хијерархијске интеграције – монизам.

## 4. ЕЛЕМЕНТИ МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ ПОРЕТКА У 21. ВИЈЕКУ

У овом дијелу рада обрадићемо спрегу између појмова међународно право, држава, међународноправни поредак. Било како било, да би се дефинисао појам међународног правног поретка, неопходно је, најприје, утврдити значење које се крије иза појма правног поретка уопште. Правни поредак је специфичан дио општег друштвеног поретка који је уређен правним нормама у складу са постојећим аксиолошким вриједностима.<sup>45</sup> У том смислу правни поредак је такође општег карактера јер обухвата неименован број субјеката, њихових појединачних аката и међусобних односа. „Он је онај дио друштвеног поретка који је уређен правом, а у складу са постојећим вриједностима, при чему можемо рећи да правни поредак представља управо међусобну повезаност правних норми, друштвених односа и вриједности.“<sup>46</sup>

Темељ правног поретка је правна норма – правило понашања које означава да се нешто мора или пак не смије чинити. У најкраћем, норма представља заповјест за субјекта на којег се односи, чиме она (треба да) усмјерава његово понашање.<sup>47</sup> Међутим, није довољно да једна правна норма *per se* важи, јер у том случају она би представљала изузетак – тако сама, норма може представљати једно партикуларно правило понашања које се може, а и не мора примјењивати.<sup>48</sup> Једна правна норма без других, с њом усклађених норми, не може ефективно егзистирати. Из тог разлога правне норме морају бити међусобно повезане на један посебан – нарочит начин, јер једино тако могу важити, што, када су норме у питању значи постојати, при чему оне не постоје, већ важе, што је специфичан вид њихове егзистенције.<sup>49</sup> Слиједом тога, не можемо говорити о правном поретку без, како то истиче С. Савић, „јединства правних норми које уређују људско понашање, а у складу са правним вриједностима у конкретном друштву у датом историјском тренутку.“<sup>50</sup> Јединство правних норми унутар правног поретка се материјализује кроз људске тјелесне – фактичке радње којима се правне норме непосредно примјењују, при чему друштвене вриједности представљају идејне изворе права, у складу с којим се правне норме стварају и које, истовремено штите.<sup>51</sup>

Кроз анализу јединства нормативних, фактичких и вриједносних димензија у посебној цјелини најпотпуније се може сагледати појам правног поретка уопште. Ово је веома сложен концепт, који обједињује опште право, друштво и (аксиолошке) вредности у одређеном времену.<sup>52</sup> То је концепт структуралног приступа праву и друштву, а који подразумијева дефинисање правног поретка, као јединства нормативне, фактичке и аксиолошке компоненте. Међутим, не ради се о једноставној интеграцији ова три елемента. Право и друштво су међусобно повезани, али нису интегрисани у једну цјелину. Тачније нису један, истовјетан

45 Шире в. Снежана С. Савић, Матеј Савић, Теорија државе и права, (Бања Лука: ППГД Комсеграфица, 2017).

46 Шире в. Радомир, Д. Лукић, Будимир, П. Кошутић и Драган М. Митровић, Увод у право, (Београд: Службени лист СРЈ, 1999), 423-424.

47 Савић, Савић, Теорија државе и права, 271.

48 Матеј, Савић, Дипломатско-конзуларно право и међународноправни поредак, (Бања Лука; ППГД Комсеграфица, 2016.) 21.

49 Савић, Основе права, 200.

50 Савић, Основе права, 250.

51 Савић, Дипломатско-конзуларно право и међународноправни поредак, 22

52 Ibid

појам. Прије свега, овдје се ради о међусобној условљености, која дјелује као посебан затворен узрочно-посљедични однос.

Аналогно претходно постављеном оквиру полазимо од констатације да је међународноправни поредак структурално конституисан на основу формалног, фактичког и вриједносног елемента. Међутим, у оквиру међународноправне сфере ова структура, али и спрега су значајно сложеније, иако су у основи фундаментални елементи исти. Тако, међународноправни поредак представља свеобухватан и специфичан поредак који на више нивоа обједињује: 1) нормативноправни систем или формални оквир - међународно позитивно право, као нормативни елемент; 2) фактички елемент, који се манифестује кроз реалитер стања, тј. друштвене, у ужем смислу политичке процесе, тачније међународну политику и међународне политичке односе и на крају 3) вредности на којима почива и које истовремено штити – аксиолошки елемент.<sup>53</sup> Ово су основни - фундаментални елементи међународноправног поретка. Из ових основних елемената се изводе посебни - секундарни елементи који консеквентно произлазе из наведених фундамената.<sup>54</sup>

Однос, тј. усклађеност између нормативног и фактичког елемента условљава и степен системске кохерентности – другим ријечима одређује квалитет овог поретка.<sup>55</sup> Питање овог односа је *a priori* оптерећено специфичностима које се могу пронаћи у правној природи, карактеристикама и поријеклу међународног права. Затим, сложеност односа и фактичког поступања субјеката, или у ширем смислу политичких актера<sup>56</sup> додатно усложњава ово питање, јер политичка димензија међународног живота и расподјела моћи у оквиру међународне заједнице континуирано врши притисак на нормативни оквир. С обзиром да је међународно право превасходно диспозитивног карактера и да је фактичко стање често такво да притишће и искривљује нормативни оквир (посебно у домену примјене и тумачења правних норми) степен кохерентности у оквиру међународноправног поретка далеко је од задовољавајућег.

Јасно је да постоје реални недостаци карактеристични за међународно право, као што су непостојање институционализоване санкције, непостојање хијерархије правних аката, непостојање јединственог законотворца, недостатак обавезујућих механизма за примјену права итд.<sup>57</sup> Диспозитивни карактер међународног права предодређује све наведено, при чему су, још увијек присутне нејасноће и у погледу одређења и примјене норми које се сматрају когентним.<sup>58</sup> Све ово производи и проблем функционалне природе, па чак отвара и питање сврсиходности међународног права, односно (међународно)правног поретка. Јер ако су присутна флагрантна одступања у примјени права, или пак долази до избегавања

53 Vesna, Kazazić, Matej, Savić, „Aktualna pitanja međunaordnopravnog subjektiviteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XXVI/26 (2018): 92-110

54 То су нпр. сви кодификовани извори међународног права, али и једностранни акти држава и међународних организација, прихваћена правна начела и политички принципи, фактичко поступање субјеката у међународним односима, универзалне прихваћене вриједности и сл.

55 Ibid

56 Шире в. Kazazić, Savić, „Aktualna pitanja međunaordnopravnog subjektiviteta“, 92-110

57 Посљедично су ово карактеристике које обиљежавају и међународноправни поредак.

58 Овом проблему Комисија за међународно право је посветила посебну пажњу. Шире в. Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session, Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement A/70/1, као и Report of the Commission on the work of its seventieth session, Official Records of the General Assembly, Seventy third Session, Supplement A/73/10

примјене права (непримјењивања), чему онда то право служи? Начин примјене, домаћај, ефикасност и др. међународноправних норми разликује се у зависности о којој се сфери ради. Такође, присутна је и условљеност примјене у зависности од нормативца и предмета регулисања. Сљедствено овоме отвара се питање правног карактера међународноправног поретка, као и његових реалних функција.

С обзиром на чињеницу да се међународно право развија у складу са еволуцијом међународних односа, потребно је истаћи да још увијек „није довољно учињено на пољима мирног рјешавања међународних спорова и међународне јуриспруденције, као и превенције при настанку међународних конфликта...Доде ли се овим празнинама свакодневна пракса у којој стално долази до повреда, злоупотреба и непоштовања међународног права, види се да реалност спречава и отежава афирмацију и реализацију захтева за јачањем његовог ауторитета и ефикасности. Стално се потврђује да се овај циљ може постићи само постепено, дуготрајним и заједничким напорима научног истраживања и дипломатске акције“.<sup>59</sup> Можемо примјетити да, на првом мјесту међународни волунтаризам истиче све недостатке међународноправног поретка. Ова реалност о којој М. Шаховић говори је заправо, међународно политичко дјеловање (поступање), односно у ширем смислу међународна политика – фактички елемент међународноправног поретка.

Фактичко стање, односно фактичко поступање држава, иако дугорочно условљава и развој нормативног оквира изазвало је фундаменталне промјене, како у погледу стварања и примјене међународноправних норми, тако и у погледу разградње правне свијести. Чини нам се да се јаз између ова два елемента из године у годину само продубљава, што производи све већу неизвјесност и уноси неравнотежу унутар међународноправног поретка. Наиме, М. Шаховић је још прије тридесет година наглашавао „...да, упркос свему, ефикасност примјене међународног права остаје подређена, у крајњој линији, вољи држава, нарочито моћних, супротно потребама савремене међународне заједнице. Имајући у виду однос између интереса држава и међународне заједнице, да би дошло до стварне примене међународноправних норми, мора да постоји одређена равнотежа између задовољавања потреба држава и ауторитета међународних институција као носиоца интереса међународне заједнице. У ствари, историја нам показује да се стање ове равнотеже у сваком тренутку манифестује у облику једног клатна које је у сталном кретању и као такво омогућава да се види како до данас ауторитет међународних институција није могао да се подигне изнад правних прерогатива држава“.<sup>60</sup> Овдје се не ради о супрематiji међународног права, већ је ријеч о реалним злоупотребама, које данас доводе до ситуације у којој је међународно право сметња за остварење реалних партикуларних циљева, на првом мјесту великих сила. С друге стране, ауторитет међународних институција је подривен, како због државног волунтаризма, тако и због самог дјеловања (институција) и заузимања стране у међународној политичкој конотацији.<sup>61</sup> Ово

59 Милан Шаховић, „Међународно право на крају двадесетог столећа“, 10. Милан, Шаховић, „Међународно право у дезоријентисаном свету“, Архив за правне и друштвене науке, Београд, (1993): 3.

60 Милан, Шаховић, Пuteви савременог развоја међународног права. (Београд: Институт за међународну политику и привреду, 1969): 460

61 Шире в. Матеј, Савић, „Одговорност држава у међународном праву – Осврт на савремене изазове и недостатке“, Зборник радова са X Научног скупа: «Противрјечја савременог права» Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, (2022): 122-149

је довело до тога да данас доминантну улогу и тренутну превагу у оквиру међународноправног поретка има фактицитет у односу на нормативни оквир.

Сматрамо да објашњење појаве сукоба између фактичког и нормативног елемента међународноправног поретка треба тражити, преваходно изван нормативног оквира, јер се ради о утицају ванправних фактора који детерминишу стварање и примјену међународног права. У први план се истиче међународни волунтаризам и принцип (политика) моћи. Наиме, међународна политика, тј. борба политичких снага и њихов међусобни однос на међународном нивоу ограничавају ефективност међународноправних норми, а на више нивоа условљавају и дјелотворност међународних. На овај начин је међународно право, непосредно, суочено са једним „трајним, практично нерешивим проблемом. Формуле које теже његовом решењу и које се, временом, смењују, зависе од услова који постоје у тренутку у коме настају нове норме и институције. Ова решења одражавају више или мање директно и отворено реално стање ствари. Она су, као таква, израз политичког односа снага и њихове међусобне борбе за јачање утицаја у свету.“<sup>62</sup>

Због свега наведеног међународно право је у кризи. Потребно је прихватити да је стање у оквиру међународноправног поретка тренутно такво и да је то датост актуелног периода кризе међународног права, који је неопходно превазићи. Један корак у правцу превазилажења тренутног стања учинила је и Комисија за међународно право почевши са активним радом још 2015. године. Комисија је, између осталог усмјерила своју пажњу на питање когентних норми међународног права.<sup>63</sup> На овај начин актуелизовано је јако важно питање које условљава и може омогућити унапријеђење међународноправног нормативног оквира. Оно што је, у контексту актуелне кризе и проблема у функционисању међународноправног поретка посебно важно је прецизно одређење и нормативно дефинисање когентних норми. „Овај несумњиви труд Комисије ће се тек показати као важан и значајан за стварање правне сигурности у међународном поретку, али питање је колико ће то допринети њиховом бољем етаблирању у пракси и истинској улози коју треба да остваре ове норме? У овој фази развоја међународног права не би се могло рећи да је примена когентних норми руку под руку са њиховим формалним устројством.“<sup>64</sup>

Свакако, кризу међународног права је неопходно превазићи, а да би се то могло учинити, неопходно је на један цјелисходан начин сагледати проблеме у погледу хијерархије, примјене, обавезности и др. норми међународног права. На овај начин се опет враћамо тематици когентних норми међународног права. Међутим, превазилажење кризе, на првом мјесту зависи од воље држава, посебно великих сила, али и од рада међународних организација и посебних међународних тијела. Такође, неопходно је прихватити да је ријеч о једном дуготрајаном процесу, који није искључиво и само правног карактера. У супротном се суочавамо нереалним становиштима. Стога, проблем кохерентности између нормативног и фактичког елемента, односно квалитета међународноправног поретка неопходно је посматрати на флексибилан и уравнотежен начин. У том смислу С. Ђорђевић је истицао да

<sup>62</sup> Ibid, 460.-461.

<sup>63</sup> Шире в. Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session, Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement A/70/1, као и Report of the Commission on the work of its seventieth session, Official Records of the General Assembly, Seventy third Session, Supplement A/73/10.

<sup>64</sup> Бојан, Милисављевић, „Нека отворена питања у вези ius cogens норми у међународном праву“, *Harmonius, Journal o Legal and Social Studies in South East Europe*, (2020): 151-170

све вријеме постоји ...“ на једној страни - тврђење да је међународно право само жеља идеалиста, а на другој - стална потреба за њим. Државе никад не испуштају прилику да се на њега позову, ако им то иде у корист. Па чак, и ако се прихвати да оно постоји, истиче се у доктрини, међународно право не заслужује лепо и добро име, тј. његов имиџ није тако сјајан.<sup>65</sup> Управо због тога, сматра се да упоредо живи убјеђење да се међународно право своди на правила игре која су „прописали најмоћнији и највећи за најслабије у име највиших начела, или мало одмереније и блаже - то је политика држава праћена другим средствима ако то помаже њиховим интересима. Но, и поред ове, само делимично тачне објективне истине, ништа мање није тачно и то да, ако међународно право и не би постојало, требало би га измислити“.<sup>66</sup>

Данас је чињеница да многе државе крше међународноправна правила, али се истовремено све оне труде да докажу да је оно на њиховој страни. Стога се често каже да „на супрот илузијама и хипокризији које иду упоредо, међународно право је стални изазов за ружну стварност која треба да се премости, преброди и упути ка највећим вредностима људске цивилизације.“<sup>67</sup> Међународно право је *per se* изразито динамично, а однос према њему се, неријетко разликује од случаја до случаја и, нажалост контекста. „Мењање равнотеже између људске воље да се преобрази свет и политичке стварности која се томе одупире и иде својим неумитним путевима - то је слика данашње међународне заједнице и данашњег међународног права којим су регулисани односи у њој. И тако, непрекидно, сувише стварности рађа мучно фрустрирање а од сувише утопија остају само снови. Зато смо сагласни да не треба сувише очекивати само од међународног права, већ му треба оставити у дужност оно што превасходно зависи од њега“.<sup>68</sup>

Такође, у случају међународноправног поретка изражена је и сложеност његове аксиолошке димензије, јер глобално посматрано вриједности прихваћене од стране народа и држава су изузетно хетерогене, а у неким случајевима и контрадикторне. Не смијемо изгубити из вида ни проблем непрецизности, односно апстрактности аксиолошке димензије, односно вриједносних елемената.<sup>69</sup> С тим у вези, потребно је нагласити да су идеје универзалне људске заједнице, слободе нација – суверенитета држава, једнакости и поштовања (свих) народа и нација главни аксиолошки темељи међународноправног поретка, што је *conditio sine qua non* за остварење опште слободе. Ове идеје су већ вијековима присутне у природноправној доктрини, а своје мјесто заузимају и у теорији међународног права. Тако је још у 18. вијеку Ветел (*Emerich De Vattel*) истицао да „...све нације конституишу универзалну људску заједницу...“<sup>70</sup> при чему је ова заједница подређена правилима која предвиђају да „...“

65 Стеван Ђорђевић, Увод у међународно право, 64-65.

66 Ibid, 65.

67 Ibid, при чему М. Владисављевић истиче да идеалитет уже друштвене заједнице треба да буде у складу са идеалитетом међународне заједнице. Ову исту мисао можемо изразити и Шојнеровим посматрањем, наиме да држава треба да усклади своје циљеве са циљевима човјечанства. Ако из овог факта ипак проистиче однос зависности једног идеалитета, који је ужи, од онога који је шири, то не мора значити да је ужа група потпуно апсорбована универзалном заједницом и да њен индивидуалитет не постоји. Милан Владисављевић, „Држава и међународна заједница“ (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 1934), 168.

68 Ibid

69 Savić, „Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements“, 174-183, Savić, „International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century“, 179-199

70 Emerich de Vattel, *Le droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, (Washington: Carnegie Institute, 1916), 11-15.

свака нација мора допринијети срећи и напретку друге и да свака нација мора посједовати слободу коју јој је природа дала.<sup>71</sup> Ова слобода се, према Ветелу огледа у праву сваке нације на опстанак и дужности других да то поштују, као таква она представља основну карактеристику независности и суверености.<sup>72</sup> Посљедица овог схватања је и одредба садржана у члану 51. Повеље ОУН, која предвиђа да држава на коју је извршена агресија има право да прибјегне свом природном праву индивидуалне или колективне самоодбране.<sup>73</sup> Још важнији аксиолошки темељ међународноправног поретка је правичност – *aequitas* као универзална међународноправна вриједност. Међутим, једнообразна дефиниција правичности, изван оквира позитивног међународног права, још увијек није изведена. Међународни суд правде се у одређеним случајевима позивао на начело правичности, избјегавајући да дефинише њен сврсисходан и конкретан садржај.<sup>74</sup> Нажалост, у међународноправној примјени правичност има врло ограничен домашај. Ипак, у аксиолошком смислу представља вриједност којој је неопходно стријемити.

Са свим овим карактеристикама и недостацима, актуелној кризи у којој се налази, међународноправни поредак посједује своје фундаменталне елементе. Тренутно доминантну улогу у овој конституцији заузима фактички (политички) елемент, прије свега јер се свијет налази у турбулентној фази прерасподјеле политичке моћи – трећој фази развоја међународног права. Ова трећа фаза остаће карактеристична по кризи међународног права и кризи међународних институција. За излазак из ње биће неопходно јасно детерминисање структуре међународноправног поретка и другачији приступ у погледу односа државе и међународног права. Овај другачији приступ требало би да превазиђе сукобе који су присутни између и унутар постојећих теорија и омогући један флексибилнији поглед на однос државе и међународног права у оквиру међународноправног поретка.

## 5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду покушали смо у савремени контекст ставити нека од вјечних питања међународноправне теорије и прије свега указати на актуелне проблеме. Изградња међународноправног поретка, ма колико била привлачна, представља веома тежак задатак, јер његов карактер и структура *per se* захтјевају другачији приступ од онога који се може пронаћи у оквиру државноправног поретка. Такође, доктрина је оптерећена концептуалним (теоријским) ограничењима, а самим тим, неријетко усмјерена на догматску конфронтацију. С друге стране, утицај фактичког поступања на нормативни оквир у међународној сфери све више производи неизвјесност и нестабилност. У том погледу, не може се занемарити да су међународни односи регулисани правилима међународног права, који представљају нормативни елемент међународноправног поретка. Ова свеобухватна условљеност између

<sup>71</sup> Ibid

<sup>72</sup> Savić, "International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century" 179-199

<sup>73</sup> Повеља ОУН члан 51. текст доступан у Марко Милановић, Видан Хаџи-Видановић, Међународно право – збирка докумената, (Београд: Београдски центар за људска права, 2005.)

<sup>74</sup> Шире в. Деган, Међународно право, 65, као и Case Libya vs Malta, Epicontinental shelf case Cf., ICJ Reports 1985. pp. 39-40, paragraph 46.

нормативног и фактичког један је од темеља на којима почива међународноправни поредак, и као таква, јасно је да одређује његову природу. У том смислу „средњи пут, који увиђа снагу и слабост међународног права и указује шта оно може да постигне, а шта не може, пружа најбољу наду“.<sup>75</sup>

Значајан дио рада је посвећен односу државе и међународног права, уз критички осврт на теоријске концепције о односу унутрашњег и међународног права. Мишљења смо да одређење јасног становишта по питању овог односа предодређује и схватање појма међународноправног поретка уопште, а затим и његове структуре и функционисања. С обзиром на комплексност и обим ове теме методолошка ограничења која су претпостављена усмјерила су садржину рада на двије осовинске тачке: државу и међународно право; појам и структуру међународноправног поретка. Заједнички именуатељ обје наведене тачке је држава. Међутим, у теорији и данас нема јединственог става по питању одређења државног статуса, надлежности држава, суверенитета, државноправног субјективитета и др. у међународном праву. С тим у вези, главни циљ овог рада био је да прикаже главне теоријске поставке и присутне доктринарне недостатке како би се у даљим анализама могла понудити основа за другачији приступ овој проблематици у контексту савремених изазова с којим се суочава међународно право у 21. вијеку. Сматрамо да је успостављање непротиврјечне везе између међународноправног поретка, државе и међународног права (односа унутрашњег и међународног права) од прворазредног значаја.

Такође, оно што је посебно важно је обезбјеђење прогресивног развоја међународног права уопште. На овај начин може доћи до унапријеђења нормативног оквира, на основу чега би се могло размишљати и у правцу смањења расцјепа у односу на фактички елемент међународноправног поретка. Посебно је значајно адекватно дефинисање и утврђење когентних норми, јер ово *per se* представља добар темељ за обезбјеђење правне сигурности у оквиру међународноправног поретка. „Јер колико год опште међународно право било хетерогено и специфично његово стабло чине ове норме, а потом се на гранама даље налазе друге норме нижег степена обавезности, па све до меког права на самом крају. Што се више удаљавамо од стабла, то има све више различитих извора обавеза за државе, али то и даље не значи да сви они нису везани за централни дио. На овај начин когентне норме јачају свој утицај у међународном праву и помажу да опстане универзални поредак иако постоје јаке центрипеталне силе које теже да створе аутономне правне режиме независне од општег права.“<sup>76</sup>

У складу са претходно наведеним, не можемо да напустимо концепт даље изградње и развоја међународноправног поретка, јер би тиме прихватили хаос, који је штетан за праведно и стабилно постојање. Како М. Шо (*Malcolm N. Shaw*) наглашава „човјек тражи ред, благостање и правду не само унутар државе у којој живи, већ и унутар међународног поретка у којем живи.“<sup>77</sup> Из овог разлога, ма колико било тешко, неопходно је тежити успостављању правне сигурности на међународном нивоу. А то је једино могуће једним флексибилним и иновираним приступом, прије свега разумијевања односа државе и међународног права, али и њеног статуса у оквиру међународноправног поретка у цјелини. Стога се претходно

75 Shaw, *International Law*, 12.

76 Бојан, Милисављевић, „Нека отворена питања у вези *ius cogens* норми у међународном праву“, 151-170

77 Shaw, *International Law*, 12.



наведени приступ мора узети у обзир приликом одређивања квалитета међународноправног поретка, али и односа државе и међународног права.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Anzilotti, Dionisio. *Cours du droit international*. Paris, 1929.
2. Brownlie, Ian. *Principles of International law*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
3. Владисављевић, Милан. „Држава и међународна заједница“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 1934.
4. Деган, Владимир Ћ. *Међународно право*. Ријека: Правни факултет у Ријеци, 2000.
5. Ђорђевић, Стеван, *Увод у међународно право*. Београд, 2007.
6. Dupuy, Pierre-M. „L'unité de l'ordre juridique international“, *Recueils des cours*, Académie de Droit International de la Haye, 2002.
7. de Vattel, Emerich. *Le droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*. Washington: Carnegie Institute, 1916.
8. Kazazić, Vesna, Savić, Matej. „Aktualna pitanja međunaordnopravnog subjektiviteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XXVI/26, 2018: 92-110.
9. Келзен, Ханс, *Проблем суверености и теорија међународног права: прилог једној чистој теорији права*. Београд: Службени лист СЦГ, 2003.
10. Koskenniemi, Martti. „Hierarchy in International Law: A Sketch“, *European Journal of International Law*, 8 (4) (1997): 575–576.
11. Koskenniemi, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
12. Крећа, Миленко. *Међународно јавно право*. Београд: Службени гласник, 2007.
13. Кривокапић, Борис. „Однос међународног и унутрашњег права“, *Страни правни живот* 2/2013, (2013): 59-103.
14. Кривокапић, Борис. *Међународно јавно право*, Београд: Институт за упоредно право, 2017.
15. Лукић, Радомир, Д. Кошутих, Будимир П. и Митровић, Драган М. *Увод у право*. Београд: Службени лист СРЈ, 1999.
16. Manning, William. O. *Commentaries on the Law of Nations*, London: Law Bookseller and Publisher, 1839.
17. Милановић, Марко, Хаци-Видановић, Видан. *Међународно право – збирка докумената*, Београд: Београдски центар за људска права, 2005.
18. Милисављевић, Бојан. „Нека отворена питања у вези ius cogens норми у међународном праву“, *Harmonius, Journal o Legal and Social Studies in South East Europe*, (2020): 151-170.
19. Milne, Seumas. *The End of the New World Order*, (The Guardian, Article, 2012.), <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/oct/19/new-world-order>, приступљено 12.12.2023.

20. Nussbaum, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. New York: Macmillan Company, 1954
21. Повеља Организације уједињених нација.
22. Рачић, Обрад. „Однос између међународног и унутрашњег права“, *Међународни проблеми*, 3-4/1999 (1999): 358-381.
23. Report of the Commission on the work of its seventieth session, Official Records of the General Assembly, Seventy third Session, Supplement A/73/10.
24. Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session, Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement A/70/1.
25. Savić, Matej. “The European Union’s Legal Personality in International Law – Character, Structure, and Scope”. *Studia Europejskie – Studies in European Affairs*, 2-2023, (2023): 45-64,
26. Savić, Matej. “Fundamental structure of international legal order - contemporary issues of normative, factual and axiological elements”, *Yearbook of Faculty of Law, Goce Delceva University – Stip*, VII 7 (2017): 174-183.
27. Savić, Matej. „International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century”, *6th International Conference on European Studies Local, Regional and Global Governance Proceedings Book*, ICES’17, Tirana (2017): 179-199.
28. Савић, Матеј. “Сувереност држава између кризе међународног права и савремене политичке реалности”, *Политеиа*, 4 (8) (2014): 69-96.
29. Савић, Матеј. „Међународно право на почетку XXI вијека - теоријски поглед на савремену доктрину, процесе и проблеме међународног правног поретка“, *Правна ријеч*, 12/44 (2015): 155-183.
30. Савић, Матеј. „Међународноправно регулисање космоса и морског пространства - Осврт на поједине аспекте правног субјективитета човјечанства“, *Политеиа*, XI/22 (2021): 115-130.
31. Савић, Матеј. „Одговорност држава у међународном праву – Осврт на савремене изазове и недостатке“, *Зборник радова са X Научног скупа: “Противрјечја савременог права”*, (2022): 122-149.
32. Савић, Матеј. *Дипломатско-конзуларно право и међународноправни поредак*. Бања Лука: ППГД Комесграфика, 2016.
33. Савић, Снежана, С. *Основе права*. Бања Лука: ППГД Комесграфика, 2005.
34. Савић, Снежана, С., Савић, Матеј, *Теорија државе и права*. Бања Лука, ППГД Комесграфика, 2017.
35. Спекторски, Евгеније В. *Држава и њен живот*. Београд: Досије, 2000.
36. Scarffe, Eric. „Toward a Dignity-Based Account of International Law“, *Jus Cogens*, 4 (2022): 207-236.
37. Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Volkerrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1994.
38. Shaw, Malcolm N. *International Law*, Seventh edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
39. Triepel, C. H. *Le rapport entre le droit interne et le droit international*, 1899.
40. Higin, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

41. Шаховић, Милан. „Међународно право на крају двадесетог столећа“, *Архив за правне и друштвене науке, јан-март*, 1/1991 (1991): 3-12.
42. Шаховић, Милан. „Међународно право у дезоријентисаном свету“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 3/1993 (1993).
43. Шаховић, Милан. *Путеви савременог развоја међународног права*. Београд: Институт за међународну политику и привреду, 1969.
44. Case Libya vs Malta, Epicontinental shelf case Cf., ICJC Reports 1985.

## LITERATURE

1. Anzilotti, Dionisio. *Cours du droit international*. Paris, 1929.
2. Brownlie, Ian. *Principles of International law*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
3. Case Libya vs Malta, Epicontinental shelf case Cf., ICJC Reports 1985.
4. Charter of the United Nations.
5. de Vattel, Emerich. *Le droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*. Washington: Carnegie Institute, 1916.
6. Degan, Vladimir Đ. *International Law*. Rijeka: Faculty of Law in Rijeka, 2000.
7. Đorđević, Stevan. *Introduction to International Law*, Belgrade, 2007.
8. Dupuy, Pierre-M. „L'unité de l'ordre juridique international“, *Recueils des cours*, Académie de Droit International de la Haye, 2002.
9. Higin, Rosalyn. *Problems & Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
10. Kazazić, Vesna, Savić, Matej. „Actual issues of international subjectivity“, *Proceedings of the Faculty of Law, University of Mostar*, XXVI/26, 2018: 92-110
11. Kelsen, Hans, *The Problem of Sovereignty and the Theory of International Law: A Contribution to a Pure Theory of Law*. Belgrade: Official Gazette of SCG, 2003.
12. Koskenniemi, Martti. „Hierarchy in International Law: A Sketch“, *European Journal of International Law*, 8 (4) (1997): 575-576
13. Koskenniemi, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
14. Kreća, Milenko. *International Public Law*. Belgrade: Official Gazette, 2007.
15. Krivokapić, Boris. „The relationship between international and domestic law“, *Foreign Legal Life*, 2/2013, (2013): 59-103.
16. Krivokapić, Boris. *International Public Law*. Belgrade: Institute for Comparative Law 2017.
17. Lukić, Radomir, D. Košutić, Budimir P. and Mitrović, Dragan M. *Introduction to law*. Belgrade: Official Gazette of the FRY, 1999.
18. Manning, William. O. *Commentaries on the Law of Nations*, London: Law Bookseller and Publisher, 1839.
19. Milanović, Marko, Hadži-Vidanović, Vidan. *International law - a collection of documents*, Belgrade: Belgrade Center for Human Rights, 2005.

20. Milisavljević, Bojan. "Some open questions regarding ius cogens norms in international law", *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, (2020): 151-170.
21. Milne, Seumas. *The End of the New World Order*, (The Guardian, Article, 2012.), <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/oct/19/new-world-order>, accessed December 12, 2023.
22. Nussbaum, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. New York: Macmillan Company, 1954.
23. Račić, Obrad. "The Relationship between International and Domestic Law", *International Problems*, 3-4/1999 (1999): 358-381.
24. Report of the Commission on the work of its seventieth session, Official Records of the General Assembly, Seventy third Session, Supplement A/73/10.
25. Report of the Commission on the work of its sixty-seventh session, Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement A/70/1.
26. Šahović, Milan. "International Law at the End of the 20th Century", *Archives for Legal and Social Sciences*, January-March, 1/1991 (1991): 3-12
27. Šahović, Milan. "International Law in a Disoriented World", *Archives for Legal and Social Sciences*, Belgrade, 3/1993 (1993).
28. Šahović, Milan. *Paths of contemporary development of international law*. Belgrade: Institute for International Politics and Economy, 1969.
29. Savić, Matej. "International law at the beginning of the XXI century - a theoretical view of contemporary doctrine, processes and problems of the international legal order", *Pravna riječ*, 12/44 (2015): 155-183.
30. Savić, Matej. "International regulation of the cosmos and sea space - Review of certain aspects of the legal subjectivity of humanity", *Politeia*, XI/22 (2021): 115-130.
31. Savić, Matej. "Responsibility of States in International Law - Review of Contemporary Challenges and Shortcomings", *Collection of Papers from X Scientific Conference: "Controversies in Contemporary Law"*, (2022): 122-149.
32. Savić, Matej. "State sovereignty between the crisis of international law and contemporary political reality", *Politeia*, 4 (8) (2014): 69-96.
33. Savić, Matej. "The European Union's Legal Personality in International Law – Character, Structure, and Scope". *Studia Europejskie – Studies in European Affairs*, 2-2023, (2023): 45-64.
34. 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*, VII 7 (2017): 174-183
35. Savić, Matej. „International Legal Order and the Problems of State Sovereignty in the 21st Century”, *6th International Conference on European Studies Local, Regional and Global Governance Proceedings Book*, ICES'17, Tirana (2017): 179-199.
36. Savić, Matej. *Diplomatic-Consular Law and International Legal Order*. Banja Luka: PPGD Komesgrafika, 2016.
37. Savić, Snežana, S. *Basics of Law*. Banja Luka: PPGD Komesgrafika, 2005.
38. Savić, Snežana, S. Savić, Matej, *Theory of the State and Law*. Banja Luka, PPGD Komsegrafika, 2017.

39. Scarffe, Eric., "Toward a Dignity-Based Account of International Law", *Jus Cogens*, 4 (2022): 207-236.
40. Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Volkerrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1994.
41. Shaw, Malcolm N. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
42. Spektorski, Evgenije V. *The State and its Life*. Belgrade: Dosije, 2000.
43. Triepel, C. H. *Le rapport entre le droit interne et le droit international*, 1899.
44. Vladislavljević, Milan. "The State and the International Community", *doctoral dissertation*, Faculty of Law of University of Belgrade, 1934.

## INTERNATIONAL LEGAL ORDER IN THE 21ST CENTURY: SOME OF THE THEORETICAL ISSUES OF STATE RELATIONS I INTERNATIONAL LAW

Matej Savić<sup>78</sup>

University of Banja Luka, Faculty of Political Sciences

**Abstract:** *In this paper, the author deals with the basic problems related to the definition, legal nature, structure and functioning of the international legal order with an emphasis on the current situation in the first decades of the 21st century. On the other hand, the ubiquitous coupling between internal (state) law and international law is analyzed as a normative part of the international legal order. Although the time frame of this work is set in the first decades of the 21st century, it was necessary to take into account both the era of classical and the era of modern international law. Namely, since the period of classical international law, and until today, there are academic debates about the character, origin, quality, shortcomings and limitations, and even the existence or non-existence of the international legal order. In this context, legal theory all the time, on the one hand, oscillates between ideal points of view, which are too similar to utopian constructions and realists of international life, on the other hand, establishing points of view according to which international law almost does not exist. The overriding goal of this paper is to determine and highlight certain features that are of great importance for the current situation within the international legal order. In the first place, it is about determining the basic elements of the international legal order, its position and relationship to the national legal order, as well as the perspective of further development, and the possibilities for overcoming the global crisis in the contemporary challenges that are present.*

**Keywords:** *legal order, international legal order, legal objectivism, international voluntarism, structuralism, internal law, state, sovereignty, legal certainty, application of law.*

---

<sup>78</sup> Associate Professor, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, e-mail: matej.savic@fpn.unibl.

# MEĐUNARODNOPRAVNI SUBJEKTIVITET- DA LI JE VREME ZA TRANSFORMACIJU?

Jelica Gordanić<sup>1</sup>

*Institut za međunarodnu politiku i privredu*

**Apstrakt:** Jedna od tvorevina Vestfalskog mirovnog sporazuma je savremeni sistem međunarodnog prava, prema kojem su države subjekti međunarodnog prava. Nastankom i razvojem međunarodnog udruživanja, svojstvo subjekta međunarodnog prava se prenosi i na međunarodne organizacije. U međunarodnim odnosima sve prisutnija postaje aktivnost nedržavnih aktera. Nedržavni akteri poput nevladinih organizacija, pojedinca i multinacionalnih kompanija vrše uticaj na razvoj međunarodnog prava i tokove međunarodnih odnosa. Nedržavni akteri imaju svojstvo objekta međunarodnog prava. S druge strane, zahvaljujući rastućem uticaju na međunarodnoj areni, postepeno stiču karakteristike koje se mogu pripisati subjektima međunarodnog prava. Rad razmatra da li je vreme za transformaciju pojma međunarodnopravnog subjektiviteta. Ispituju se različiti pravci delovanja nedržavnih aktera i njihov odnos sa državom. Analizira se i povremena nemoć države u odnosu na nedržavne akttere, posebno kada je reč o nevladinim organizacijama i multinacionalnim kompanijama. Rad zaključuje da je pojam međunarodnopravnog subjektiviteta spreman za proširenje i prilagođavanje zahtevima saremenog sveta. Kao najveća prepreka na ovom putu, javlja se nedostatak političke volje država.

**Ključne reči:** međunarodnopravni subjektivitet, međunarodno pravo, nedržavni akteri, država, nevladine organizacije, pojedinac, multinacionalne kompanije, transformacija.

## 1. UVOD

Potpisivanjem Vestfalskog mirovnog sporazuma 1648. godine okončan je Tridesetogodišnji rat u Evropi. Vestfalski mirovni sporazum počiva na četiri značajna principa: principu suvereniteta nacija-država i pravu na samoopredeljenje; principu pravne jednakosti između nacija-država; principu obavezujućih međunarodnih ugovora između država i principu nemešanja jedne države

---

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd. e-mail: jelica@diplomacy.bg.ac.rs. Rad je nastao u okviru projekta „Srbija i izazovi u međunarodnim odnosima 2023. godine”, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnoloških inovacija Republike Srbije, a realizuje Institut za međunarodnu politiku i privredu tokom 2023. godine.

u unutrašnje stvari druge. Jedna od najvažnijih tvorevina Vestfalskog sporazuma je i savremeni sistem međunarodnog prava u kome su primarni učesnici države.<sup>2</sup>

Klasično pozitivističko viđenje međunarodnog prava počiva na pretpostavci da je međunarodni sistem isključivo državocentričan. Prema ovakvim shvatanjima, država se smatra za jedinog i isključivog subjekta međunarodnog prava. Svojestvo međunarodnopravnog subjektiviteta karakterišu teritorija, stanovništvo, vlada i suverenost.<sup>3</sup>

Turbulentna dešavanja XX veka, potpomognuta procesom globalizacije, za posledicu imaju delovanje i drugih entiteta, osim države. Završetkom Prvog svetskog rata formira se prva univerzalna međunarodna organizacija- Društvo naroda. Završetkom II svetskog rata dolazi do stvaranja Ujedinjenih nacija, druge univerzalne međunarodne orgnaizacije. Osnivanje jedne moćne i inovativne međunarodne organizacije poput Ujedinjenih nacija poremetilo je "aksiom o apsolutnom primatu država u međunarodnim odnosima i međunarodnom pravu."<sup>4</sup> Javljaју se i drugi nedržavni akteri, poput nevladinih organizacija, multinacionalnih kompanija, pojedinca, investitora, oružanih grupa i drugih.

Pojedini nedržavni akteri su stekli određene karakteristike međunarodnopravnog subjektiviteta. Njihova uloga u sferi razvoja međunarodnog prava i uticaj u sferi međunarodnih odnosa se ne mogu i ne smeju negirati. Rad razmatra pojavu i delovanje nedržavnih aktera, sa posebnim osvrtom na nevladine organizacije i multinacionalne kompanije. Ispituju se da li ovi entiteti imaju potencijal da budu smatrani subjektima međunarodnog prava. Analizira se i njihov odnos sa državom, kao i uticaj koji imaju na odluke države. Imajuću u vidu porast uticaja nedržavnih aktera, autor se pita da li se u XXI veku pojam međunarodnopravnog subjektiviteta može shvatati u tradicionalnom smislu? Da li je došlo vreme za transformaciju pojma međunarodnopravnog subjektiviteta ili država još uvek nije izgubila bitku sa nedržavnim akterima?

## 2. NEDŽAVNI AKTERI - POJAM I ZNAČAJ

Precizna i opšteprihvaćena definicija nedržavnih aktera ne postoji. Teoretičari ih opisuju kao "svaki entitet koji nije država" i koji se koristi "da zajedno opiše oružane grupe, teroriste, civilno društvo, verske zajednice i korporacije".<sup>5</sup> Za razliku od države, čiji su pojam, definicija i elementi jasni, pod pojmom nedržavnih aktera se podrazumeva šarolik skup najrazličitijih entiteta. U najširem smislu reči, nedržavnim akterima se mogu smatrati svi entiteti koji nisu država, a koji

---

2 Detaljnije o ovom pitanju videti kod: Boris Krivokapić, „Značaj Vestfalskog mira (1648) za međunarodno pravo“, *Revija kopaoničke škole prirodnog prava*, 1 (2023): 47-70.

3 Aneta Stojanovska-Stefanova, Draško Atanasoski, "State as a Subject of International Law", *US-China Law Review*, Vol. 13, 25 (2015): 25.

4 Marko Novaković, „Uloga međunarodnih organizacija u međunarodnim odnosima – primer Ujedinjenih nacija“, *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 176.

5 Mihajlo Vučić, „Uvodna razmatranja“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 11, prema: Andrew Clapham, "Non-State Actors", in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran, & David Harris (eds), *International Human Rights Law*, 3<sup>rd</sup> edn, Oxford university Press, Oxford.



svojim delovanjem imaju određeni uticaj na samu državu, kao i na sferu međunarodnih odnosa i međunarodnog prava.

Nedržavni akteri ne vrše formalnu vlast nad, ili u ime neke populacije. To ne znači da nemaju izvesnu "populaciju" u užem smislu reči. Mnogobrojni nedržavni akteri imaju zaposlene, formalnu bazu članstva i širok krug simpatizera. Ovo je posebno vidljivo u slučaju multinacionalnih kompanija i nevladinih organizacija. U nekim slučajevima nedržavni akteri deluju kao zvanični predstavnici određenih grupa u zemlji. Ovo je npr. slučaj sa etnički definisanim političkim strankama. Nedržavni akteri mogu biti i veoma uticajni, a u nekim aspektima čak i moćniji od same države. Tako npr. multinacionalne kompanije kao što su Apple, Huawei, Coca-Cola, McDonalds imaju veći globalni uticaj od velikog broja država. Za razliku od država, nedržavni akteri formalno nemaju kontrolu nad nekom teritorijom. Od ovog pravila postoje izuzeci, npr. u slučajevima separatističkih pokreta.

U slučaju nedržavnih aktera dolazi do izuzetka i u slučaju da se formalni međunarodni odnosi grade na relaciji država-država. Ovo pravilo je doživelo značajan izuzetak u slučaju multinacionalnih kompanija i nevladinih organizacija. Države zaključuju ugovore sa multinacionalnim kompanijama. S druge strane, nevladine organizacije imaju svojstvo da učestvuju u radu određenih međunarodnih organizacija ili da budu deo zvanične delegacije države, pa čak i da pregovaraju u ime države.<sup>6</sup>

Neophodno je napomenuti da nedržavni akteri nisu tvorevina modernog doba. Činjenica je da njihovo delovanje i uticaj postaju značajniji i vidljiviji poslednjih nekoliko decenija, ali pojedini nedržavni akteri imaju dugu tradiciju postojanja. Tako se npr. prve nevladine organizacije javljaju tokom 18. veka kao različite vrste verskih institucija, misionarskih udruženja, naučnih društava, bratstava ili humanitarnih organizacija. Vremenom se njihov delokrug proširio na medicinska i humanitarna pitanja, a razvojem nauke i tehnologije i na brojna druga pitanja.<sup>7</sup> Delovanje multinacionalnih kompanija postoji od kada postoji i međunarodna trgovina. Istorijski najbližoj verziji savremenih multinacionalnih kompanija mogu se smatrati preduzeća iz velikih kolonijalnih sila u period od 17. do 19. veka. Jedan od najpoznatijih primera je Britanska istočnoindijska kompanija koja je pod različitim imenima delovala više od 300 godina. Savremene multinacionalne kompanije, u koje spada i veliki broj multinacionalnih kompanija koje trenutno funkcionišu, poreklo vode iz različitih perioda 20. veka. U pogledu položaja pojedinca u međunarodnom pravu, tokom ranog razvoja međunarodnog prava samostalnim subjektima su smatrani pojedinci koji su upravljali određenim teritorijama tj. vladari država koji su učestvovali u stvaranju pravila. Imajuću u vidu ovu činjenicu, može se zaključiti da je tokom srednjeg veka bilo manje nedoumica u pogledu međunarodnopravnog subjektiviteta pojedinca, nego što je to slučaj danas.<sup>8</sup>

Šarolika grupacija entiteta koji se mogu podvesti pod pojam nedržavnih aktera prisutna je na međunarodnoj sceni dugi niz godina, pa čak i vekova. Za razliku od države, imaju okrnjene elemente međunarodnopravnog subjektiviteta. Da li, čak i ti nepotpuni elementi, mogu da ih u budućnosti kvalifikuju za potencijalne subjekte međunarodnog prava?

<sup>6</sup> Detaljnije videti kod: Peter Wijninga, Willem Theo Oosterveld et. al, "State and non-state actors", in *Strategic Monitor 2014*, eds. Eline Chivot, Jan Hendrik Galdiga et al. (Hague: Hague Center for Strategic Studies, 2014), 144.

<sup>7</sup> Thomas Davies, "The Historical Development of NGOs", in *Handbook of Research on NGOs*, eds. A. Kellow, H. Murphy-Gregory (Cheltenham UK, Northampton, USA: Edward Elgar Publishes, 2018), 15-16.

<sup>8</sup> Sanja Kreštalica, „Evolucija shvatanja o subjektivitetu pojedinca u međunarodnom pravu“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 225.

### 3. NEDRŽAVNI AKTERI KAO POTENCIJALNI SUBJEKTI MEĐUNARODNOG PRAVA

Država je subjekt međunarodnog prava. Međunarodnopravni subjektivitet države je činjenica koja se ne dovodi u pitanje. Pored države, međunarodnopravni subjektivitet imaju i određene međunarodne organizacije, poput Ujedinjenih nacija. U ovom slučaju, postoji jasna razlika između država i međunarodnih organizacija. Država raspolaže izvornom vlašću, te je njihov međunarodnopravni subjektivitet svojstvo koje postoji i koje se podrazumeva. S druge strane, autoritet međunarodnih organizacija zavisi od obima prava koje su države prenele na njih. Međunarodnopravni subjektivitet država se podrazumeva, dok međunarodne organizacije moraju dokazivati subjektivitet na osnovu osnivačkog ugovora.

Nedržavni akteri su pravno nevidljivi kada je reč o međunarodnopravnom subjektivitetu. Oni se bez sumnje mogu smatrati jedino objektima međunarodnog prava. Važan zaokret po pitanju međunarodnopravnog subjektiviteta dao je Međunarodni sud pravde 1949. godine u savetodavnom mišljenju u pogledu nadoknade štete za povrede pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija. Sud je istakao da „subjekti prava u bilo kom pravnom sistemu nisu nužno identični po svojoj prirodi ili u obimu prava, a njihova priroda zavisi od potreba zajednice. Kroz svoju istoriju, na razvoj međunarodnog prava uticali su zahtevi međunarodnog života, i progresivno povećanje kolektivnih aktivnosti država već je dovelo do akcija na međunarodnom planu od strane određenih entiteta koji nisu države.“<sup>9</sup>

Iz navedenog savetodavnog mišljenja MSP, odsustvo određenih elemenata pravnog subjektiviteta koji su karakteristični isključivo za države nisu nepremostiva prepreka za proširenje ovog pojma i na nedržavne aktere. Na ovaj način je učinjen „vrlo važan iskorak u tradicionalnom vestfal-skom sistemu zasnovanom na odnosima između država, što je imalo za prirodnu posledicu i uticaj na međunarodno pravo, koje je do tada regulisalo isključivo odnose između država.“<sup>10</sup>

Zahtevi međunarodnog života su, prema mišljenju MSP, važan okidač koji je omogućio učešće na međunarodnom planu entiteta koji nisu države. Na ovaj način, možda mogu postojati i novi subjekti međunarodnog prava, koji nisu država. Svojim delovanjem, nedržavni akteri su ostvarili značajan uticaj na razvoj međunarodnog prava i međunarodnih odnosa. Uticaj pojedinih nedržavnih aktera prevazilazi svojstvo objekta međunarodnog prava i približava se elementima subjektiviteta. Koje su to aktivnosti nedržavnih aktera koje su ih približile potencijalnom svojstvu subjekta međunarodnog prava?

#### 3.1. Nevladine organizacije i međunarodnopravni subjektivitet

NVO se mogu definisati kao „udruženja građana u koja se oni uključuju da bi ostvarili i zadovoljili neke svoje privatne i opšte društvene interese, motive i potrebe. Ta udruženja imaju status pravnog lica (institucionalizovana su), odvojena su od države, neprofitnog, nekomercijalnog

<sup>9</sup> International Court of Justice. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Advisory opinion. 11 April 1949. Internet: [http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.11\\_reparation\\_for\\_injuries.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.11_reparation_for_injuries.htm), pristupljeno 18. 09. 2023

<sup>10</sup> Antonia Jutrović, „Utvrdjivanje odgovornosti međunarodnih organizacija u pravu i praksi“, *Strani pravni život*, 62, 3 (2018): 214.

i nepartijskog su karaktera, zasnovana na dobrovoljnom radu i ulaganju sredstava.<sup>11</sup> Pravni osnov za nastanak NVO ogleđa se u pravu čoveka i građanina na slobodu udruživanja, koja predstavlja jedan od temelja modernog demokratskog društva. Nevladine organizacije deluju nezavisno i nisu (barem ne bi trebale da budu) pod kontrolom vlada država na čijoj teritoriji deluju. Njihovo delovanje je usmereno na ostvarenje određenog cilja, koji je definisan njihovim osnivačkim aktom. Teoretičari ih smatraju za „omiljenu decu međunarodnog razvoja“, koja su postala „čvrst deo društvenog i političkog života u velikom delu sveta da dovoditi u pitanje njihovu svrhu ili dugovečnost izgleda apsurdno.“<sup>12</sup>

Pojam međunarodne NVO prvi put je upotrebljen u Rezoluciji 288B (X) Ekonomskog i socijalnog saveta UN iz 1950. godine. Ovom Rezolucijom se detaljnije razrađuje član 71 Povelje UN koji navodi da Ekonomski i socijalni savet može da zaključi potrebne sporazume radi konsultovanja sa zainteresovanim nevladinim organizacijama zainteresovanim za pitanja koja ulaze u okvir njegove nadležnosti. Zahvaljujući konsultantskom statusu, NVO mogu aktivno ili u svojstvu posmatrača učestvovati na sastancima Ekonomskog i socijalnog saveta i njihov memorandum može cirkulisati kao dokument UN. Konsultantski status je omogućio NVO da učestvuju u širokom spektru aktivnosti UN. Tako npr. NVO koje se bave određenom granom prava učestvuju u radu na nacrtima ugovora i oblikuju jezik ugovora. Učestvuju i u realizaciji aktivnosti UN u pogledu humanitarnih, razvojnih i pitanja iz oblasti životne sredine. Njihova uloga je važna u procesima postkonfliktne rekonstrukcije. Uz to, NVO sa konsultantskim statusom savetuju države, promovišu ciljeve UN i prikupljaju informacije o stanju na terenu u pogledu važnih pitanja za UN. Konsultantski status je dao veoma dobre rezultate u praksi i ovo svojstvo u velikoj meri razlikuje NVO od drugih nedržavnih aktera poput pojedinca i multinacionalnih kompanija.<sup>13</sup>

NVO učestvuju u procesu stvaranja, razvoja i primene pravila međunarodnog prava. Dale su značajan doprinos razvoju mnogih grana prava. Posebno treba istaći oblast ljudskih prava, pravo životne sredine, međunarodno humanitarno prava itd.

U pogledu prava životne sredine, NVO koriste raspoložive resurse kako bi, često kompleksnu tematiku ove grane prava, približile i što jednostavnije prikazale javnosti, te na taj način skrenule pažnju na propuste države u ovoj oblasti. NVO koriste tehnike lobiranja i javnog zagovaranja, čime se stvara pritisak na državu da se detaljnije pozabavi nekim pitanjem. Zahvaljujući istraživanjima i dobro osmišljenim kampanjama nevladinog sektora u pogledu međunarodnog regulisanja kontrole prekograničnog kretanja opasnog otpada i istraživanja o posledicama upotrebe žive po životnu sredinu došlo je do usvajanja Bazelske konvencije 1989. godine, kao i Međunarodne konvencije o živi (Minamata konvencije) koja je stupila na snagu 2017. godine.<sup>14</sup> Ostvarile su uticaj i na usvajanje mnogih drugih konvencija iz oblasti životne sredine.

Uticaj NVO vidljiv je i na oblast klimatskih promena. Jedan od najaktuelnijih primera je slučaj iz 2019. godine, Holandija protiv fondacije Urgenda, prva uspešno okončana klimatska parnica

11 Žarko Paunović, *Nevladine organizacije – Potreba ili zavera* (Beograd: Demokratska stranka/istraživačko izdavački centar, 2007), 6.

12 Evan Schofer and Wesley Longhofer, “The Global Rise of Nongovernmental Organizations”, in *The Nonprofit Sector*, eds. Walter W. Powell, Patricia Bromley (Stanford: Stanford University Press, 2020), 603.

13 Jelica Gordanić, „Položaj nevladinih organizacija u međunarodnom pravu“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 203-205.

14 Jelica Gordanić, „Uticaj nevladinih organizacija na međunarodno pravo zaštite životne sredine- posledice po međunarodnopravni subjektivitet države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, LVII, 1 (2023): 265.

u Evropi. NVO Urgenda tužila je Holandiju za neispunjenje obaveza predviđene međunarodnim ugovorima, u pogledu nepreduzimanja odgovarajućih mere smanjenja emisije štetnih gasova, što direktno ugrožava sadašnje i buduće generacije holandskih građana. Holandija je izgubila spor na svim nivoima-pred okružnim, apelacionim i vrhovnim sudom. Ovaj slučaj daje vetar u leđa uticaju i delovanju nevladinog sektora u oblasti zaštite životne sredine, i potvrdio vezu koja postoji između ljudskih prava, životne sredine i odgovornosti države. Uspeh slučaja Urgenda pokrenuo je i naredne klimatske parnice među kojima treba istaći Duarte Agoštinjo protiv Portugalije i još 32 države Saveta Evrope, kao i Union of Swiss Senior Women for Climate protiv Švajcarske koji se vode pred Evropskim sudom za ljudska prava.<sup>15</sup>

Uloga NVO je važna i kada je reč o sprečavanju usvajanja i ratifikacije određenih međunarodnih sporazuma. Tokom devedesetih godina XX veka u okviru OECD-a vođeni su pregovori o Multilateralnom sporazumu o investicijama. Sporazum je predviđao odredbe koje su imale za cilj zaštitu prava stranih investitora i ograničenja mogućnosti vlada da usvajaju zakone od javnog interesa. NVO su pokrenule intenzivnu kampanju usmerenu protiv sporazuma i njegovih nepovoljnih odredbi. Do trenutka kada su pregovarači OECD-a prihvatili konsultacije sa nevladinim sektorom, kampanja je previše odmakla za bilo kakvu vrstu konstruktivnih razgovora. Kao konačan rezultat pritiska NVO pregovori o Multilateralnom sporazumu o investicijama su okončani.<sup>16</sup> Slična situacija se desila i u slučaju Konvencije o regulisanju aktivnosti mineralnih sirovina na Antarktiku (CRAMRA) koja je trebala biti deo Antartičke povelje i srodnih dogovora. Pregovori za zaključenje konvencije trajali su duže od šest godina. Neadekvatno ostvarenje domaćih interesa izazvalo je veliki revolt NVO prvenstveno u Australiji, a kasnije i u drugim potpisnicama Konvencije. Kao rezultat dobro osmišljenih kampanja nevladinog sektora, nijedna država nije ratifikovala pomenutu Konvenciju.<sup>17</sup> Uticaj NVO na razvoj prava životne sredine je veliki. Opravdano je zapitati se da li bi ova grana prava imala oblik koji ima sada, da nije bilo aktivnosti nevladinog sektora.<sup>18</sup>

NVO su dale veliki doprinos u izradi Konvencije o pravima deteta. Prema mišljenjima teoretičara, njihova uloga prilikom izrade ovog dokumenta bila je „značajnija nego u bilo kom prethodnom procesu izrade nekog međunarodnog ugovora.“<sup>19</sup> NVO bile su organizovane u ad hoc grupu koja se sastajala dva puta godišnje kako bi analizirala tekst Konvencije predložen od strane Ad Hoc gupe UN. NVO grupa je sačinjavala dopune, kritike ili predlagala izmene nacrtu Konvencije. NVO su pripremale zajedničke predloge koji su dostavljani UN radnoj grupi. Ovakav vid saradnje je omogućio NVO „da imaju značajan uticaj na oblikovanje konačnog teksta Konvencije.“<sup>20</sup> NVO su pokrenule i aktivnu međunarodnu kampanju u korist Konvencije, i u tu svrhu organizovale seriju seminara i konferencija širom sveta. Ovakvi događaji bili su značajni kako bi se čuli

15 Ljubomir Tintor, „Značaj slučaja Urgenda za razvoj klimatskih parnica na području Evrope“, *Strani pravni život*, LXV, 2 (2021): 255.

16 Detaljnije videti kod: Jelica Gordanić, „Položaj nevladinih organizacija u međunarodnom pravu“, 208.

17 Jelica Gordanić, „Uticaj nevladinih organizacija na međunarodno pravo zaštite životne sredine- posledice po međunarodnopravni subjektivitet države“, 267.

18 Detaljnije o ovom pitanju videti kod: Dragoljub Todić, „Nedržavni akteri i upravljanje zaštitom životne sredine“ u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i pravu, 2020), 119-152.

19 Nevena Vučković Šahović, *The role of civil society in implementing the general measures of the Convention on the rights of the child* (Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2010), 13.

20 Laura Theytaz- Bergman, „NGO Group for the Convention on the Rights of the Child“, *The International Journal of Children's Rights*, 3 (1995): 452.

stavovi država u pogledu prava deteta, a bili su i odlična prilika za razmenu mišljenja, iznošenje sugestija i jedan vid procene napretka nacrtu Konvencije. Odredbom člana 45 Konvencije, NVO imaju ovlašćenje da podnesu izveštaje, dokumentaciju i druge relevantne informacije kako bi se obezbedila kompletnija slika u pogledu primene Konvencije u određenoj državi. Ove informacije mogu dostavljati individualne NVO ili koalicije NVO iz određene države.

Tokom poslednjih nekoliko godina, neophodno je pomenuti i pomake koji postoje u saradnji između NVO i Saveta bezbednosti UN (SB). Sredinom devedesetih godina XX veka, dolazi do proširenja Aria formula sastanaka na predstavnike NVO i drugih nedržavnih aktera. Na ovaj način, NVO su doprinele radu SB putem pružanja ekspertiza i obaveštenja u pogledu stanja stvari na terenu, posebno u oblastima humanitarnog prava, zaštite civila u oružanim sukobima, položaju žena i dece u oružanim sukobima.<sup>21</sup> Zahvaljujući lobiranju nevladinog sektora, SB je usvojio rezolucije u pogledu nekih oblasti koje su bile ranije nepravedno zapostavljene. Prva u nizu rezolucija bila je Rezoluciju 1325 o ženama, miru i bezbednosti od 31. oktobra 2000. godine. Rezolucijom se pozivaju sve strane u oružanim sukobima da u potpunosti poštuju pravila međunarodnog prava primenjiva na prava i zaštitu žena i devojčica, posebno kao civila, a posebno obaveza koje se na njih primenjuju prema relevantnim dokumentima međunarodnog prava. Strane u oružanim sukobima se pozivaju da preduzmu posebne mere zaštite žena i devojčica od rodno zasnovanog nasilja, posebno silovanja i drugih oblika seksualnog zlostavljanja i svih drugih oblika nasilja u situacijama oružanih sukoba. Petnaest godina nakon usvajanja Rezolucije 1325, Savet bezbednosti je usvojio novu Rezoluciju 2242 o položaju žena i devojčica u oružanim sukobima. Uspeh nevladinih organizacija u pogledu saradnje sa Svetom bezbednosti UN se može okarakterisati kao pozitivna tenedencija, ali sa, još uvek, oganičenim oblastima delovanja. Rezultati nevladinih organizacija su najvidljiviji u oblastima mekog prava- pitanja položaja žena i dece u oružanim sukobima. Nevladine organizacije su pokušavale, ali nisu ostvarile značajniji uspeh u oblasti tvrdog prava. Po pitanjima izraelsko-palestinskog sukoba, Iraka, Avganistana bilo je mnogo pokušaja lobiranja i uticaja od strane nevladinog sektora. Svi ovi naponi nisu dali rezultate.<sup>22</sup>

### 3.2 Multinacionalne kompanije

Jedan od nedržavnih aktera sa velikim uticajem su multinacionalne kompanije. Ono što razlikuje multinacionalne kompanije od klasičnih preduzeća je činjenica da raspolazu ogromnim kapitalom, velikim brojem zaposlenih iz različitih država i filijalama koje se nalaze u mnogobrojnim državama širom sveta. U literaturi se koristi i naziv transnacionalne kompanije. Ove kompanije se mogu definisati kao grupa ekonomskih jedinki koje nezavisno od pravnog oblika ili sektora poslovanja deluju u dve ili više zemalja i to u sistemu odlučivanja koji pruža mogućnost da se uz pomoć jednog ili više centara odlučivanja vodi konkretna politika i ostvaruje zajednička strategija, tj. preduzeće koje poseduje ili kontroliše proizvodne ili uslužne objekte van zemlje u kojoj je

<sup>21</sup> Kerstin Martens, *NGOs and the United Nations- Institutionalization, Professionalization and Adaptation* (New York: Palgrave Macmillan, 2005), 48.

<sup>22</sup> O nevladinim organizacijama i Savetu bezbednosti videti detaljnije kod: Jelica Gordanić, „NGOs and the UN Security Council: Between informal reality and possibilities of formal interaction”, *The Review of International Affairs*, LXXII, 1182 (2021), 47–65.

osnovano.<sup>23</sup> Multinacionalne kompanije postoje u svim oblastima delatnosti- od računarstva i informacionih tehnologija, kozmetike, farmacije, hrane do banaka, grupacija hotela i građevinskih firmi. Imajući u vidu da poseduju ogromne količine kapitala, karakteriše ih i velika količina moći i uticaja, koja proizilazi upravo iz tog kapitala. Prisustvo multinacionalnih kompanija u mnogim zemljama u razvoju se smatra za vrlo poželjno, jer ove kompanije omogućavaju stvaranje radnih mesta i napredak zemalja u razvoju.

Njihovo prisustvo u sferi međunarodnog prava je veoma zanimljivo. Ove kompanije se ne osnivaju međunarodnim ugovorom i ne funkcionišu po međunarodnom pravu, dok su, s druge strane, u stanju da zaključuju ugovore sa državama, na koje se primenjuju pravila međunarodnog prava. Zaključujući ugovore, multinacionalne kompanije stvaraju praksu koja vremenom prerasta u običaj, ali i dalje ne stvara međunarodno pravo. Osnivanje filijale podrazumeva ulazak na teritoriju nove države i pravnu regulativu te države. Međutim, u poslovnom i finansijskom smislu, filijala je zavisna od matice. Na ovaj način, multinacionalna kompanija može, za određenu delatnost, koristiti filijalu države sa najpovoljnijom pravnom regulativom. Mogući su, i neretki slučajevi, da u cilju smanjenja troškova poslovanja matica donese odluku koju filijala mora sprovesti, iako takva vrsta delatnosti može naneti štetu i filijali i državi domaćinu filijale.<sup>24</sup> Na ovaj način mogu nastati sukobi interesa između multinacionalne kompanije i države domaćina filijale. Jedna strana sukoba interesa ima ekonomsku moć, dok država, kao druga strana, ima suverenost i međunarodnopravni subjektivitet. Ekonomski nerazvijene države će biti u podređenom položaju u odnosu na multinacionalne kompanije i često će im činiti brojne ustupke, kako bi osigurale njihovo prisustvo na svojoj teritoriji i potencijalne ekonomske benefite koje mogu ostvariti njihovim prisustvom.

Nedostatak odgovarajuće međunarodnopravne regulative uzrokuje odsustvo odgovornosti multinacionalnih kompanija. Svaka država pojedinačno stvara pravila koja se odnose na njihove delatnosti i poslovanje. To dovodi do situacije da multinacionalne kompanije imaju prava, ali da nemaju odgovornost prema bilo kome ko je oštećen njihovim delovanjem-bilo da je to pojedinac, država ili neko drugo preduzeće. U praksi se dešava da države usvajaju propise slabijeg kvaliteta, kako bi privukle multinacionalne kompanije da posluju na njihovoj teritoriji, što svakako nisu povoljne tendencije. Iz ovih razloga, neophodna je univerzalna međunarodnopravna regulativa koje će zaštititi i države i pojedince, i uneti izvesno polje odgovornosti u delovanje multinacionalnih kompanija.<sup>25</sup>

Osnovni cilj multinacionalne kompanije je profit. Kako bi ostvarile ovaj cilj, multinacionalne kompanije koriste svoj uticaj lobirajući u matičnim državama i državama svojih filijala, učestvujući u pregovorima na državnom nivou. Lobiranjem imaju uticaj i na formulisanje međunarodnih ugovora. Imaju veliku sferu uticaja na odluke međunarodnih organizacija. Kada učestvuju u pregovorima sa državama, u velikom broju slučajeva, njihove pozicije su znatno jače od pozicija država. Njihov uticaj je veliki i u pogledu razvoja određenih grana prava. Neophodno je napomenuti da njihov uticaj ne mora uvek da bude progresivan i pozitivan, naročito kada je reč o pravu životne sredine i ljudskim pravima, kao i svim oblastima čije regulisanje može negativno da utiče

---

23 Boban Dašić, „Pojam i poslovanje transnacionalnih kompanija“, *Ekonomski signali*, 2 (2008): 68.

24 Sanja Jelisavac Trošić, „Multinacionalne kompanije u međunarodnom pravu“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 162-163.

25 Ibidem, 163.

na ostvarenje profita. Na ovaj način, one šire oblasti svoga delovanja i interesovanja na sferu ekonomije, ukoliko bi to doprinelo njihovom boljem položaju.

Svojim delovanjem multinacionalne kompanije mogu da doprinesu ekonomskom boljitku države domaćina koja treba da obezbedi adekvatan zakonodavni okvir za njihovo funkcionisanje. S druge strane, ovi entiteti mogu ozbiljno da ugroze životnu sredinu i zdravlje ljudi čineći mnogobrojne zločine poput diskriminatornog ponašanja, nepoštovanja prava žena, zagađivanja vode, vazduha i prirode, praćenja telefonskih razgovora, elektronske pošte i drugih vidova komunikacije, neetičkim vršenjem medicinskih eksperimenata i ispitivanjem lekova, plasiranjem štetnih namirnica, itd. Imajući u vidu da se u multinacionalne kompanije ubrajaju i mnogobrojne privatne vojne i bezbednosne kompanije, ovi entiteti mogu izvršiti i ozbiljna međunarodna krivična dela poput ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti.<sup>26</sup>

Oštećena strana pod određenim uslovima može pokrenuti spor protiv države pred nadležnim sudom za ljudska prava. U slučaju multinacionalnih kompanija, ovakva mogućnost ne postoji. U pogledu izbegavanja odgovornosti, multinacionalne kompanije se nalaze čak u povoljnijoj situaciji u odnosu na države. Ova paradoksalna situacija pokrenula je pažnju određenih radnih grupa u pogledu odgovornosti nedržavnih aktera, a posebno multinacionalnih kompanija. Usled odsustva konkretnijih rezultata, stiže se utisak da međunarodnopravni poredak "još uvek nije spreman za direktnu odgovornost nedržavnih aktera u pravom smislu te reči, na istovetan način kao i u slučaju država."<sup>27</sup> Kako bi se u izvesnoj meri stalo na put ovoj pojavi u slučaju multinacionalnih kompanija, u zemljama u razvoju javlja se koncept korporativne socijalne odgovornosti. Ovaj koncept podrazumeva obavezu da kompanija ne samo da maksimizuju interese svojih učesnika, ograniče negativne aspekte svojih radnji i da poštuju pravo, nego i da doprinesu socijalnom razvoju i da izađu u susret interesima šireg spektra učesnika.<sup>28</sup> Iako deluje kao razumna ideja, korporativna socijalna odgovornost često deluje kao opasnost koja menadžmentu skreće pažnju sa maksimizacije finansijske dobiti.<sup>29</sup>

Ovakav položaj multinacionalnih kompanija trn je u oku i nedržavnim akterima, pre svega nevladinim organizacijama. Vrlo često ova dva nedržavna aktera imaju suprotstavljene ciljeve-s jedne strane, nevladine organizacije se zalažu za poštovanje određenih principa međunarodnog prava i ljudskih prava, i s druge strane, multinacionalne kompanije koje svojim delovanjem mogu kršiti pravila i unutrašnjeg i međunarodnog prava. Nevladine organizacije često koriste različite vrste medijskih i name and shame kampanja protiv multinacionalnih kompanija, u čemu mogu imati i izvesnog uspeha.<sup>30</sup>

Pitanje međunarodnopravnog subjektiviteta multinacionalnih kompanija se može okarakterisati kao pitanje koje će u budućnosti dobijati na značaju i na intenzivnijem izučavanju teoretičara.

26 Boris Krivokapić, „Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava“, *Godišnjak Fakulteta Pravnih Nauka*, 7 (2017): 122.

27 Andela Đukanović, „Nedržavni akteri i zaštita ljudskih prava“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 270.

28 Jovana Blešić, „Odgovornost nedržavnih aktera“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić (Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020), 329.

29 Ibidem, 330.

30 O ovom pitanju detaljnije videti kod: Muhammad Azizul Islam, Craig Deegan, Shamima Haque, „Corporate human rights performance and moral power: A study of retail MNCs' supply chains in Bangladesh“, *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 74, 2021. Dostupno na: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1045235420300162>, pristupljeno 26. 09. 2023.

Izvesno je da multinacionalne kompanije imaju određene elemente međunarodnog pravnog subjektiviteta. Određene multinacionalne kompanije imaju poslovnu, pravnu i deliktну sposobnost. Ovo se manifestuje kroz zaključivanje međunarodnih ugovora i sposobnošću da budu nosioci određenih vrsta prava i obaveza utvrđenih međunarodnim pravom. Za razliku od država, ovi entiteti „nemaju sposobnost da poseduju razne vidove međunarodnopravne nadležnosti (teritorijalna, personalna i u interesu međunarodne zajednice); nemaju sposobnost vođenja odbrambenog rata; nemaju sposobnost mirnog rešavanja međunarodnih sporova u užem smislu odnosno učešća u tim procesima; nemaju aktivno i pasivno pravo poslanstva (sposobnost da se šalju i primaju diplomatski predstavnici); ne uživaju imunitet od strane jurisdikcije (kao što je to slučaj sa državama); nemaju sposobnost da kažnjavaju druge subjekte međunarodnog prava tj. da vrše kaznenu funkciju (jus punendi), u principu ne mogu biti članice međunarodnih (vladinih) organizacija; itd.”<sup>31</sup>

Države treba da ulože velike napore kako bi poslovanje multinacionalnih kompanija na svojim teritorijama držale pod kontrolom. Tri hiljade najvećih multinacionalnih kompanija godišnje uzrokuje štetu po životnu sredinu u iznosu od 2,2 triliona dolara, dok je 100 najvećih kompanija izvor više od 70% globalne emisije gasova staklene bašte u periodu od 1988. godine do danas.<sup>32</sup> Ovi podaci moraju biti apel za države, kako bi ograničile rastuću moć multinacionalnih kompanija i, pre svega, rešile pitanje njihove međunarodnopravne odgovornosti.

#### 4. PITANJE BUDUĆNOSTI I POTENCIJALNE TRANSFORMACIJE MEĐUNARODNOPRAVNOG SUBJEKTIVITETA

Nedržavni akteri su aktivni učesnici u međunarodnim odnosima i njihove aktivnosti imaju uticaj na sferu međunarodnog prava. Svojim aktivnostima nedržavni akteri poput nevladinih organizacija i multinacionalnih kompanija ulaze u oblast koja je tradicionalno rezervisana za državu. Rastom moći i uticaja nedržavnih aktera dolazi do slabljenja uloge države. Nedržavni akteri su “entiteti nepotpunog pravnog subjektiviteta, što ne znači da njihov značaj za razvoj i primenu pravila međunarodnog prava ne postoji. Naprotiv (...) taj značaj je višestruk i sa usložnjavanjem razvoja međunarodnih odnosa stalno raste. Pitanje aktera međunarodnog prava je u suštini pitanje subjekata međunarodnog prava.”<sup>33</sup> Teoretičari smatraju da “širenjem broja nedržavnih aktera države gube na važnosti, dok nedržavni akteri stižu status i uticaj.”<sup>34</sup> Mnogi nedržavni akteri “oblikuju nacionalne, regionalne i međunarodnu politiku.”<sup>35</sup>

---

31 Boris Krivokapić, „Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava“, 124.

32 Heal the Planet. Multinational Corporations. Dostupno sa <https://healtheplanet.com/100-ways-to-heal-the-planet/multinational-corporations>, pristupljeno 22. 09. 2023.

33 Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law* (New York: Cambridge University Press, 2006), 85.

34 Muhittin Ataman, “The Impact of Non-State Actors on World Politics: A Challenge to Nation-States”, *Alternatives-Turkish Journal of International Relations*, 1(2003): 42.

35 Ibidem, 62.



Pitanje sve većeg značaja nedržavnih aktera otvara pitanje u pogledu njihovog potencijalnog međunarodnopravnog subjektiviteta. Da li su države u XXI veku i dalje toliko značajni akteri da jedino one zaslužuju da budu subjekti međunarodnog prava?

Međunarodnopravni subjektivitet je po mnogim karakteristikama specifičan, te se znatno razlikuje od subjektiviteta koji se stvara i primenjuje u unutrašnjem pravu. Kada je reč o karakteristikama subjekta međunarodnog prava, autori navode različita svojstva poslovne sposobnosti koja su karakteristična za državu, kao tradicionalnog subjekta međunarodnog prava. Kao najvažnija svojstva međunarodnopravnog subjektiviteta ističu se pravo slanja i primanja diplomatskih misija, pravo na zaključivanje sporazuma, pravo učešća u legitimnim oružanim sukobima, pravo na pomorsku zastavu, pravo na diplomatsku zaštitu svojih državljana, pravo da podnese međunarodni zahtev, da tuži i bude tužen na međunarodnom planu, odgovornost za kršenje obaveza, kao i pravo na priznanje teritorijalnog suvereniteta. Jasno je da pojedine od navedenih elemenata mogu uživati samo države.<sup>36</sup> Takav je slučaj npr. sa pravom na diplomatsku zaštitu sopstvenih državljana. Sve navedene karakteristike ne mogu ispuniti nedržavni akteri, kako bi se smatrali subjektima međunarodnog prava u tradicionalnom smislu reči. U tradicionalnom smislu, nedržavni akteri nemaju ni teritoriju, ni suverenitet, ni stanovništvo. Element koji ih razlikuje od drugih objekata međunarodnog prava je uticaj koji mogu imati na odluke države, razvoj međunarodnog prava i lobiranje.<sup>37</sup> U odnosu države i nedržavnih aktera treba se osvrnuti na pitanje subjekta međunarodnog prava i subjekta međunarodnih odnosa. Subjekt međunarodnih odnosa je svaki subjekt koji ima sposobnost delovanja na međunarodnom planu. Ova kategorija je široka i obuhvata sve entitete koji imaju uticaj na stvaranje i izražavanje svojih pozicija na nivou međunarodne politike. Ovo znači da subjekti međunarodnog prava mogu da budu subjekti međunarodnih odnosa, dok obrnuto ne važi. Subjekti međunarodnih odnosa ne mogu biti po automatizmu subjekti međunarodnog prava. Posmatrano kroz ovu prizmu, nedržavni akteri mogu npr. dati veliki doprinos razvoju određenih grana međunarodnog prava, ali ih to ne čini subjektima međunarodnog prava.<sup>38</sup>

Ukoliko se situacija posmatra iz drugog ugla, pitanje međunarodnopravnog subjektiviteta nedržavnih aktera deluje kao neka vrsta gradnje kuće od krova. U pogledu nedržavnih aktera, postoji veliki broj nerešenih pitanja. Tako npr. ne postoji jasna definicija nevladinih organizacija. U slučaju ovih entiteta, često se postavlja pitanje njihove nezavisnosti i opravdanosti njihovog delovanja. U kojoj meri je njihovo delovanje zaista samostalno i neutralno, bez upliva uticaja finansijera i država. U slučaju multinacionalnih kompanija postavlja se pitanje regulisanja njihovog položaja i odgovornosti. Ostali nedržavni akteri takođe imaju veliki broj nerešenih pitanja. Imajući u vidu često nejasnu sliku samo u pogledu najvažnijih karakteristika nedržavnih aktera, može se postaviti pitanje prioriteta. Da li je prioritetnije rešiti nerešena pitanja u pogledu statusa, položaja i odgovornosti nedržavnih aktera, pa tek onda postaviti pitanje njihovog potencijalnog međunarodnopravnog subjektiviteta?

<sup>36</sup> Davor Muhvić, "Legal Personality as a Theoretical Approach to NonState Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations", *Pécs Journal of International and European Law*, 1 (2017): 15.

<sup>37</sup> Jelica Gordanić, „Non-Governmental Organizations (NGOs) - New World Actors of Contemporary International Relations“, in *International Organizations: Serbia and Contemporary World*, ed. Duško Dimitrijević (Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2022), 85.

<sup>38</sup> Jelica Gordanić, „Uticaj nevladinih organizacija na međunarodno pravo zaštite životne sredine- posledice po međunarodnopravni subjektivitet države“, 274.

Politička teorija i druge srodne discipline ne ignorišu važnost nedržavnih aktera. S druge strane, međunarodnopravna doktrina nije u većoj meri posvećena značaju i ulozi nedržavnih aktera. Nedržavni akteri su bez sumnje, entiteti nepotpunog pravnog subjektiviteta. To ne znači da njihov značaj u pogledu razvoja i primene pravila međunarodnog prava ne postoji. Naprotiv, "taj značaj je višestruk i sa usložnjavanjem razvoja međunarodnih odnosa stalno raste."<sup>39</sup> Njihov uticaj na međunarodno pravo je posredan i značajan.

Prisustvo nedržavnih aktera na međunarodnoj sceni ne treba shvatati kao negativnu tendenciju. Država je subjekt međunarodnog prava, ali nije savršena, niti je delovanje države uvek učinkovito. Prisustvo nedržavnih aktera, posebno neka njihova lobirajuća svojstva, mogu da budu veoma pozitivan mehanizam za efikasnije delovanje država. Samo postojanje nedržavnih aktera treba da motiviše državu da bude bolja i efikasnija. Uticaj nedržavnih aktera se ne može dovesti u pitanje. Imajući u vidu količinu uticaja nekih nedržavnih aktera, država, u cilju očuvanja svog međunarodnopravnog subjektiviteta, ne bi trebala da čini previše ustupaka pojedinim nedržavnim akterima.

## 5. ZAKLJUČAK

Rastući uticaj nedržavnih aktera posledica je tendencija novog doba. Usled mnogobrojnih geopolitičkih promena koje su se desile u XX veku, uz uticaj globalizacije krajem XX i početkom XXI veka, utisak je da je država nije baš toliko moćna koliko je to bio slučaj u prošlosti. Nedržavni akteri su pokazali značajan uticaj na razvoj međunarodnog prava, usvajanje i sprečavanje usvajanja međunarodnih sporazuma, kao i ostvarenje veće moći u odnosu na neke države. Sprovedenje aktivnosti nedržavnih aktera se može shvatiti i kao jedna vrsta potrebe za transformacijom sistema međunarodnog prava. Država jeste najvažniji subjekt međunarodnog prava, ali uloga nedržavnih aktera i njihov upliv u aktivnosti koje tradicionalno pripadaju državi, mogu ukazati na potrebu za fleksibilnijom ulogom države i uspostavljanjem mehanizama saradnje sa određenim nedržavnim akterima.

Nedržavni akteri često vide neku novu perspektivu i mehanizme u pogledu razvoja međunarodnog prava. Putem saradnje sa nevladinim sektorom, država bi mogla unaprediti određene grane prava-posebno kada je reč o pravu životne sredine, pravima žena i dece, kao i pravima manjina. Period XXI veka otvara i neka nova pitanja, poput pitanja međunarodnopravnog aspekta tehnološkog razvoja, čijem razvoju NVO mogu dati doprinos.<sup>40</sup> Uz poboljšanu saradnju sa multinacionalnim kompanijama, oblast međunarodnog poslovnog prava može biti poboljšana, a princip međunarodne odgovornosti razvijeniji.

Nedržavni akteri će bez sumnje u budućnosti nastaviti svoj uticaj na razvoj međunarodnog prava i međunarodnih odnosa. Na ovom mestu treba ipak staviti jednu važnu napomenu. Uticaj koji nedržavni akteri imaju na razvoj međunarodnog prava i međunarodnih odnosa ih ne čini subjektima međunarodnog prava. Taj element uticaja ih značajno razlikuje od ostalih objekata

---

<sup>39</sup> Mihajlo Vučić, „Uvodne napomene“, 13.

<sup>40</sup> Jelica Gordanić, „Non-Governmental Organizations (NGOs) - New World Actors of Contemporary International Relations“, 85.

međunarodnog prava, ali ih, s druge strane, ne čini automatskim subjektima međunarodnog prava. U svetlu savremenog međunarodnog prava, subjektivitet pripada državama i međunarodnim organizacijama, koje svoj subjektivitet crpe na osnovu osnivačkih ugovora. Uticaj, lobiranje, kao i sporovi koji nedržavni akteri pokreću protiv država ne čini nedržavne aktere subjektima međunarodnog prava.

Međunarodno pravo je sistem koji se ne menja velikom brzinom. Pitanje međunarodnopravnog subjektiviteta će još više privlačiti pažnju teorije u budućnosti. S jedne strane, uticaj nedržavnih aktera na međunarodno pravo može da bude signal za državu da preispita svoju ulogu i načine funkcionisanja. S druge strane, imajući u vidu trenutni presek stanja u pogledu nedržavnih aktera, država treba da iskoristi najbolje iz njihovog postojanja u cilju daljeg razvoja međunarodnog prava.

## LITERATURA

1. Ataman, Muhittin. "The Impact of Non-State Actors on World Politics: A Challenge to Nation-States", *Alternatives- Turkish Journal of International Relations*, 1 (2003): 42-66.
2. Blešić, Jovana. „Odgovornost nedržavnih aktera“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 319-343. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
3. Davies, Thomas. "The Historical Development of NGOs", in *Handbook of Research on NGOs*, eds. A. Kellow, H. Murphy-Gregory, 15-34. Cheltenham UK, Northampton, USA: Edward Elgar Publishes, 2018.
4. Dašić, Boban. „Pojam i poslovanje transnacionalnih kompanija“, *Ekonomski signali*, 2 (2008): 68-85.
5. Đukanović, Anđela. „Nedržavni akteri i zaštita ljudskih prava“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 249-276. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
6. Gordanić, Jelica. „Položaj nevladinih organizacija u međunarodnom pravu“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 193-222. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
7. Gordanić, Jelica. „Non-Governmental Organizations (NGOs) - New World Actors of Contemporary International Relations“, in *International Organizations: Serbia and Contemporary World*, ed. Duško Dimitrijević, 75-90. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2022.
8. Gordanić, Jelica. „Uticaj nevladinih organizacija na međunarodno pravo zaštite životne sredine-posledice po međunarodnopravni subjektivitet države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, LVII, 1 (2023): 259–279.
9. Gordanić, Jelica. „NGOs and the UN Security Council: Between informal reality and possibilities of formal interaction“, *The Review of International Affairs*, LXXII, 1182 (2021): 47–65.
10. Heal the Planet. Multinational Corporations. Dostupno na: <https://healthetheplanet.com/100-ways-to-heal-the-planet/multinational-corporations>, pristupljeno 22. 09. 2023.

11. International Court of Justice. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory opinion. 11 April 1949. Internet: [http://www.worldcourts.com/iccj/eng/decisions/1949.04.11\\_reparation\\_for\\_injuries.htm](http://www.worldcourts.com/iccj/eng/decisions/1949.04.11_reparation_for_injuries.htm), pristupljeno 18.09.2023.
12. Islam, Muhammad Azizul, Craig Deegan, Shamima Haque. „Corporate human rights performance and moral power: A study of retail MNCs’ supply chains in Bangladesh“, *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 74, 2021. Dostupno na: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1045235420300162>, pristupljeno 26. 09. 2023
13. Jelisavac Trošić, Sanja. „Multinacionalne kompanije u međunarodnom pravu“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 153-174. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
14. Jutronić, Antonia. „Utvrdjivanje odgovornosti međunarodnih organizacija u pravu i praksi“, *Strani pravni život*, 62, 3 (2018): 213-231.
15. Kreštalica, Sanja. „Evolucija shvatanja o subjektivitetu pojedinca u međunarodnom pravu“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 223-248. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
16. Krivokapić, Boris. „Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava“, *Godišnjak Fakulteta Pravnih Nauka*, 7 (2017): 110-127.
17. Krivokapić, Boris. „Značaj Vestfalskog mira (1648) za međunarodno pravo“, *Revija kopaoničke škole prirodnog prava*, 1 (2023): 47-70.
18. Lindblom, Anna-Karin. *Non-Governmental Organisations in International Law*. New York: Cambridge university Press, 2006.
19. Martens, Kerstin. *NGOs and the United Nations- Institutionalization, Professionalization and Adaptation*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
20. Muhvić, Davor. „Legal Personality as a Theoretical Approach to NonState Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations“, *Pécs Journal of International and European Law*, 1 (2017): 7-18.
21. Novaković, Marko. „Uloga međunarodnih organizacija u međunarodnim odnosima – primer Ujedinjenih nacija“, *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 175-192. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
22. Paunović, Žarko. *Nevladine organizacije – Potreba ili zavera*. Beograd: Demokratska stranka/ istraživačko izdavački centar, 2007.
23. Schofer, Evan, Wesley Longhofer. „The Global Rise of Nongovernmental Organizations“, in *The Nonprofit Sector*, eds. Walter W. Powell, Patricia Bromley, 599-617. Stanford: Stanford University Press, 2020.
24. Stojanovska-Stefanova, Aneta, Draško Atanasoski. „State as a Subject of International Law“, *US-China Law Review*, Vol. 13, 25 (2015): 25-33.
25. Theytaz- Bergman, Laura. „NGO Group for the Convention on the Rights of the Child“, *The International Journal of Children’s Rights*, 3 (1995): 452-454.
26. Tintor, Ljubomir. „Značaj slučaja Urgenda za razvoj klimatskih parnica na području Evrope“, *Strani pravni život*, LXV, 2 (2021): 249-265.
27. Todić, Dragoljub. „Nedržavni akteri i upravljanje zaštitom životne sredine“ u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 119-152. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.

28. Vučić, Mihajlo. „Uvodna razmatranja“, u *Nedržavni akteri u međunarodnom pravu*, ured. Mihajlo Vučić, 7-32. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2020.
29. Vučković Šahović, Nevena. *The role of civil society in implementing the general measures of the Convention on the rights of the child*. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2010.
30. Wijninga, Peter, Willem Theo Oosterveld et. al, “State and non-state actors”, in *Strategic Monitor 2014*, eds. Eline Chivot, Jan Hendrik Galdiga et al., 141-162. Hague: Hague Center for Strategic Studies, 2014.

## LITERATURE

1. Ataman, Muhittin. “The Impact of Non-State Actors on World Politics: A Challenge to Nation-States”, *Alternatives- Turkish Journal of International Relations*, 1 (2003): 42-66.
2. Blešić, Jovana. „Responsibility of non-state actors“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 319-343. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
3. Davies, Thomas. “The Historical Development of NGOs”, in *Handbook of Research on NGOs*, eds. A. Kellow, H. Murphy-Gregory, 15-34. Cheltenham UK, Northampton, USA: Edward Elgar Publishes, 2018.
4. Dašić, Boban. „The concept and functioning of transnational companies“, *Economic signals*, 2 (2008): 68-85.
5. Đukanović, Anđela. „Non-state actors and human rights protection“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 249-276. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
6. Gordanić, Jelica. „Legal status of NGOs in International Law“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 193-222. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
7. Gordanić, Jelica. „The Influence of Non-governmental organizations on the Environmental Law-Consequences on the International Legal Personality of the State“, *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad*, LVII, 1 (2023): 259–279.
8. Gordanić, Jelica. „Non-Governmental Organizations (NGOs) - New World Actors of Contemporary International Relations“, in *International Organizations: Serbia and Contemporary World*, ed. Duško Dimitrijević, 75-90. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2022.
9. Gordanić, Jelica. „NGOs and the UN Security Council: Between informal reality and possibilities of formal interaction“, *The Review of International Affairs*, LXXII, 1182 (2021): 47–65,
10. Heal the Planet. Multinational Corporations. Available at: <https://healtheplanet.com/100-ways-to-heal-the-planet/multinational-corporations>, accessed 22. 09. 2023.
11. International Court of Justice. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Advisory opinion. 11 April 1949. Internet: [http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.11\\_reparation\\_for\\_injuries.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.11_reparation_for_injuries.htm) , accessed September 18, 2023.

12. Islam, Muhammad Azizul, Craig Deegan, Shamima Haque. „Corporate human rights performance and moral power: A study of retail MNCs’ supply chains in Bangladesh“, *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 74, 2021. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1045235420300162>, accessed September 26, 2023
13. Jelisavac Trošić, Sanja. „Multinational companies in International Law“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 153-174. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
14. Jutronic, Antonia. „Establishment of Responsibility of International Organizations in Law and Practice“, *Foreign Legal Life*, 62, 3 (2018): 213-231.
15. Kreštalica, Sanja. „Evolution of the Concept of subjectivity of the individual in International Law“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 223-248. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
16. Krivokapić, Boris. „Multinational (transnational) companies as subjects of International Law“, *The Yearbook of the Faculty of Legal Sciences*, 7 (2017): 110-127.
17. Krivokapić, Boris. „Significance of the Peace of Westphalia (1648) for international law“, *Review of the Kopaonik school of Natural Law*, 1 (2023): 47-70.
18. Lindblom, Anna-Karin. *Non-Governmental Organisations in International Law*. New York: Cambridge university Press, 2006.
19. Martens, Kerstin. *NGOs and the United Nations- Institutionalization, Professionalization and Adaptation*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.
20. Muhvić, Davor. „Legal Personality as a Theoretical Approach to NonState Entities in International Law: The Example of Transnational Corporations“, *Pécs Journal of International and European Law*, 1 (2017): 7-18.
21. Novaković, Marko. „The role of International Organizations in International Relations – The example of the United nations“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 175-192. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
22. Paunović, Žarko. *Non-governmental organizations- Necessity or Conspiracy*. Belgrade: Democratic Party/Center for Research and Publishing, 2007.
23. Schofer, Evan, Wesley Longhofer. „The Global Rise of Nongovernmental Organizations“, in *The Nonprofit Sector*, eds. Walter W. Powell, Patricia Bromley, 599-617. Stanford: Stanford University Press, 2020.
24. Stojanovska-Stefanova, Aneta, Draško Atanasoski. „State as a Subject of International Law“, *US-China Law Review*, Vol. 13, 25 (2015): 25-33.
25. Theytaz- Bergman, Laura. „NGO Group for the Convention on the Rights of the Child“, *The International Journal of Children’s Rights*, 3 (1995): 452-454.
26. Tintor, Ljubomir. „Significance of the case of Urgenda for the development of climate litigations in Europe“, *Foreign Legal Life*, LXV, 2 (2021): 249-265.
27. Todić, Dragoljub. „Non-state actors and environmental protection governance“ in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 119-152. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.
28. Vučić, Mihajlo. „Initial Consideration“, in *Non-state actors in International Law*, ed. Mihajlo Vučić, 7-32. Belgrade: Institute of International Politics and Economics, 2020.

29. Vučković Šahović, Nevena. *The role of civil society in implementing the general measures of the Convention on the rights of the child*. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2010.
30. Wijninga, Peter, Willem Theo Oosterveld et. al, "State and non-state actors", in *Strategic Monitor 2014*, eds. Eline Chivot, Jan Hendrik Galdiga et al., 141-162. Hague: Hague Center for Strategic Studies, 2014.

## INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY - IS IT TIME FOR TRANSFORMATION?

**Jelica Gordanić**

*Institute of International Politics and Economics<sup>41</sup>*

**Abstract:** *One of the products of the Peace of Westphalia is the modern system of international law, which considers states as subjects of international law. With the emergence and development of international association and cooperation, international organizations acquire an international legal personality as well. The activity of non-state actors is becoming very important in international relations. Non-state actors such as non-governmental organizations, individuals and multinational companies influence the development of international law and international relations. Non-state actors are objects of international law. On the other hand, having in mind their growing influence in the international arena, they are gradually acquiring characteristics attributed to the subject of international law. The paper analyzes whether it is time for the transformation of the concept of international legal subjectivity. Different directions of action of non-state actors and their relationship with the state are examined. The occasional impotence of the state in relation to non-state actors is also analyzed, especially when it comes to non-governmental organizations and multinational companies. The paper concludes that the concept of international legal personality is ready for expansion and adaptation to requirements of the modern world. The biggest obstacle on this path is going to be the lack of political will of the states.*

**Keywords:** *international legal subjectivity, international law, non-state actors, state, non-governmental organizations, individual, multinational companies, transformation.*

---

<sup>41</sup> Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, e-mail: jelica@diplomacy.bg.ac.rs.



# ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА У МЕЃУНАРОДНОМ ПРАВУ НА ПРИМЕРУ ДОГАЂАЈА У РЕПУБЛИЦИ ГРЕНАДИ<sup>1</sup>

Немања Даниловић<sup>2</sup>

Правни факултет Мегатренд универзитета у Београду

**Апстракт:** У складу са збивањима у свету и ратног вихора на истоку старог континента институт хуманитарне интервенције поново је дошао у центар пажње. Рад је посвећен овом веома комплексном појму у међународном праву који кроз прошлост прати доста контроверзи. У раду ће бити обрађен основни појам хуманитарне интервенције, њени елементи, начин спровођења као и поређење са агресијом као међународним кривичним делом. Централни део рада односиће се на догађаје који су се 1983. године одиграли у Републици Гренади. Наиме, у октобру ове године навршава се тачно четири деценије од како су Сједињене Америчке Државе, под изговором хуманитарних разлога, извршиле инвазију на Гренаду коју је тада осудио скоро читав свет. Размотриће се догађаји који су претходили овој хуманитарној интервенцији, затим сам ток операције, реакција међународне заједнице и света као и последице које је ова операција имала по међународне односе у периоду тадашњег Хладног рата. Операција у Гренади позната под шифрованим именом „Хитан бес” имала је далекосежне последице по свет што је само допринело појачавању тензија и заостравању већ деценијама затегнутих односа између капиталистичког Запада и комунистичког Истока.

**Кључне речи:** хуманитарна интервенција, Република Гренада, Сједињене Америчке Државе, инвазија, агресија, међународно право, међународни односи.

## 1. УВОД

Хуманитарна интервенција представља један од најконтроверзнијих појмова у теорији и пракси међународног јавног права. С обзиром на то да њено дефинисање није предвиђено ни у једном међународном правном акту (непостојање општеприхваћене дефиниције), склона

<sup>1</sup> Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта „ФПKNЛВС - Значај и улога правних наука у решавању проблематике несталих лица у оружаним сукобима на простору бивше СФРЈ и АП КиМ”, који заједно реализују Комисија за нестала лица Владе Републике Србије и Правни факултет Мегатренд универзитета у Београду (период реализације децембар 2020. - септембар 2023.)

<sup>2</sup> Докторанд Правног факултета Мегатренд универзитета у Београду, Булевар Михајла Пупина 117, Београд, е-пошта: nemanjad444@gmail.com.

је разним врстама злоупотреба. Оно што хуманитарну интервенцију чини контроверзном јесу прави разлози њеног предузимања који су углавном прикривени бригом за заштиту људских права и слобода. Највећи број хуманитарних интервенција до сада спроведен је без одобрења Савета безбедности УН. На основу критеријума за спровођење и самог начина спровођења хуманитарне интервенције су данас постале један од видова отворене агресије против суверенитета, територијалног интегритета и независности држава у којима се интервенише. Погодно тло за спровођење оваквих видова оружаних интервенција био је период Хладног рата. Из тог разлога, централна тема овог рада јесте „хуманитарна интервенција” у Републици Гренади предвођена Сједињеним Америчким Државама. У октобру ове године навршава се тачно четири деценије од догађаја који је у тадашњем периоду Хладног рата уједињено и Исток и Запад у погледу осуде оружане акције коју су САД, под параваном заштите својих држављана (студената медицине), спровеле на овом малом карипском острву из чисто политичких, стратешких и идеолошких разлога.

## 2. ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА ХУМАНИТАРНЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ

Хуманитарна интервенција представља одступање од начела забране употребе оружане силе. Концепт хуманитарне интервенције претендује да легализује употребу оружане силе против друге државе са циљем превенције непоштовања и кршења људских права.<sup>3</sup> У другој половини 20. и почетком 21. века сведочи смо феномена који је своју експанзију доживео нарочито након завршетка Другог светског рата (период Хладног рата) а који се тицао предузимања оружаних акција од стране једне, две или више држава у другим државама из „хуманитарних” разлога. Термин „хуманости” односио се, пре свега, на заштиту људских права и слобода које укључују заштиту најважнијег права од свих, а то је право на живот као апсолутно и неприкосновено право. Теорија међународног јавног права и доктрина науке међународних односа не познају јединствену, универзалну и општеприхваћену дефиницију хуманитарне интервенције као релативно новог института у међународној заједници. Проблем дефинисаности хуманитарне интервенције на међународном нивоу данас представља једно од најкомплекснијих и најконтроверзнијих питања међународног јавног права. Исти проблем донедавно односио се на дефинисање агресије као међународног кривичног дела која је своју универзалну дефиницију добила тек на Првој ревизионој конференцији Римског статута Међународног кривичног суда у Кампали (Уганда) 2010. године.

У теорији међународног јавног права сусрећемо се са великим бројем дефиниција хуманитарне интервенције а разлог томе јесте чињеница да су правни теоретичари и војни стручњаци који се баве овом темом на различите начине тумачили проблем хуманитарне интервенције. У наставку рада, укратко ћемо споменути неке од тих дефиниција.

Класична дефиниција хуманитарне интервенције је „присилна самопомоћ од стране држава да се заштите људска права”. Битно је нагласити да расте заинтересованост у

---

<sup>3</sup> Jelena Radmanović, „Humanitarna intervencija u kontekstu zločina agresije iz člana 8bis Rimskog statuta”, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, broj 1 (2022): 136.

међународној заједници да се ова класична дефиниција прошири како би обухватила принудну или насилну војну интервенцију од стране регионалних и међународних организација као што су НАТО и УН.<sup>4</sup> Сумирајући разне теорије можемо рећи да је најмање противуречну дефиницију хуманитарне интервенције дао Институт за међународне послове Краљевине Данске: „Хуманитарна интервенција је снажна акција предузета од држава укључујући и употребу оружане силе, према или у другој држави, без пристанка њене владе, са или без одлуке Савета безбедности УН у циљу спречавања или заустављања бруталног масовног насиља над људским правима или међународном хуманитарном праву”<sup>5</sup> Код хуманитарне интервенције фигурира појам хуманитаризам, па се „хуманитарна интервенција дефинише као акција чији је циљ заштита држављана државе против које се интервенише. Акција која је у питању подразумева употребу оружане силе, што укључује примену неких других мера политичке, економске и друге природе”<sup>6</sup> Фернандо Р. Тесон (*Fernando R. Tesón*) сматра да је хуманитарна интервенција „пропорционална међународна употреба војне силе или претња војном силом, предузета у начелу од стране либералне владе или савеза, с циљем окончања тираније или анархије и прихваћена од жртава”<sup>7</sup>

Појам „хуманитарна интервенција” енглеског је порекла и први пут је употребљен у делу *Међународно право*<sup>8</sup> британског правника Вилијама Едварда Хола (*William Edward Hall*) 1880. године. Оно што је чињеница јесте то да аутор овог дела није ни био свестан да је практично створио нови појам у теорији међународног права с обзиром на то да је овај термин написао у фусноти, а не у главном тексту. Оно што је битно да се нагласи јесте то да Хол није творац ове врсте интервенције већ само његовог енглеског назива (*Humanitarian intervention*). Раније су се углавном користили француски изрази као што су „интервенција у општем интересу човечанства”, „интервенција за човечанство”, „интервенција хуманости”, „интервенција у име човечанства” итд.<sup>9</sup>

Многи сматрају да би се хуманитарној интервенцији требало прибећи на много либералнији начин, односно да је треба покренути и код других тешких кршења људских права, а не само код спасавања људских живота. Ипак код прибегавања хуманитарној интервенцији неопходна су нека ограничења и тога су свесни они који се залажу за проширивање разлога за њено спровођење. Као главни захтев намеће се доказивање озбиљних и масовних кршења људских права. Данас постоје разна мишљења код оних који се залажу за хуманитарну интервенцију. Једни сматрају да је треба покренути ради заустављања кршења људских права и слобода, а други да јој треба прибећи како би се избегло, то јест, спречило такво кршење.<sup>10</sup>

4 Рори Ј. Консес (*Rory J. Conces*), „Оправдавање присилне и неприсилне интервенције: стратешки и хуманитарни аргументи”, *Социјалдемократ*, број 9 (2002): 60.

5 Сава Савић, „Међународно право и хуманитарна интервенција”, *МП*, број 1 (2007): 7, фн 9.

6 Јелена М. Влајнић, „Правни основ унилатералне хуманитарне интервенције”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1 (2016): 333.

7 Ведран Искра, „Хуманитарна интервенција”, *Правник*, број 1 (2005): 55.

8 Ово дело је касније преименовано у „Трактат о међународном праву”

9 Alexis Heraclides, Ada Dially, *Humanitarian intervention in the long nineteenth century - Setting the precedent* (Manchester: Manchester University Press, 2015), 12.

10 Борис Кривокапић, *Актуелни проблеми међународног права* (Београд: Службени гласник, 2011), 575.

### 3. ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ ХУМАНИТАРНЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ

#### 3.1. Критеријуми за спровођење

Повеља УН дозвољава употребу оружане силе само под условом одржавања светског мира и безбедности. Свака таква акција мора бити одобрена од стране Савета безбедности УН. Пракса је већ доста пута до сада показала злоупотребу Повеље УН у погледу оружаних интервенција предузетих од стране појединих држава. Данас се свака оружана интервенција, па и она оправдана хуманитарним разлозима, сматра нелегалном уколико није одобрена од стране Савета безбедности УН. Хуманитарна интервенција која са собом повлачи употребу оружане силе треба да представља крајње средство деловања пошто су пре тога исцрпљена сва друга средства која су подразумевала миран начин решавања неког спора.

У литератури се наводи да већина покушаја развијања критеријума за хуманитарну интервенцију односи се на следеће критеријуме: 1) обим страха на одређеном подручју, 2) одговорност за таква дела, 3) исцрпљеност мировних и споразумних решења, 4) ауторизација и давање легитимитета интервенцији, 5) заинтересованост и брига силе која интервенише, 6) циљеви и резултати интервенције, 7) придржавање хуманитарних норми од стране силе која интервенише.<sup>11</sup> Поред наведених критеријума, можемо споменути и следеће услове: да је доказано тешко кршење људских права и слобода у земљи у којој се интервенише; да се интервенцији прибегава само као крајњем средству; да постоји пропорција употребљених средстава (силе) и циљева; да постоји сразмера између циља и последица; да интервенција треба да буде колективна (од стране више држава а не једне државе); да се интервенише правремено (у време тешког кршења људских права и слобода, а не касније да би се казнила одговорна лица) итд.<sup>12</sup>

Пракса је показала да ниједна интервенција која је предузета под заставом хуманости није била мотивисана само човекољубљем и другим несебичним поривима. Државе које су на такав начин интервенисале користиле су хуманитарне разлоге као покриће за своје политичке циљеве (смена непослушног режима, приступ нафти и другим сировинама, добијање војних база и сл).<sup>13</sup>

11 Сreto Ного, *Међународно кривично право* (Београд: Catena mundi, 2016), 119, фн 86.

12 Пауновић Милан, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2015), 352.

13 Анђелија Стевановић, „Хуманитарна интервенција - хумани чин или злочин?“ у *Раскрића међународног кривичног и кривичног права - реформа правосудних закона Републике Србије*, уред. Милан Шкулић, Ивана Миљун, Алекса Шкундрић (Палић: Удружење за међународно кривично право и Правни факултет Универзитета у Београду, 2023), 254.

### 3.2. Начин спровођења

Хуманитарна интервенција се углавном спроводи уз употребу оружане силе у другој држави са циљем заштите живота цивила и без сагласности државе у којој се интервенише. Разликујемо колективне (мултилатералне) и једностране (унилатералне) интервенције. Колективна интервенција се не зове тако због броја држава које у њој учествују, већ се она спроводи на основу сагласности Савета безбедности УН. Једнострана интервенција се предузима без сагласности Савета безбедности УН.<sup>14</sup> По неком неписаном правилу, хуманитарна интервенција треба да буде предузета од стране више држава јер би се тако оправдао њен прави циљ спровођења који се односи на заштиту или поновно успостављање система људских права и слобода. Међутим, ни овде не смемо заборавити да се овај вид интервенције под паролом „хуманости” врло често злоупотребљава, односно да се интервенције користе за остваривање одређених циљева и интереса великих сила у мањим државама.

Начин на који се спроводи хуманитарна интервенција подразумева, пре свега, употребу оружане силе. Та оружана сила се примењује против државе која крши људска права. Оружана сила је управо онај есенцијални елемент који хуманитарну интервенцију разликује од осталих видова интервенција. Све друге мере, које се спроводе против државе која крши људска права, имају мањи степен принуде и не могу се сматрати хуманитарном интервенцијом. Те мере могу бити економске, политичке као и разне друге врсте међународних санкција.<sup>15</sup>

У апстрактну раду аутор је напоменуо да ће се размотрити питање односа хуманитарне интервенције и агресије као међународног кривичног дела. И један и други појам представљају употребу оружане силе<sup>16</sup>, то јест, вид страног насилног мешања у унутрашње ствари неке земље. Свака хуманитарна интервенција без сагласности Савета безбедности УН, са употребом оружане силе, без обзира што има за циљ заштиту људских права, сматра се актом агресије на једну суверену и независну државу.

Уколико су угрожени међународни мир и сигурност, уз претходну сагласност Савета безбедности УН или у самоодбрани, дозвољена је употреба војне силе, те је самим тим данашњи начин извођења хуманитарних интервенција у директном сукобу са принципом неинтервенције.<sup>17</sup>

14 Elisabeth J. Brennan, „Rejecting customary regression: Unilateral Humanitarian intervention & The evolution of Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 43, Iss. 1 (2022): 241.

15 Небојша Раичевић, „Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву”, (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2008), 24. [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa\\_Raicovic\\_Humanitarna\\_intervencija\\_2008.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa_Raicovic_Humanitarna_intervencija_2008.pdf), приступљено 15. 12. 2023.

16 У овом случају се мисли на употребу оружане силе као једног од облика злочина агресије. За више погледати члан 8bis Римског статута Међународног кривичног суда, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, приступљено 15. 12. 2023.

17 Брано Миљаш, *Савремени проблеми међународног права* (Београд: Институт за међународну политику и привреду, 2013), 121.

## 4. КРАТАК ОСВРТ НА МЕЂУНАРОДНЕ ОДНОСЕ У ЕРИ ХЛАДНОГ РАТА

Будућност међународних односа након Другог светског рата најбоље одсликава реченица коју је бивши британски премијер Винстон Черчил изговорио 5. марта 1946. године у Фултону, у свом чувеном предавању на Вестминстерском колеџу:

*„Од Шћећина на Балтику до Трста на Јадранском мору, „гвоздена завеса“ се спустила широм континента. Иза те линије леже престонице старих држава Централне и источне Европе. Варшава, Берлин, Праг, Беч, Будимпешта, Београд, Букурешт и Софија. Сви ти чувени градови и становништво око њих лежи у оном, што морам назвати, совјетском сфером, и сви су субјекти, у овом облику или оном, не амо совјетског утицаја, већ и врло велике и у неким случајевима повећане контроле из Москве”.*<sup>18</sup>

После Другог светског рата Европи и добром делу свету био је неопходан свеобухватан план економске и финансијске обнове. На основу тога, настао је такозвани „Маршалов план”. Државни секретар САД Џорџ Маршал (George Marshall) је у јуну 1947. године на Универзитету Харвард објавио амерички предлог на основу ког би требало направити план обнове Европе и света после силних разарања из Другог светског рата. Месец дана након тога у Паризу је одржана конференција са 16 држава. САД су у Маршаловом плану Европи понудиле огромна финансијска средства за обнову што је био главни окидач за његово прихватање. Совјетски Савез као и друге социјалистичке државе у Европи у начелу су одбиле Маршалов план иако је тадашња Чехословачка као социјалистичка држава била вољна да га прихвати. Међутим, на крају је одустала под притиском совјетског лидера Јосифа Стаљина. Оно што је интересантно јесте и то да је Финска такође одбила Маршалов план вероватно, као и у случају Чехословачке, под притиском Стаљина.<sup>19</sup>

Одбијање Маршаловог плана представљало је почетак блоковских подела између Истока и Запада, односно подела између два главна актера: САД и Совјетског Савеза. САД су наставиле да се придржавају Труманове доктрине<sup>20</sup> док је Совјетски Савез усвојио Резолуцију Информбиороа која је практично подразумевала војну интервенцију у свим оним социјалистичким државама у којима је био угрожен комунистички поредак.<sup>21</sup>

Већ у првим годинама након Другог светског рата, као и поделе света на капиталистички Запад и комунистички Исток, у појединим војним доктринама јавља се могућност оружане интервенције ради заштите државних и политичких поредака. Тада наступа талас феномена који је подразумевао војно интервенисање од стране САД и Совјетског Савеза у

<sup>18</sup> „Library of Congress“, <https://www.loc.gov/static/programs/national-recording-preservation-board/documents/IronCurtainSpeech.pdf>, приступљено 16.11.2023.

<sup>19</sup> Станиша Н. Костић, *Међународни односи и међународно право* (Загреб: Школска књига, 1966), 275-276.

<sup>20</sup> Ова доктрина, коју је сачинио бивши амерички председник Хари Труман (1884-1972), подразумевала је економску и војну помоћ свим оним државама које су спремне да се супротставе совјетском комунистичком утицају у периоду Хладног рата. Такође, помоћу Труманове доктрине САД су привукле многе државе у свој блок, то јест, направиле су од њих своје савезнике како не би потпале под утицај Совјетског Савеза.

<sup>21</sup> Станиша Н. Костић, *Међународни односи и међународно право*, 276.

државама широм света. Америка је под параваном заштите људских права од 1945. до 1991. године спровела низ оружаних интервенција у мањим државама у циљу заштите својих политичких, стратешких и геоекономских интереса као и отклањања такозване „комунистичке опасности”. Војне интервенције Совјетског Савеза које су се одиграле у овом периоду подразумевале су углавном очување комунистичког поретка у оним државама које су биле под његовим снажним утицајем. САД, као главни заговорник хуманитарних интервенција, спроводиле су широм света своје оружане акције у којима се као основни циљ истицала брига за заштиту људских права у оним државама у којима су људска права наводно била угрожена репресијом тамошњих режима. Међутим, разлози су били потпуно друге природе што ће се уједно доказати у даљем тексту рада на примеру интервенције у Гренади октобра 1983. године.

Као што је већ раније речено, након Другог светског рата долази до велике експанзије хуманитарних интервенција широм света. Погодно тло за то био је управо Хладни рат, односно заоштравање међународних односа у читавом свету. САД као главни заговорници овакве врсте оружаних акција под плаштом „бриге за људска права”, покушале су да спроведу своје политичке, економске и стратешке интересе у мањим „непослушним државицама”.

Оправданост за оваку врсту поступања и после Хладног рата, према речима америчког професора политичких наука Дејвида Гибса (David N. Gibbs), лежи у такозваној *Волфовицевој доктрини*<sup>22</sup>, развијеној 1992. године, која заговара политику америчког унилатеризма и превентивног војног деловања како би се спречила било која држава да достигне статус суперсиле и тако угрози амерички приступ нафтним и другим ресурсима.<sup>23</sup>

## 5. ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА У ГРЕНАДИ

- Операција Хитан бес -

Гренада је мала карибска држава са нешто више од сто хиљада становника, површине 344 километара квадратна која је припадала Француској више од једног века пре него што је 1793. године уступљена Великој Британији Уговором из Париза. Становништво Гренаде чинили су претежно потомци афричких робова. С обзиром да је дуго била под колонијалном управом директно је зависила од Велике Британије. Домаћу власт је стекла 1967. а пуну независност 1974. године.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ова доктрина добила је име по некадашњем америчком подсекретару за одбрану Полу Волфовицу (Paul Wolfowitz). Њен текст није био планиран за јавно објављивање али је ипак процурео у јавност. Доктрина је наишла на висок ниво критика и окарактерисана је као империјалистичка од стране међународне јавности.

<sup>23</sup> Миле Савић, „Етика хуманитарних интервенција”, *Социолошки преглед*, број 4 (2009): 539, фн 32.

<sup>24</sup> Ronald H. Cole, *Operation Urgent Fury* (Washington: Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, 1997), 9.

## 5.1. Политичка ситуација у Гренади пре интервенције

Као држава која се налази на југоистоку Карипског мора, отприлике двоструко већа од Дистрикта Колумбија, након што је од Велике Британије добила независност 1974. године, Гренада је увела парламентарну владу на чијем челу се налазио ексцентрични, популистички вођа Ерик Геари<sup>25</sup> (Eric Gairy). Како би учврстио своју власт у Гренади, а самим тим и заплашио своје политичке противнике, Геари је створио парамилитарне одреде. Стварање парамилитарних одреда још више је повећало степен репресије у Гренади што је за последицу имало жустре реакције левичарских група, а посебно радикална била је националистичка група „Покрет новог драгуља” (New Jewel Movement - NJM), на чијем челу се налазио Морис Бишоп (Maurice Bishop).<sup>26</sup> Национализам, масовност, марксистичка идеологија и залагање за тесне везе са Кубом представљали су смисао Бишовог политичког деловања.<sup>27</sup>

Владавина Ерика Геарија није била толико ауторитарна за време колонијалне власти Велике Британије с обзиром на то да је Гренада тада била под великим утицајем своје матице (Лондона). Све ће се то врло брзо променити након стицања независности 1974. године. Геари је успео себи да обезбеди нови мандат на челу Владе Гренаде после попуштања британског колонијалног притиска. Атмосфера страха, насиља и репресије која је потом наступила у таквим условима изродила је многе националистичке и левичарске покрете који су се борили за окончање Геаријове ауторитарне владавине. Иако се ослободио Британаца, Геари је у одређеној мери остао савезник западних држава којима свакако није била у интересу промена режима у Гренади и евентуални долазак на власт Бишових марксиста који су прерасли у водећу опозициону фракцију у држави. У периоду тадашњег Хладног рата то би свакако подразумевало јачање совјетског утицаја у Латинској Америци, а уједно и нову муку за САД с обзиром да им „нова Куба” нимало није требала у том тренутку.

Владавина премијера Ерика Геарија у Гренади била је обележена страхом, бруталношћу и репресијом. С обзиром на таква дешавања у држави, дана 13. марта 1979. године, Геари је збачен са власти док се налазио ван земље у државном удару без проливања крви који је извео „Покрет новог драгуља” на челу са Морисом Бишопом који се истог дана прогласио за новог премијера Гренаде. Одмах по ступању на власт Бишоп је заједно са својим покретом кренуо у стварање социјалистичке економске политике која је, пре свега, подразумевала што ближе односе са земљама комунистичког блока, укључујући Совјетски Савез и Кубу. Бишопов долазак на власт дочекан је са великим одушевљењем јер се народ коначно ослободио тортуре и репресије која је владала за време премијера Геарија. Међутим, овај ентузијазам није био претерано дугог века пошто је Бишоп врло брзо почео да гура Гренаду ка новом марксистичком ауторитаризму и корупцији што је свакако за последицу имало незадовољство међу грађанима као и губитак подршке међу присталицама.<sup>28</sup>

25 Ерик Геари (1922-1997) био је председник владе Гренаде за време колонијалне власти Велике Британије (1967-1974) и након стицања независности (1974-1979).

26 Морис Бишоп (1944-1983) био је премијер Гренаде од 1979. до 1983. године.

27 Марк Р. Амстуд, *Међународна етика: Глобална политика - појмови, теорије и случајеви* (Београд: Службени гласник, 2008), 292.

28 Michael Poznansky, *Intervention and Secrecy in International Politics - Dissertation* (Charlottesville: University of Virginia, 2016), 112, fn 90, [https://libraetd.lib.virginia.edu/public\\_view/kw52j832v](https://libraetd.lib.virginia.edu/public_view/kw52j832v), приступљено 15. 12. 2023.



Долазак марксиста на власт у Гренади изазвао је невиђени страх у Сједињеним Америчким Државама које су тежиле да одрже свој утицај у овом карибском региону. Постојала је озбиљна претња да и у осталим карибским државама дође до промене режима и доласка левичара на власт што би свакако ојачало утицај Совјетског Савеза на овом простору. То колико је амерички страх био велики сведочи и чињеница да су САД августа 1981. године у Виекесу (Порторико) симулирале инвазију на Гренаду. Политичка ситуација у Гренади нагло се погоршала 1983. године када долази до сукоба унутар Бишопове револуционарне владе са фракцијом коју је предводио заменик премијера Винстон Бернард Корд (Winston Bernard Coard).

Унутрашњи сукоб у Бишоповој револуционарној влади доживео је свој врхунац 1983. године када су присталице Кордове фракције покушале да га принуде на одређене повластице приликом поделе власти. С обзиром да је Бишоп све време покушавао да избегне давање уступака Кордовој фракцији, увече 13. октобра 1983. Народна револуционарна армија на челу са начелником генералштаба Хадсоном Остином (Hudson Austin) и Бернардом Кордом, збацила је Бишопа са власти и ставила га у кућни притвор.<sup>29</sup>

Након хапшења Бишопа остали лидери унутар његовог покрета који су стали на његову страну захтевали су Бишопово пуштање на слободу. Бишоп је пружио отпор Кордовој фракцији и 19. октобра долази до народног устанка у Гренади. Процењује се да је тада на улицама главног града Гренаде било између 15 000 и 20 000 Бишопових присталица које су успеле да га ослободе из кућног притвора. Након тога, Бишоп са својим присталицама одлази у град Форт Руперт (Fort Rupert) како би прегруписао своје редове и спремио се за борбу са Кордовом фракцијом.<sup>30</sup>

За то време, Бернард Корд је уз подршку одређеног броја војске и својих присталица груписао групе у Форт Фредерику (Fort Frederick) које су се убрзо након тога упутиле у Форт Руперт. Након доласка избила је пуцњава са Бишоповим присталицама и том приликом је рањено и убијено око 150 мушкараца, жена и деце. Како би зауставио крвопролиће, Бишоп је хтео да преговара о предаји. Војне снаге лојалне Корду врло брзо су након тога заузеле Форт Руперт, а Бишоп је заједно са својим истакнутим вођама заробљен и убрзо стрељан.<sup>31</sup>

## 5.2. Америчка интервенција из „хуманитарних разлога”

Унутрашњи немири унутар мале карибске државе попут Гренаде нису остали неопажени од стране водећих држава света. Совјетском Савезу је свакако било у интересу да се левичарски поредак у Гренади одржи на власти, док су Сједињене Америчке Државе виделе одличну прилику да се коначно обрачунају са марксистичким лидерима и да поврате свој утицај у овом региону који је био већ пољуљан због Кубе. Тадашњи амерички председник Роналд Реган (Ronald Reagan)<sup>32</sup> ни по коју цену није хтео да пропусти ову прилику и да покуша на неки начин да ублажи амерички дебакл из Вијетнамског рата, што би значило

<sup>29</sup> „Amnesty International”, <https://www.refworld.org/pdfid/3f98244a.pdf>, приступљено 03.09.2023.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Роналд Реган (1911-2004) био је председник САД од 1981. до 1989. године.

да је Америка и даље водећа сила на међународној сцени обавијеној гвозденом завесом и Хладним ратом. Окидач за америчку војну интервенцију био је нови државни удар у Гренади који је извео Хадсон Остин 19. октобра 1983. године када су његове војне трупе са места премијера срушиле његовог доскорашњег савезника Бернарда Корда.

Како би оправдали своју војну акцију и представили је као хуманитарну интервенцију, администрација америчког председника Регана морала је да јавности, а и целом свету, искаже своју добру намеру и хуманост у погледу заштите људских права у Гренади. Реганова администрација као прво оправдање за предузимање оружане акције исказала је наводно забринутост за животе америчких држављана у Гренади, а посебно америчких студената који су похађали Медицинску школу на Универзитету Сент Џорџ. Чак је и тадашњи државни секретар САД Џорџ Шулц (George Schultz) у специјалној телевизијској емисији 25. октобра 1983. изјавио да су САД одлучиле да реагују како амерички држављани не би били повређени или узети као таоци. Недуго након тога и председник Реган је изјавио да САД морају реаговати у Гренади како би се заштитили животи око 1000 америчких држављана.<sup>33</sup> Наравно, прави разлози за америчку интервенцију били су потпуно друге природе, а брига за људске животе од самог почетка је стављена у други план.

Прихватајући наводни хитан захтев Организације источнокарипских држава<sup>34</sup> САД су 25. октобра 1983. године покренули оружану акцију на Гренаду под кодним именом „Хитан Бес“ (*Urgent Fury*). Акција је изведена од стране припадника америчких војних снага, а председник САД Роналд Реган је интервенцију правдао из три разлога: први и најважнији разлог је био брига за људске животе и животе око 1000 америчких држављана; други разлог био је тај да се хитно спречи даљи хаос у Гренади; трећи разлог односио се на поновно успостављање реда и закона у држави и обнављање државних институција.<sup>35</sup>

Оружана акција која је почела на Гренаду 25. октобра првенствено је предвиђала поделу овог острва на два дела како би се осигурали дефинисани циљеви. На северни део искрцали су се амерички маринци, док су југ покрили ренџери. Амерички командоси искрцали су се падобранима нешто после поноћи на писту како би обезбедили слетање авиона Ц-130 који је превозио око 700 америчких ренџера. Пре тога, амерички командоси су на југу острва обезбедили авионску писту у Порт Салинесу (Port Salines). Према даљем плану акције, након што су ренџери осигурали писту искрцало се још 800 војника док су се након тога ренџери повукли на север острва како би осигурали безбедност америчких студената медицине и ставили код контролу престоницу Сент Џорџ. Даљом акцијом, планирано је искрцавање још 400 маринача који су обезбедили мали аеродром у Перлсу (Pearls).<sup>36</sup>

Америчка интервенција је била добро стратегијски развијена и јасно се може закључити, према начину деловања америчких војника, да је циљ био окупација читавог острва а не оних његових делова у којима су живели амерички држављани. То се управо и десило

<sup>33</sup> Wendell Bell, „The American Invasion of Grenada: a note on false prophecy”, *Foresight*, vol. 10, No 3 (2007): 31.

<sup>34</sup> Поред Сједињених Америчких Држава као главног покретача ове оружане акције, у њој су учествовале и удружене снаге следећих карипских држава: Антигве и Барбуде, Барбадоса, Доминике, Јамајке, Свете Луције, Светог Винсента и Гренадинија.

<sup>35</sup> Stephen E. Anno, William E. Einspahr, *Command and Control and Communications Lessons Learned: Iranian rescue, Falklands conflict, Grenada invasion, Libya raid* (Alabama: Air University United States Air force Maxwell Air force base, 1988), 36.

<sup>36</sup> *Ibid.*

јер од самог почетка главни циљ САД није био заштита људских живота већ рушење левичарског режима у Гренади. Акција је представљала типичан школски пример злоупотребе хуманитарних разлога у политичке сврхе.

Супротстављене снаге су у току унутрашњих сукоба у Гренади ухапсиле генералног гувернера Пола Скуна (Paul Scoon) који је смештен у кућни притвор. Како би се осигурала његова безбедност, пре почетка инвазије, тимови америчких фока спуштени су у близини престонице са циљем да из сукоба извуку гувернера, а уједно да заузму владину радио станицу. На почетку инвазије првобитни број америчких војника износио је 1900 који се за само пет дана попео на 5000. Такође, на страни САД учествовало је око 300 војника карибских држава. Амерички циљеви били су реализовани за само три дана. Евакуисано је укупно 599 Американаца и 80 страних држављана.<sup>37</sup>

### 5.3. Одјек интервенције у свету

Инвазија на Гренаду имала је негативне последице на њен економски и привредни развој. То свакако није унапредило међународну репутацију САД већ је покренуло доста питања у вези са посвећеношћу САД међународном праву и принципима немешања, поштовања сувереног интегритета независних држава, људске једнакости и људских права.<sup>38</sup>

Амерички председник Реган је мислио да ће за ову оружану акцију добити подршку својих западних партнера, пре свега, Велике Британије, Немачке и Француске. Међутим, та подршка је изостала па је сама акција наишла на велику осуду целокупне међународне заједнице, подједнако и са Истока и са Запада. Британска премијерка Маргарет Тачер у отвореној изјави за медије осудила је овај акт америчке агресије поготово због тога што је Гренада била чланица британског Комонвелта. Ова реакција британске премијерке није била толико жустра из разлога што је само годину дана пре тога Британија водила са Аргентином Малвински рат како би сачувала контролу над Фокландским острвима и тада је за то добила подршку САД. Генерална скупштина УН усвојила је другог новембра 1983. Резолуцију 38/7 - Ситуација у Гренади<sup>39</sup> којом је ова америчка интервенција окарактерисана као „флагрантно кршење међународног права, независности, суверенитета и територијалног интегритета Гренаде“<sup>40</sup>. Целокупна ова акција још више је затегла међународне односе између САД и Совјетског Савеза који је изгубио утицај у овом делу света. Још од самог почетка се знало да је брига за људска права и животе у Гренади само изговор САД за међународну заједницу и светску јавност. Интервенција је спроведена из чисто политичких разлога како би се срушила левичарска влада. Реган је на крају успео у томе јер је овим тријумфом америчке војске спрао дебакл САД у Вијетнаму, а себи је подигао популарност пред председничке изборе за други мандат на челу САД. Оно што је занимљиво да се напомене јесте чињеница да животи

37 Stephen E. Anno, William E. Einspahr, *Command and Control and Communications Lessons Learned: Iranian rescue, Falklands conflict, Grenada invasion, Libya raid*, 37.

38 Victor Eno, Keith Simmonds, „Grenada and U.S. Foreign Policy toward the Caribbean Region in the 21st Century A Retrospective Appraisal of the 1983 Invasion”, *Journal of Interdisciplinary Sciences*, vol. 5, Iss. 2 (2021): 80.

39 За Резолуцију је гласало 108 држава, против је било 9, уздржаних 27 а није гласало 14.

40 За више погледати: The situation in Grenada, <https://digitalibrary.un.org/record/56923>, приступљено 15. 12. 2023.

америчких студената ниједног тренутка нису били угрожени за време унутрашњих немари у Гренади. Те животе угрозила је управо америчка оружана интервенција. Од 1000 америчких студената медицине евакуисано је њих 599 што јасно потврђује да остали нису ни хтели да се евакуишу из Гренаде. Након успешно спроведене акције америчка војска остала је на острву још три месеца како би се успоставио марионетски режим наклоњен САД на челу са премијером Николасом Бретвејтом (Nicholas Brathwaite). Реганова „брига“ за људска права и слободе произвела је тешко кршење тих истих права у току интервенције.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Свака хуманитарна интервенција која није одобрена од стране Савета безбедности УН или која није предвиђена неким међународним споразумом сматра се противправном и недозвољеном. Без обзира на то што се интервенише у циљу заштите људских права и слобода употреба оружане силе у потпуној је супротности са начелом неинтервенције. Употреба силе у међународним односима треба да буде крајње средство под условом да су претходно исцрпљена сва друга мирољубива средства, а о употреби силе мора одлучивати Савет безбедности у складу са Повељом УН. Међународно јавно право не познаје чак ни постојање међународноправног обичаја којим је дозвољена употреба оружане силе у хуманитарне сврхе. У овом раду смо видели да је интервенција у Гренади представљала типичан облик међународног кривичног дела агресије у складу са Резолуцијом ГС УН број 3314 од 14. децембра 1974. која, између осталог, предвиђа „да је агресија употреба оружане силе једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе, или на било који други начин који није у сагласности са Повељом УН“. САД су злоупотребиле начело хуманости како би оствариле своје политичке циљеве, а нажалост, овакав вид злоупотребе постао је устаљена пракса у савременим међународним односима у којима влада сила над правом. Повеља УН и уздржавање од употребе силе постали су само мисаона именица у случајевима када водеће државе света треба да постигну своје политичке, стратешке, геоекономске и друге интересе. Интервенција у Гренади 1983. године представља најгрубље кршење међународног јавног права, његових принципа, норми и начела.

## ЛИТЕРАТУРА

1. „Amnesty International”, <https://www.refworld.org/pd/fid/3f98244a4.pdf>, приступљено 03.09.2023.
2. Anno, Stephen E., William E. Einspahr. *Command and Control and Communications Lessons Learned: Iranian rescue, Falklands conflict, Grenada invasion, Libya raid* (Alabama: Air University United States Air force Maxwell Air force base, 1988).
3. Bell, Wendell. „The American Invasion of Grenada: a note on false prophecy”, *Foresight*, vol. 10, No 3 (2007).

4. Brennan, Elisabeth J., „Rejecting customary regression: Unilateral Humanitarian intervention & The evolution of Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 43, Iss. 1 (2022).
5. Cole, Ronald H. *Operation Urgent Fury*. Washington: Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, 1997.
6. Eno, Victor, Keith Simmonds., „Grenada and U.S. Foreign Policy toward the Caribbean Region in the 21st Century A Retrospective Appraisal of the 1983 Invasion”, *Journal of Interdisciplinary Sciences*, vol. 5, Iss. 2 (2021).
7. Heraclides, Alexis, Ada Dialla. *Humanitarian intervention in the long nineteenth century - Setting the precedent*. Manchester: Manchester University Press, 2015.
8. Library of Congress“, <https://www.loc.gov/static/programs/national-recording-preservation-board/documents/IronCurtainSpeech.pdf>, приступљено 16.11.2023.
9. Poznansky, Michael. *Intervention and Secrecy in International Politics - Dissertation* (Charlottesville: University of Virginia, 2016), [https://libraetd.lib.virginia.edu/public\\_view/kw52j832v](https://libraetd.lib.virginia.edu/public_view/kw52j832v), приступљено 15. 12. 2023.
10. Radmanović, Jelena. „Humanitarna intervencija u kontekstu zločina agresije iz člana 8bis Rimskog statuta”, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, broj 1 (2022).
11. Амстуц, Марк Р. *Међународна етика: Глобална политика - појмови, теорије и случајеви*. Београд: Службени гласник, 2008.
12. Влајнић, Јелена М., „Правни основ унилатералне хуманитарне интервенције”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1 (2016).
13. Искра, Ведран. „Хуманитарна интервенција”, *Правник*, број 1 (2005).
14. Консес, Рори Ј. (Rory J. Conces). „Оправдавање присилне и неприсилне интервенције: стратешки и хуманитарни аргументи”, *Социјалдемократ*, број 9 (2002).
15. Костић, Н. Станиша. *Међународни односи и међународно право*. Загреб: Школска књига, 1966.
16. Кривокапић, Борис. *Актуелни проблеми међународног права*. Београд: Службени гласник, 2011.
17. Миљуш, Брано. *Савремени проблеми међународног права*. Београд: Институт за међународну политику и привреду, 2013.
18. Пауновић Милан, Борис Кривокапић, Ивана Крстић. *Међународна људска права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2015.
19. Раичевић, Небојша. „Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву”, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2008, [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa\\_Raicevic\\_Humanitarna\\_intervencija\\_2008.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa_Raicevic_Humanitarna_intervencija_2008.pdf), приступљено 15. 12. 2023.
20. Римски статута Међународног кривичног суда, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, приступљено 15. 12. 2023.
21. Савић, Миле. „Етика хуманитарних интервенција”, *Социолошки преглед*, број 4 (2009).
22. Савић, Сава. „Међународно право и хуманитарна интервенција”, *МП*, број 1 (2007).
23. Стевановић, Анђелија. „Хуманитарна интервенција - хумани чин или злочин?” у *Раскрића међународног кривичног и кривичног права - реформа правосудних закона Републике Србије*, уред. Милан Шкулић, Ивана Миљуш, Алекса Шкундрић

(Палић: Удружење за међународно кривично право и Правни факултет Универзитета у Београду, 2023).

24. The situation in Grenada, <https://digitallibrary.un.org/record/56923>, приступљено 15. 12. 2023.

## LITERATURE

1. „Amnesty International”, <https://www.refworld.org/pdffd/3f98244a4.pdf>, accessed 03.09.2023.
2. „Library of Congress“, <https://www.loc.gov/static/programs/national-recording-preservation-board/documents/IronCurtainSpeech.pdf>, accessed .11.2023.
3. Anno, E. Stephen, Einspahr, E. William. *Command and Control and Communications Lessons Learned: Iranian rescue, Falklands conflict, Grenada invasion, Libya raid*. Alabama: Air University United States Air Force Maxwell Air Force Base, 1988.
4. Bell, Wendell. „The American Invasion of Grenada: a note on false prophecy”, *Foresight*, vol. 10, Iss. 3 (2007).
5. Brennen, Elisabeth J. „Rejecting customary regression: Unilateral Humanitarian intervention & The evolution of Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 43, Iss. 1 (2022).
6. Cole, H. Ronald. *Operation Urgent Fury*. Washington: Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, 1997.
7. Conces, Rory J. „Justification of forced and non-forced Intervention: Strategic and humanitarian arguments”, *Social-democrat*, no. 9 (2002).
8. Eno, Victor, Simmonds, Keith. „Grenada and U.S. Foreign Policy toward the Caribbean Region in the 21st Century: A Retrospective Appraisal of the 1983 Invasion”, *Journal of Interdisciplinary Sciences*, vol. 5, Iss. 2 (2021).
9. Heraclides, Alexis, Dialla, Ada. *Humanitarian intervention in the long nineteenth century - Setting the precedent*. Manchester: Manchester University Press, 2015.
10. Iskra, Vedran. Humanitarian intervention, Lawyer, no. 1 (2005).
11. Kostić, Staniša N. International relations and International Law. Zagreb: School book, 1966.
12. Krivokapić, Boris. Current problems of International Law. Belgrade: Official Gazette, 2011.
13. Miljuš, Brano. Contemporary problems of International Law. Belgrade: Institute of International politics and economics, 2013.
14. Nogo, Sreto. International Criminal Law. Belgrade: Catena mundi, 2016.
15. Paunović, Milan, Krivokapić, Boris, Krstić, Ivana. International Human Rights. Belgrade: Faculty of Law of University of Belgrade, 2015.
16. Poznansky, Michael. „Intervention and Secrecy in International Politics” (Dissertation, University of Virginia, 2016), [https://libraetd.lib.virginia.edu/public\\_view/kw52j832v](https://libraetd.lib.virginia.edu/public_view/kw52j832v), accessed 15. 12. 2023.

17. Radmanović, Jelena. „Humanitarian intervention in the context of the crime of aggression under article 8bis of the Rome statute of the International Criminal Court”, *Journal of Legal Theory and Practice of the Bar Association of Vojvodina*, Iss. 1 (2022).
18. Raičević, Nebojša. Humanitarian intervention in International Public Law, Doctoral dissertation, Faculty of Law of University of Niš, 2008, [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa\\_Raicevic\\_Humanitarna\\_intervencija\\_2008.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Nebojsa_Raicevic_Humanitarna_intervencija_2008.pdf), accessed 15. 12. 2023.
19. Savić, Mile. „Ethics of the Humanitarian Intervention”, *Sociological Review*, Vol. XLIII, no. 4 (2009).
20. Savić, Sava. „International Law and Humanitarian Intervention”, *IP*, no. 1 (2007).
21. Stevanović, Anđelija. „Humanitarian Intervention - Humanitarian act or crime”?, U *Crossroads of international criminal and criminal law - reform of judicial laws of the Republic of Serbia*, eds. Milan Škulić, Ivana Miljuš, Aleksa Škundrić (Palić: International Criminal Law Association and Faculty of Law of University in Belgrade, 2023).
22. Vlajnić, Jelena M. „Legal Basis for Unilateral Humanitarian Intervention”, *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad*, Iss. 1 (2016).
23. The situation in Grenada, <https://digitallibrary.un.org/record/56923>, accessed 15. 12. 2023.

## HUMANITARIAN INTERVENTION IN INTERNATIONAL LAW AS AN EXAMPLE OF EVENTS IN THE REPUBLIC OF GRENADA

Nemanja Danilović<sup>41</sup>

*Faculty of Law of Megatrend University in Belgrade*

*Summary:* Following the events in the world and the whirlwind of war in the east of the old continent, the institute of humanitarian intervention has once again come into the spotlight. The paper is dedicated to this very complex concept in international law, which has been accompanied by many controversies throughout the past. The paper will deal with the basic concept of humanitarian intervention, its elements, and the method of implementation, as well as a comparison with aggression as an international crime. The central part of the paper will refer to the events that took place in the Republic of Grenada in 1983. Namely, in October of this year, it will be exactly four decades since the United States of America, under the pretext of humanitarian reasons, invaded Grenada, which was then condemned by almost the entire world. The events that preceded this humanitarian intervention will be considered, then the course of the operation itself, the reaction of the international community and the world, as well as the consequences that this operation had on international relations during the period of the then Cold War. The operation in Grenada, known under the code name Hitan Bes (Urgent rage), had far-reaching consequences for the world, which only contributed to intensifying tensions and sharpening the decades-long strained relations between the capitalist West and the communist East.

**Keywords:** *humanitarian intervention, Republic of Grenada, United States of America, invasion, aggression, international law, international relations.*

---

<sup>41</sup> PhD candidate, Faculty of Law of Megatrend University in Belgrade, e-mail: nemanjad444@gmail.com.



# ДИПЛОМАТИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Никола Станковић<sup>1</sup>

Правни факултет Универзитета у Београду

**Апстракт:** Рад анализира дипломатски систем Европске уније у контексту дипломатских активности усмерених примарно ван спољних граница Уније. Аутор анализу везује за период након доношења уговора из Лисабона, задржавајући анализу из претходног периода једино на Заједничкој спољној и безбедносној политици уније, а из разлога јер је тим уговором генерисан нормативни простор за успостављање Европске службе за спољну акцију и Високог представника као формално најважнијих модерних дипломатских актера ове организације. Аутор анализира и Европски савет као колегијално тело у чијој надлежности је формирање спољне политике Уније. Аутор врши осврт и на Савет Европске уније. Коначно, аутор анализира положај Уније у контексту мултилатералне дипломатије.

**Кључне речи:** дипломатија, Европска унија, Европска служба за спољну акцију, Високи представник, Европски савет, Савет Европске уније, Комисија.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Темељ дипломатије Европске уније (ЕУ) лежи у уговорима које је она закључивала.<sup>2</sup> Дипломатски систем ЕУ, макар у неком иницијалном, зачетном смислу, морамо узети за заједничку спољну и безбедносну политику ЕУ. Стога, морамо почети од Уговора из Мастрихта.<sup>3</sup> Реч је о уговору који је померио надлежност заједнице са чисто економског поља и усмерио је ка остварењу идеје стварања заједничке државе.<sup>4</sup> Он је, између осталих бројних новина и реформи у које овде нећемо залазити, успоставио заједничку спољну и безбедносну политику (заједничка политика) као други стуб деловања Европске уније.<sup>5</sup> Штавише,

<sup>1</sup> Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Београду, Булевар краља Александра 67, Београд, е-пошта: nstankovic@ius.bg.ac.rs.

<sup>2</sup> Maureen Benson-Rea, Cris Shore, „Representing Europe: The Emerging Culture of EU Diplomacy“, *Public Administration*, 2, 90 (2012): 2

<sup>3</sup> У пуном називу „Уговор о Европској унији“. Ступио на снагу 1. новембра 1993. године.

<sup>4</sup> Будимир Кошутић, Бранко Ракић и Бојан Милисављевић, *Увод у право европских интеграција* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2021), 141.

<sup>5</sup> Claes De Vreese, Anna Kandyła, „News Framing and Public Support for a Common Foreign and Security Policy“, *JCMS*, 3, 47 (2009): 455.

он је увео систем стубова ЕУ.<sup>6</sup> Тиме су, поред традиционалног стуба оличеног у формирању Европске заједнице, конституисана још два стуба.<sup>7</sup> Дакле, три стуба ЕУ су: заједничко тржиште и економска политика; спољна политика и безбедност; сарадња у областима полиција и правосуђа.<sup>8</sup>

Циљеви ове Заједничке политике су дефинисани уговором као следећи: очување заједничких вредности, фундаменталних интереса и независности ЕУ; оснаживање безбедности како саме ЕУ али и њених чланица; очување мира и јачање међународне безбедности у складу са принципима Повеље Организације уједињених нација (ОУН), финалног акта из Хелсинкија и Париске Повеље; промовисање међународне сарадње; развој и консолидација владавине права и поштовања основних права и слобода човека.<sup>9</sup> Увиђамо да је реч о поретку који тежи изградњи у оквирима модерног система међународног права које егзистира и функционише под „капом“ ОУН, али и који тежи генерисању сопственог идентитета у том простору који ће учествовати у међународним односима и самим тим вршити дипломатске активности.

Поред очигледне, али свакако наглашене обавезе држава чланица да на овим пољима сарађују и синхронизују политику зарад остварења Заједничке политике – Уговор из Мастрихта централно место даје Европском савету.

Нешто касније, 1997. године Уговор из Амстердама врши надградњу система какав је постављен Уговором из Мастрихта увођењем ефикаснијег процеса одлучивања на овом пољу кроз имплементацију конструктивне суддржаности, али и гласања квалификованом већином.<sup>10</sup> Уговор из Нице представља следећи корак у овом процесу који, између осталог, поверава посебан мандат Политичком и безбедносном комитету, основаном од стране Европског савета.<sup>11</sup> Дакле, нормативни темељ Заједничке политике је успостављен Уговором из Мастрихта, а ревидиран Уговором из Лисабона.<sup>12</sup>

Савремена анализа дипломатског деловања Европске уније (ЕУ) мора се везати за Лисабонски уговор.<sup>13</sup> Ратификација и имплементација овог уговора су креирале нормативни оквир за деловање широког дипломатског система Европске уније.<sup>14</sup> Ступањем на снагу овог уговора, ЕУ постаје атипичан дипломатски актер.<sup>15</sup> Захваљујући овом уговору, њој се приписује својство правне личности.<sup>16</sup> Атипичност јесте оно што анализу ове теме чини релевантном, али и врло занимљивом. Поред тога, научна драгоценост анализе дипломатије ЕУ лежи у њеној могућности да функционише на начин другачији од њених држава чланица.

6 Foreign Policy: Aims, Instruments and Achievements, [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU\\_5.1.1.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_5.1.1.pdf), приступљено 10. септембра 2023.

7 Stephen Keukeleire, „The European Union as a Diplomatic Actor: Internal, Traditional, and Structural Diplomacy“, *Diplomacy & Statecraft*, 3, 14 (2003): 31

8 Кошутић, Ракић, Милосављевић, *Увод у право европских интеграција*, 142.

9 Уговор из Мастрихта, чл. Ј.1

10 Foreign Policy: Aims, Instruments and Achievements

11 *Ibid.*

12 Foreign Policy: Aims, Instruments and Achievements

13 Донет 2007. године, а ступио на снагу 2009. године

14 Stephan Keukeleire, Michael Smith, Sophie Vanhoonaeker, *The Emerging EU System of Diplomacy: How Fit for Purpose?*, *DSEU Policy Paper*, 1 (2010): 1

15 Миленко Крећа, *Међународно јавно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду 2023), 328

16 Federiga Bindi, „European Union Foreign Policy: A Historical Overview“, [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/theforeignpolicyoftheeuropeanunion\\_chapter.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/theforeignpolicyoftheeuropeanunion_chapter.pdf), приступљено 26. септембра 2023.

Уговор из Лисабона (ЛУ) је био усмерен на измену Уговора о Европској унији и Уговора о оснивању Европске заједнице.<sup>17</sup> Потоњи је тада преименован у Уговор о функционисању Европске уније.<sup>18</sup> Он је закључен са циљем да се појача улога Уније у свету, али и њен идентитет.<sup>19</sup> ЛУ садржи највећи део одредаба Европског устава који није усвојен из разлога што су референдуми о његовом усвајању у Француској и Холандији пропали.<sup>20</sup> Пропашћу овог акта, није ишчезла и потреба за институционалним променама унутар ЕУ, а за којима се само пошло другим правним стазама.<sup>21</sup>

Уговор из Лисабона уноси значајне промене у структури Европске уније, а које су се неминовно одразиле и на њено спољнополитичко деловање, па чак и само поимање. Овде ћемо направити кратак уводни осврт на неке промене које сматрамо важним за дипломатско деловање ЕУ.

Прво, структура од „три стуба“ Европске уније се ЛУ укида.<sup>22</sup> Уистину, усклађеност спољног деловања ЕУ јесте отежана таквом институцијском структуром у којој су спољне надлежности и процедуре у доменима сва три стуба вештачки одвојене.<sup>23</sup> Укидањем стубова, одредбе из другог и трећег стуба су прерасподељене.<sup>24</sup> Иако тачно, аутор сматра да је такав правно-политички приступ био неопходан у сложеном еволутивном процесу какав јесте „европски пројекат“. Даље, спољна и безбедносна политика о којој смо говорили у првом сегменту увода се прецизира.<sup>25</sup> Сарадња у областима правде и полиције је проширена, а рад овог тела (чији назив се мења у Савет [Европске уније]) учињен јавним када се расправља о усвајању општеобавезног акта.<sup>26</sup> У погледу Европског савета, одређено је да се бира председник чији је циљ да помаже постизању једногласности у одлучивању овог органа, али и да споља представља Европску унију у односима са нечланицама и међународним организацијама.<sup>27</sup> На председнику је да уз консултације са државама чланицама одреди смернице спољне политике коју ће потом спроводити Високи представник за спољну политику.<sup>28</sup> Функција Високог представника је успостављена Уговором из Амстердама.<sup>29</sup> Нема сумње да је Уговор из Лисабона најсмелији правни корак на пољу институционализације и јачања дипломатског система Европске уније.<sup>30</sup>

17 Steven Blockmans, Ramses A Wessel, „The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?“, *Journal of Conflict & Security Law*, 2, 14 (2009): 267.

18 Уговор из Лисабона, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:EN:PDF>, приступљено 23. новембра 2023.

19 Blockmans, Wessel, „The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?“, 267.

20 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 152 – 153.

21 *Ibid.*, 152 - 153

22 Уговор из Лисабона, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:EN:PDF>, приступљено 22. новембра 2023.

23 Blockmans, Wessel, „The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?“, 268.

24 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 153.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, 154.

29 *Ibid.*, 149.

30 Keukeleire, Smith, Vanhoonacker, „The Emerging EU System of Diplomacy: How Fit for Purpose?“, 3.

Уводне напомене заокружујемо освртом на консолидовани, пречишћени текст Уговора о функционисању ЕУ из 2012. године који је објединио новине и измене уведене Уговором из Лисабона. Према одредбама овог текста, на међународном плану се ЕУ води управо оним вредностима које су инспирисале њену креацију, развој и проширење.<sup>31</sup> Она ће тежити успостављању односа и сарадње са трећим земљама, светским, међународним и регионалним организацијама који деле њене принципе и оно најважније – промовисаће мултилатерално решавање заједничких проблема, поготово правни оквир Повеље ОУН.<sup>32</sup>

На овом пољу централну улогу има Европски савет и Комисија којој у раду помаже Високи представник Уније за спољну политику и безбедност, а који ће заједнички обезбедити конзистентност на овом пољу.<sup>33</sup> Поред ових централних органа, анализа је усмерена и на Савет за спољне послове, Европску службу за спољну акцију – који сви заједно творе дипломатски систем Европске уније на спољном плану. У том смислу, она тежи да фигурира као јединствени дипломатски актер.

Коначно, специфична природа ЕУ која покушава да успостави јединствен систем деловања на спољном плану у исто време мора врло опрезно и подробно да очува и усмери напоре ка дипломатији на унутрашњем плану у односу са државама чланицама. Стога, направићемо осврт и на Савет ЕУ као најважнији орган на унутрашњем плану ЕУ, али и на билатералне односе са државама чланицама.

## 2. ИНСТИТУЦИЈЕ ЕУ У ПОГЛЕДУ ДИПЛОМАТИЈЕ

Институционална мрежа ЕУ је врло сложена јер се ослања на неколико органа у погледу свог функционисања, како на унутрашњем, али и на спољнополитичком плану. У овом контексту, фокус анализе биће усмерен на Европски савет, Савет Европске уније и Комисију.

Европски савет је орган који функционише путем годишњих самита на којима највиши представници држава чланица расправљају о најважнијим питањима и усвајају опште одлуке од стратешког интереса за целокупну организацију.<sup>34</sup> Наиме, Европски савет сачињен је од премијера или шефова држава чланица ЕУ.<sup>35</sup> Поред председника Европског савета, у његов састав улази и председник Комисије.<sup>36</sup> Већ на првом кораку наше анализе увиђамо да је реч о атипичном дипломатском деловању јер различити ентитети оличени у државама чланицама располажу сопственим интересима које морају ускладити са општим интересом ЕУ и потом га пласирати у међународну арену.

Највиши представници држава чланица природно заступају интересе првенствено својих земаља. Ово јесте проблематично за ЕУ која тежи томе да фигурира као јединствени

---

31 Уговор из Лисабона, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12007L/TXT>, приступљено 12. 12 2023.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 170.

35 Званична страница Европског савета, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/what-is-the-council/>, приступљено 12. 12 2023.

36 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 170.

дипломатски актер, иако је суштински сачињен од 27 постојећих актера. Дакле, од императивне је важности да се интереси држава чланица и саме Уније преклапају.

На сваком састанку Европски савет усваја посебне закључке који служе идентификацији конкретних проблема који се тичу ЕУ и подвлаче конкретне радње које се морају предузети, или циљеве које треба постићи тим поводом.<sup>37</sup> Ваља напоменути и посебно одељење Комисије – Еуро самит, који с времена на време доноси одлуке које се тичу искључиво оних земаља које се налазе у „еуро зони.“<sup>38</sup> Уз шефове држава из наведене зоне, председника Комисије, али и председника Еуро самита – доносе стратегије у погледу ове економске зоне и обезбеђују несметано функционисање Економске и монетарне заједнице.<sup>39</sup>

Уговором из Мастрихта су, поред надлежности у области правде и унутрашњих послова, Европском савету додељене јасне надлежности из домена интереса наше анализе – спољне политике и безбедности.<sup>40</sup> Са друге стране, Уговор из Лисабона уз бројне новине које уводи у нормативно устројство ЕУ, прописује и функције председника Европског савета: председава и руководи заседањима; брине о организацији и припреми дневног реда; доприноси постизању консензуса пре и у току заседања; припрема и подноси извештај Европском парламенту.<sup>41</sup> Председник се бира квалификованом већином на период од две и по године уз могућност једног поновног кандидовања.<sup>42</sup> На његов позив, председник Европског парламента држи обраћање пре почетка сваког састанка, а како би истакао ставове институције коју представља.<sup>43</sup> Састанке сазива на сваких шест месеци, а може сазвати и ванредно заседање.<sup>44</sup> То по правилу чини када је потребно хитно доношење неке одлуке.<sup>45</sup> Реч је о одлукама које могу бити управо из домена спољне политике, а као што је учињено, на пример, поводом кризе у Украјини.<sup>46</sup> Председнику је потчињен и Високи представник за спољну политику и безбедност који присуствује седницама.<sup>47</sup> Иако учествује у раду Европског савета, он није његов члан.<sup>48</sup>

Увидом у активности Европског савета, видимо да је реч о једном врло активном органу ЕУ који износи заједничке ставове по различитим питањима. Најскорије, председник Савета Чарлс Микел се обратио на 78. заседању Генералне скупштине Уједињених нација

37 Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/#definition>, приступљено 26. септембра 2023.

38 Sergio Fabbrini, Uwe Puetter, „Integration without supranationalisation: studying the lead roles of the European Council and the Council in post-Lisbon EU politics“, *Journal of European Integration*, 38, 5 (2016): 482.

39 Званична страница Европског савета, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/euro-summit/>, приступљено 27. септембра 2023.

40 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 171.

41 *Ibid.*

42 Aurel Octavian Pasat, „Comparative Study: European Council - Council of The European Union - Council of Europe“, *Perspectives of Law and Public Administration*, (10), special issue (2021): 186.

43 Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/how-the-european-council-works/#meetings>, приступљено 26. септембра 2023.

44 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 171.

45 Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/how-the-european-council-works/#meetings>, приступљено 26. септембра 2023.

46 Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2022/05/30-31/>

47 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 172.

48 Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/how-the-european-council-works/#meetings>, приступљено 18. новембра 2023.

одржаном у Њујорку у име целе ЕУ.<sup>49</sup> Том приликом је, између осталог, позвао на реформу Повеље ОУН примарно кроз измену права вета у Савету безбедности и укључивање у његов састав регионалних организација и земаља које нису довољно представљене.<sup>50</sup> Додатно, о кризи у Украјини је заузео став да је Украјина „место злочина“, а да се извршилац налази у самој сали.<sup>51</sup> Истакао је да ЕУ чврсто стоји уз Украјину.<sup>52</sup> Као што можемо видети, реч је о врло важним и актуелним питањима за читаву међународну заједницу у чијим одговорима активно учествује и ЕУ. Међутим, аутор је утиска да је ово незахвалан терен, поготово у светлости криза које генерално у последњих неколико година тресу само темеље ЕУ. Наиме, заузети један став у име 27 држава чланица које притом располажу сопственим интересима који могу диктирати и другачије спољнополитичке циљеве – у најмању руку је штетно по дипломатију на „унутрашњем“ плану ЕУ. У том смислу, можемо прећи на наредни сегмент анализе – Савет Европске уније (Савет ЕУ).

Савет ЕУ је незаобилазан у великом броју активности организације ЕУ.<sup>53</sup> Представља централно место заступања националних интереса у њеним политикама.<sup>54</sup> Сачињава га по један министар из владе држава чланица који учествује на заседањима.<sup>55</sup> Министри који учествују на овим састанцима имају право да обавезу своје владе на акције договорене на састанцима.<sup>56</sup>

По природи ствари и редовном току, реч је о министру спољних послова.<sup>57</sup> Међутим, то може бити и неки други министар у зависности од тога које је питање на дневном реду.<sup>58</sup> Да би се обезбедило стално присуство држава у овом органу постоје и стални представници држава чланица који заједно чине орган познат као КОРЕПЕР (COREPER).<sup>59</sup> Чине га КОРЕПЕР I (сачињен од заменика сталних представника са статусом амбасадора ЕУ) и КОРЕПЕР II (сачињен од сталних представника).<sup>60</sup> Њихов значај је велики јер су они ти који припремају материјале, питања за заседања и преко ових представника се ставови држава често усаглаше, те се сама заседања тада сведу на формалну потврду већ усаглашене одлуке заседања.<sup>61</sup>

Важно је истаћи да иако Савет ЕУ представља јединствени ентитет, он има чак 10 различитих конфигурација, тј. сазива.<sup>62</sup> За нашу тему је најважнија конфигурација Савета за спољне послове. Овај Савет је, поред Европског савета, имао веома значајну улогу у

49 Званична страница Европског савета, <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2023/09/18-22/>, приступљено 27. септембра 2023.

50 *Ibid.*

51 Званична страница Европског савета, <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2023/09/18-22/>, приступљено 27. септембра 2023.

52 *Ibid.*

53 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 160.

54 Jeremy Richardson, *European Union: Power and Policy-Making*, (London: Routledge, 2005), 149

55 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 160.

56 Званична страница ЕУ, [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union_en), приступљено 26. септембра 2023.

57 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 160.

58 *Ibid.*

59 *Ibid.* 161

60 Званична страница ЕУ: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/coreper.html>, приступљено 18. новембра 2023.

61 Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 161,

62 Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/configurations/>, приступљено 19. новембра 2023,

стварању платформе на којој ће државе чланице размењивати ставове.<sup>63</sup> Савет за спољне односе је одговоран за спољно деловање Европске уније.<sup>64</sup> Он окупља министре спољних послова држава чланица ЕУ, а у зависности од агенде и министре одбране, министре трговине и министре задужене за развој.<sup>65</sup> Овим састанцима председава Високи представник којем асистира Служба за спољну акцију.<sup>66</sup>

Реч је о органу који заједно са Европским парламентом чини легислативу ЕУ.<sup>67</sup> Он углавном функцију реализује на основу предлога Европске комисије.<sup>68</sup> Заједно, они формирају специјалан институционални троугао ЕУ.<sup>69</sup> Ово представничко тело представља место на којем представници држава чланица дискутују, преговарају и решавају важне проблеме који се тичу европских реалности.<sup>70</sup> Поред ове, Савет ЕУ располаже и следећим функцијама: координира политикама држава чланица; развија спољну и безбедносну политику на основу смерница Европског савета; закључује споразуме са трећим државама и међународним организацијама и, заједно са Европским парламентом, усваја годишњи буџет ЕУ.<sup>71</sup> С обзиром на то да је реч о телу у чијем су саставу представници држава чланица, те они природно заступају националне интересе, али и са друге стране, телу које је одговорно за доношење колективних одлука – оно тежи успостављању равнотеже између међувладиних и наднационалних функција.<sup>72</sup>

Свакако, реч је о органу чије деловање подразумева дипломатске активности, како на унутрашњем плану ЕУ, али и има изузетно важан положај у систему ЕУ у погледу деловања ван њених граница.

Конечно, Комисија је у данашњој међународној заједници од примарне важности и неопходан орган за функционисање правног система Европске уније.<sup>73</sup> У њој неминовно постоје елементи од фундаменталног значаја за дипломатију ЕУ, а на које ћемо се овде осврнути.

Комисија се састоји од 27 комесара који током петогодишњег мандата представљају вођиљу Комисије.<sup>74</sup> Они су подељени по угледу на националне владе у различите ресоре, међу којима је и ресор задужен за спољну политику.<sup>75</sup> На челу сваког комесаријата је по један

63 Heidi Maurer, Nicholas Wrights, „Still Governing in the Shadows? Member States and the Political and Security Committee in the Post-Lisbon EU Foreign Policy Architecture“, *JCMS*, 4, 59 (2021): 857.

64 Конфигурација Савета за спољне послове, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/configurations/fac/>, приступљено 29. септембра 2023.

65 Конфигурација Савета за спољне послове, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/configurations/fac/>, приступљено 29. септембра 2023.

66 *Ibid.*

67 Constantin Manolache, „Legislative Power of The Council of European Union“, *Journal of Legal Studies*, 9, 1-2 (2014): 22.

68 *Ibid.*

69 Aurel Octavian Pasat, „Comparative Study: European Council - Council of The European Union - Council of Europe“, 186.

70 Manolache, „Legislative Power of The Council of European Union“, 23.

71 Званична страница Савета ЕУ, [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union_en), приступљено 19. новембра 2023.

72 Маја Ковачевић, „Višedimenzionalnost Saveta Evropske unije“, *Godišnjak FPN*, 3(2009): 509.

73 Коштутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 166.

74 Састав Комисије, [https://commissioners.ec.europa.eu/index\\_en](https://commissioners.ec.europa.eu/index_en), приступљено 29. септембра 2023.

75 Коштутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 167.

комесар који је из сваке државе чланице, док је на челу саме Комисије председник.<sup>76</sup> Он је тај који комесарима додељује одговорност у одређеним пољима деловања. Председник има и репрезентативну улогу пред другим органима уније и према свим спољним субјектима.<sup>77</sup> Чланови комисије, иако држављани држава чланица, јесу лица која су пре свега ангажована на експертској основи – те заступају искључиво интересе Уније.<sup>78</sup>

У спољнополитичком смислу, Комисија је врло важна за целокупну ЕУ.<sup>79</sup> Она је та која усаглашава захтеве унутар ЕУ са спољнополитичким деловањем и утиче на сложени процес усаглашавања политике у различитим политичким просторима.<sup>80</sup> Ово је врло важно јер у модерној међународној заједници овај процес може имати одлучујућег утицаја на националне политике држава чланица.<sup>81</sup> Субјекти међународног права виде управо Комисију као орган који представља Европску унију.<sup>82</sup> Она је лице ЕУ.<sup>83</sup> Наиме, преко 140 влада је отворило дипломатске мисије акредитоване у Европској унији при Савету или Комисији, а ЕУ је отворила 130 канцеларија широм света, у којима се налазе службеници комисије.<sup>84</sup>

Природан је закључак да је Комисија активан орган на међународној сцени. Као неки од конкретних примера спољнополитичког деловања можемо навести политичку подршку Украјини током рата са Руском федерацијом, али и деловање у аграрним областима зарад обезбеђења неопходне количине хране на глобалном плану. Наравно, ово су само неки показани и најскорији примери деловања Комисије на међународном плану, а која неминовно захтевају дипломатско деловање.<sup>85</sup>

### 3. ВИСОКИ ПРЕДСТАВНИК И ЕВРОПСКА СЛУЖБА ЗА СПОЉНУ АКЦИЈУ

Лисабонски уговор је иницирао процес реформи институционалне структуре ЕУ, а једна од важнијих је била усмерена на реформу дипломатске службе.<sup>86</sup> Кључне реформе тичу се функције Високог представника (за спољну политику и безбедност) и оснивања Европске службе за спољну акцију.<sup>87</sup>

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Коштутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 167.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 166.

<sup>79</sup> Коштутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 168.

<sup>80</sup> Alun Jones, Julian Clark, „Europeanisation and Discourse Building: The European Commission, European Narratives and European Neighbourhood Policy“, *Geopolitics*, 3, 13 (2008): 546.

<sup>81</sup> Погледати: Patrick Bijmans, Christina Altides, „Bridging the Gap’ between EU Politics and Citizens? The European Commission, National Media and EU Affairs in the Public Sphere“, *Journal of European Integration*, 3, 29, (2007): 324.

<sup>82</sup> Коштутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 169.

<sup>83</sup> Jones, Clark, „Europeanisation and Discourse Building: The European Commission, European Narratives and European Neighbourhood Policy“, 546.

<sup>84</sup> Коштутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 169.

<sup>85</sup> Састав Комисије.

<sup>86</sup> Никола Станковић, „Европска служба за спољну акцију“, *Европско законодавство*, 77-78 (2022): 311.

<sup>87</sup> Jonas Paul, „EU Foreign Policy After Lisbon Will the New High Representative and the External Action Service Make a Difference?“, <https://core.ac.uk/download/pdf/71727082.pdf>, приступљено 29. септембра 2023, 5.



Високи представник за спољну политику и безбедност је личност која обликује положај ЕУ на глобалној сцени.<sup>88</sup> Функција високог представника је основана Уговором из Амстердама.<sup>89</sup> Дакле, Уговор из Лисабона доноси реформу овог органа. Он је уосталом и увео термилошко решење „Високи представник за спољне послове и безбедносну политику“ и тиме изменио термин „Министар Уније за спољне послове“ из претходног режима.<sup>90</sup> С обзиром на то да се анализира превасходно период након доношења Лисабонског уговора, од главног је значаја позиција Високог представника у контексту консолидованог текста овог уговора. Притом, аутор се мора оградити тиме да је анализа примарно усмерена на неке од надлежности које су у директном и неутуђивом домену науке дипломатског и конзуларног права. Унија строго води рачуна о томе да приликом избора, између осталих, и Високог представника, поштује географску заступљеност и диверзитет ЕУ.<sup>91</sup> Тренутно ову функцију извршава Џозеп Борел.<sup>92</sup>

Високи представник, или Комисија, располажу могућношћу да код оних уговора чији је предмет везан за спољну политику и безбедност, могућношћу подношења одговарајућих препорука на основу којих ће Савет одобрити отварање преговарачког процеса.<sup>93</sup> Са друге стране, Високи представник или Комисија могу предложити Савету суспензију примене међународног уговора и успостављање нових усвојених позиција у име Уније у уговорном телу када је то уговорно тело позвано да донесе какав акт који производи правно дејство, са изузетком аката који су комплементарне или корективне природе у односу на институционални оквир тог уговора.<sup>94</sup> Високи представник је уједно и потпредседник Комисије, али и Савета за спољне послове.<sup>95</sup> У оквиру Комисије, он координира различитим аспектима спољне акције Уније.<sup>96</sup> Циљ оваквог позиционирања Високог представника јесте обезбеђивање кохерентног деловања спољне политике ЕУ.<sup>97</sup> Даље, Високи представник, али и претходно анализирани Савет за спољне послове – спроводе неопходну сарадњу (доминантно дипломатску) пре свега са Организацијом Уједињених нација, Европским саветом, Организацију за безбедност и сарадњу у Европи и другим релевантним међународним организацијама.<sup>98</sup> Под његовим ауторитетом се налазе делегације Уније које блиско сарађују како са дипломатским, али и конзуларним службама држава чланица.<sup>99</sup> Јако важна и политички моћна

88 Званичан сајт Европске службе за спољну акцију, [https://www.eeas.europa.eu/taxonomy/term/400381\\_en](https://www.eeas.europa.eu/taxonomy/term/400381_en) приступљено 30. септембра 2023.

89 Paul, „EU Foreign Policy After Lisbon Will the New High Representative and the External Action Service Make a Difference?“, 10.

90 Maciej Pleszka „High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy – Analysis of the Lisbon Treaty Provisions“, [https://journalse.com/pliki/pw/y13\\_pleszka.pdf](https://journalse.com/pliki/pw/y13_pleszka.pdf), приступљено 29. септембра 2023, 90.

91 Декларација у вези чланова 15, ст. 5, 6; 17 ст. 6, 7 и члана 18 Уговора о Европској унији.

92 Званичан сајт Европске службе за спољну акцију, [https://www.eeas.europa.eu/taxonomy/term/400381\\_en](https://www.eeas.europa.eu/taxonomy/term/400381_en), приступљено 30. септембра 2023.

93 Консолидовани текст Уговора из Лисабона, чл. 218, ст. 3, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>, приступљено 29. септембра 2023.

94 *Ibid.*, чл.218, ст. 9.

95 Одлука Савета о оснивању Европске службе за спољну акцију (2010/427/EU), 26. јул 2010.

96 Званичан сајт Европске службе за спољну акцију, Функције Високог представника, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/high-representative-vice-president\\_en#8861](https://www.eeas.europa.eu/eeas/high-representative-vice-president_en#8861), приступљено 29. септембра 2023.

97 *Ibid.*

98 Консолидовани текст Уговора из Лисабона, чл. 220, ст. 2, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>, приступљено 29. септембра 2023.

99 *Ibid.*, чл.221 ст. 2.

ингеренција Високог представника лежи у томе што се предлог о интензивираној сарадњи држава чланица, између осталог, доставља и њему који потом даје мишљење о томе да ли је она у складу са заједничком спољном и безбедносном политиком Уније, али и генералним политикама ЕУ.<sup>100</sup> Иако је формална одлука о овом облику сарадње у рукама Савета<sup>101</sup> – аутор сматра да је политички утицај и тежина коју инкорпорира Високи представник од значаја за овај процес и да не лежи у домену пуке форме.

Генерално посматрано, он је тај који својим предлозима усмерава заједничку спољну и безбедносну политику ЕУ и стара се о имплементацији одлука Савета и Министарског савета.<sup>102</sup> Такође, доприноси изградњи консензуса унутар ЕУ, председавајући различитим састанцима министара ЕУ у доменима спољне политике, али и трговине и развоја.<sup>103</sup> Свеprisутство Високог представника у оквиру модерне ЕУ проналазимо и у томе што он присуствује састанцима лидера ЕУ у оквиру Савета, води политичке дијалогe са екстерним актерима, извештава Европски парламент о питањима из домена спољне политике и безбедности али и заступа ЕУ у оквиру мултилатералних организација.<sup>104</sup> Закључно, он је на челу дипломатске мреже од чак 144 делегације.<sup>105</sup>

Што се Европске службе за спољну акцију (Служба) тиче - она је основана одлуком Савета 2010. године као сложени хибридни актер са ауторитетом да спроводи спољну акцију ЕУ.<sup>106</sup> Са радом почиње 2011. године.<sup>107</sup> Она представља функционално аутономно тело под ауторитетом Високог представника.<sup>108</sup> Као таква, основана је са циљем да функционише као *sui generis* орган – одвојен од Комисије и Савета.<sup>109</sup>

Служба се састоји од званичника из релевантних департмана Генералног секретаријата Савета и Комисије, као и особља дипломатских мисија држава чланица.<sup>110</sup> Реч је о цифри од готово шест хиљада службеника.<sup>111</sup>

Она је основана са циљем да Високом представнику асистира у извршавању његовог мандата и у свим његовим капацитетима.<sup>112</sup> Лепеза послова којима се Служба бави је изузетно широка и представља модерни концепт дипломатије ЕУ. Велики број компетенција које су изворно припадале Комисији, су уствари пребачене на Службу – чиме је координација послова са Комисијом учињена есенцијалном.<sup>113</sup>

<sup>100</sup> *Ibid.*, чл. 329, ст. 2.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Функције Високог представника.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Станковић, *Европска служба за спољну акцију*, 311.

<sup>107</sup> Зваичан сајт Европске службе за спољну акцију, Оснивање службе: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/creation-european-external-action-service\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/creation-european-external-action-service_en), приступљено 29. септембра 2023.

<sup>108</sup> Одлука Савета о оснивању Европске службе за спољну акцију (2010/427/EU), 26. јул 2010.

<sup>109</sup> Jan Wouters, Sanderijn Duquet, „The EU, EEAS and Union Delegations and International Diplomatic Law: New Horizons?“, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper*, 62, 2011: 7.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 8

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> Одлука Савета о оснивању Европске службе за спољну акцију (2010/427/EU), 26. јул 2010.

<sup>113</sup> Rosa Balfour, Kristi Raik, Уводно поглавље зборника “The European External Action Service and National Diplomacies”, Rosa Balfour, Kristi Raik (уред.), *European Policy Centre*, 2013, [https://www.epc.eu/content/PDF/2013/EEAS\\_and\\_diplomacies.pdf](https://www.epc.eu/content/PDF/2013/EEAS_and_diplomacies.pdf), приступљено 29. септембра 2023, 1.

Два заједничка именитеља можемо извући из ових надлежности: реч је о активностима које служба предузима у име и испред ЕУ; предмет су доминантне активности ван спољних граница ЕУ.<sup>114</sup> Наш осврт започињемо тзв. „научном“ дипломатијом.<sup>115</sup> Наиме, Служба истиче да је међузависност у модерној међународној заједници на изузетно високом нивоу, те да је неопходно експертско знање како би се у потпуности сагледале политичке последице неке радње на међународном плану.<sup>116</sup> Тиме се дипломатија у тоталу, а нарочито у контексту сложене организације каква је ЕУ експоненцијално усложњава. Притом, служба акцентује да је овакав облик „експертске“ дипломатије нарочито потребан у мултилатералном контексту, те да наука некад може представљати мост који дипломатама омогућава да постигну какав споразум о сложеним и актуелним питањима на спољнополитичком плану.<sup>117</sup> Управо се као пример оваквог облика дипломатске активности којом се Служба бави – наводи Споразум из Париза о климатским променама.<sup>118</sup> Служба је активна и на плану јавне дипломатије, тежећи ка стварању иницијатива које ће како краткорочно, али и дугорочно ангажовати грађане и потенцијалне партнере широм света, а зарад изградње неопходног степена поверења и међусобног разумевања који су неопходни за ефикасно решавање заједничких изазова.<sup>119</sup>

У жижи интересовања Службе, налази се и област дигиталне дипломатије. Циљ ЕУ на овом пољу јесте заузимање глобалне улоге у дигиталном свету, а како би заштитила своје стратешке интересе и промовисала њен динамичан, хуманоцентрично регулаторан оквир намењен инклузивној дигиталној трансформацији.<sup>120</sup>

Конечно, Служба се прокламује као велики заговорник мултилатерализма и истиче да је управо мултилатерална дипломатија средство очувања мира у све више униполарном свету прожетог сукобима водећих светских сила.<sup>121</sup> Ово представља одличну увертуру за последњи сегмент наше анализе посвећен управо месту ЕУ у мултилатералној арени.

## 4. ЕВРОПСКА УНИЈА У МУЛТИЛАТЕРАЛНОМ КОНТЕКСТУ

Мултилатерална дипломатија представља односе у оквиру међународних организација јавноправног карактера и то пре свега односе држава са међународном организацијом.<sup>122</sup>

114 Погледаги: Оснивање службе.

115 The Diplomatic Service of the European Union, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/science-diplomacy\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/science-diplomacy_en), приступљено 29. септембра 2023.

116 *Ibid.*

117 Званичан сајт Европске службе за спољну акцију, „Европска служба за спољну акцију и дигитална дипломатија“ [https://www.eeas.europa.eu/eeas/science-diplomacy\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/science-diplomacy_en), приступљено 29. септембра 2023.

118 *Ibid.*

119 *Ibid.*

120 *Ibid.*

121 Званичан сајт Европске службе за спољну акцију, „Европска служба и мултилатерални односи“ [https://www.eeas.europa.eu/eeas/multilateral-relations\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/multilateral-relations_en), приступљено 29. септембра 2023.

122 Бојан Милисављевић, *Дипломатско и конзуларно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2021): 137.

Овај, коначни сегмент нашег рада има функционалну, али изузетно важну улогу у раду. Наиме, цео претходно анализирани систем, који је очигледно и више него сложен, али о чему ће бити више речи у закључку – није потпуно сагледан уколико није смештен у оквире живе и динамичне дипломатске арене модерне међународне заједнице. Притом, интеграција Европске уније у мултилатералне токове није једноставан задатак јер је реч о простору којем традиционално и природно господаре државе.<sup>123</sup> Нашу анализу ћемо сагледати кроз показне примере односа са Организацијом Уједињених нација, Светском трговинском организацијом и Међународним монетарним фондом.

Статус члана организације остаје изузетан случај када се ради о Европској унији.<sup>124</sup> Она пре остаје учесник који у погледу права и овлашћења остаје непосредно испод пуног статуса државе чланице.<sup>125</sup> Овакав статус је најбоље сагледати кроз упоредну анализу статуса Уније у неким општим међународним организацијама.

Почећемо анализу од најважније, кровне међународне организације – Уједињених нација. Европска уније у оквиру УН има статус унапређеног посматрача.<sup>126</sup> Епитет унапређеног није случајан. Наиме, захваљујући њему, после исцрпних преговора – ЕУ се изборила за активнију улогу у оквиру кровне међународне организације у односу на друге међународне и регионалне организације.<sup>127</sup> Тај активнији положај тиче се пре свега места у процесу функционисања Генералне скупштине.<sup>128</sup>

У оквиру тела које осликава демократски, репрезентативни принцип на којем почивају УН – Генералне скупштине, ЕУ од 2011. године износи предлоге, заступа заједничке позиције, врши различите интервенције, сваког септембра учествује на генералној дебати, али и координира гласањем у оквиру шест комитета и другим специјализованим телима и агенцијама (нпр. Економски и социјални савет УН).<sup>129</sup> Речимо, за 2023. годину ЕУ је зацртала следеће спољнополитичке циљеве када се ради о њеном учешћу у раду Генералне скупштине: убрзање имплементације циљева одрживог развоја и изградња глобалне управе, глобалних партнерстава за остварење заједничких циљева.<sup>130</sup> Што се тиче односа са Саветом безбедности, Уговор из Лисабона прописује да су државе чланице које су у исто време и чланице Савета безбедности дужне да заступају и негују опште интересе Уније.<sup>131</sup>

Следећи занимљив пример вредан помена на плану мултилатералне дипломатије се везује за Светску трговинску организацију (СТО). Она у овој међународној организацији

---

123 Брифинг Европског парламента, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689365/EPRS\\_BRI\(2021\)689365\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689365/EPRS_BRI(2021)689365_EN.pdf), приступљено 29. септембра 2023.

124 Jan Wouters, Jed Odermatt, Thomas Ramopoulos, "The EU in the World of International Organizations: Diplomatic Aspirations, Legal Hurdles and Political Realities", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2340080](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2340080), приступљено 29. септембра 2023, 2.

125 *Ibid.*

126 *Ibid.*

127 Брифинг Европског парламента.

128 *Ibid.*

129 Званичан сајт Европске службе за спољну акцију, Како ЕУ ради у оквиру ОУН: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/how-does-eu-work-united-nations\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/how-does-eu-work-united-nations_en), приступљено 15. септембар 2023.

130 EU at UNGA 78: EU delegation to mobilise global action and reignite solidarity, 15. септембар 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_4435](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4435).

131 EU at UNGA 78: EU delegation to mobilise global action and reignite solidarity.

има пуно чланство,<sup>132</sup> и била је међу њеним оснивачима.<sup>133</sup> Ово није зачуђујуће узимајући у обзир чињеницу да је међународна трговина кључни инструмент глобалног утицаја који ужива ЕУ.<sup>134</sup> У име Уније и њених чланица на готово свим састанцима СТО-а иступа Комисија.<sup>135</sup> Најчесталији актер у међународним институцијама и организацијама, било *de jure* или *de facto* јесте управо Комисија.<sup>136</sup> Она координира ставом „европског блока“ у оквиру Генералног савета СТО-а.<sup>137</sup> Притом, државе чланице су такође самостално чланице ове међународне организације.<sup>138</sup> Логично, од њих се онда очекује да заузму пасивнији положај.<sup>139</sup> У оквиру СТО-а она може разматрати евентуалне примедбе које јој ова међународна организација може упутити и по том основу предложити државама чланицама предузимање адекватних мера.<sup>140</sup> У последње време, положај ЕУ унутар СТО-а је толико доминантан и евидентан да је она активни заговорник њене реформе.<sup>141</sup>

Конечно, осврнућемо се на положај ЕУ и Међународног монетарног фонда (ММФ). У оквиру ове организације, улога ЕУ је мања од очекиване.<sup>142</sup> Наиме, она има статус сталног посматрача од 1999. године.<sup>143</sup> Дакле, не ужива статус пуног члана нити право учествовања у пуном капацитету на састанцима, те је доминантна улога овде припала државама чланицама као сувереним субјектима.<sup>144</sup> Иако се ЕУ бори кроз дипломатске преговоре да свој статус унапреди, изгледи за то су мали.<sup>145</sup> Свакако, ово не значи да је домен сарадње између ове две организације мали, или да ЕУ *de facto* нема активну улогу у реализацији циљева ове међународне организације. Рецимо, 2020. године, председница Комисије Урсула фон дер Лајен и директорка ММФ-а Кристалина Георгиева су испред организација потписали Оквирни финансијски споразум о партнерству са намером да појачају међусобну сарадњу – примарно у домену климатских промена, али и изазовима дигиталног доба.<sup>146</sup> Тада су обе функционерке истакле да је партнерство ове две организације од изузетне вредности и значаја.<sup>147</sup> Још један интересантан пример јесте финансијска подршка ЕУ Суб-Сахарској Африци од готово 25 милиона евра која ће бити каналисана управо кроз фондове ММФ-а.<sup>148</sup>

132 Wouters, Odermatt, Ramopoulos, “The EU in the World of International Organizations: Diplomatic Aspirations, Legal Hurdles and Political Realities”, 2.

133 Knud Erik Jørgensen, „The European Union in Multilateral Diplomacy“, The Hague Journal of Diplomacy, 2, 4 (2009): 192.

134 Брифинг Европског парламента.

135 The European Union and the WTO, [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/countries\\_e/european\\_communities\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm), приступљено 10. фебруара 2023.

136 Knud Erik Jørgensen, „The European Union in Multilateral Diplomacy“, 199.

137 Брифинг Европског парламента.

138 The European Union and the WTO.

139 Брифинг Европског парламента.

140 *Ibid.*

141 *Ibid.*

142 *Ibid.*

143 *Ibid.*

144 *Ibid.*

145 Брифинг Европског парламента

146 European Commission and International Monetary Fund strengthen cooperation to support sustainable development, приступљено 29. септембра 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_126](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_126).

147 *Ibid.*

148 EU mobilises €25 million through the IMF to strengthen economic governance in Sub-Saharan Africa, <https://international-partnerships.ec.europa.eu/news-and-events/news>

Очигледно је да положај ЕУ није јединствен у свим међународним организацијама. Иако је ово природан след ствари, како с обзиром на специфичну природу и положај саме ЕУ, али и на динамичну, прагматичну и међусобно повезану међународну заједницу – то не чини задатак ове организације у погледу конструкције јединственог система репрезентације нимало једноставним.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Дипломатија, колико год стара и друштвено фундментална активност – још увек проналази нове хоризонте и практичне примене. Систем дипломатије ЕУ представља одличан референтан пример.

Видели смо да је реч о једном врло сложеном дипломатском систему, а који настаје као последица сложене правно-политичке конструкције и специфичних околности у којима је Европска унија грађена. У наведеним околностима, не чуди што постоји овако широк и сложен систем различитог броја институција које све на свој начин иступају у међународни простор. Стога, како би се све те институције везале и како би биле на „истој страници књиге“, не чуди што су циљеви на спољнополитичком плану тако широко постављени. Међутим, аутор то не доживљава као позитивну ствар. Наиме, уколико је већ реч о *sui generis* организацији која тежи таквом и толиком степену интеграције централних субјеката међународног права на европском тлу – ти циљеви морају бити јасније изражени и боље подељени. Увидели смо кроз анализу да постоје домени преклапања у овлашћењима и ингеренцијама којима располажу ове институције, нарочито након доношења Лисабонског уговора и извођења на сцену Високог представника у новом капацитету и оснивања Европске службе за спољну акцију.

Природа задатака ове службе води нас у смеру “функционалне” аутономије коју смо у раду спомињали, а која захтева степен независности у односу на остатак институционалног поретка – поготово ако у обзир узмемо ефикасније деловање на спољашњем плану због које је ово тело успостављено. Ово је нарочито важно јер, као што смо истакли, посматрамо дипломатски систем примарно кроз очи „лисабонских“ реформи. Очигледно је да је категорија функционалне аутономије постављена релативно, макар да се релативно манифестује у пракси јер централизација којој лисабонске реформе теже, још увек није у потпуности угледала светлост дана. Овиме настаје парадоксална ситуација да реформе уместо да ефикасно централизују спољнополитичко деловање, стварају ситуацију у којој су све институције испод максималне ефикасности и ЕУ уместо да делује као јединствен фактор, врло лако може деловати разједињено, или макар као неефикасно тело на дипломатском игралишту. Ово нарочито треба сагледати у контексту бројних изазова и криза кроз које је ЕУ у последној деценији прошла, а из које није изашла јача – напротив. Стога, иако је њено место у мултилатералној дипломатији врло живо, оно остаје на хетерогеним ногама и различитим правно-политичким статусима, а који такође делују негативно по систем дипломатије ЕУ. Стога, иако аутор сматра да су лисабонске реформе велики корак у правом смеру, нису

коначан нормативно-политички оквир. Темељ који је овим уговорним оквиром пружен мора бити даље оснаживан, како на политичком, тако и на нормативном плану, али се морају даљи кораци предузимати ка успостављању јасније и обимније функционалне аутономије како Високог представника, Службе, али и Комисије. Једино тако ће Европска унија успети да заузме жељени положај у међународној заједници.

## LITERATURA

1. Balfour Rosa, Kristi Raik. Уводно поглавље зборника “The European External Action Service and National Diplomacies”, Rosa Balfour, Kristi Raik (уред.), *European Policy Centre*, 2013, [https://www.epc.eu/content/PDF/2013/EEAS\\_and\\_diplomacies.pdf](https://www.epc.eu/content/PDF/2013/EEAS_and_diplomacies.pdf), приступљено 29. септембра 2023.
2. Benson-Rea, Maureen, Cris Shore. „Representing Europe: The Emerging Culture of EU Diplomacy“, *Public Administration*, 2, 90(2012).
3. Bindi, Federiga. „European Union Foreign Policy: A Historical Overview“, [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/theforeignpolicyoftheeuropeanunion\\_chapter.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/theforeignpolicyoftheeuropeanunion_chapter.pdf), приступљено 26. септембра 2023.
4. Blockmans, Steven, Ramses A Wessel. „The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?“, *Journal of Conflict & Security Law*, 2, 14 (2009).
5. Constantin Manolache. “Legislative Power of The Council of European Union”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1-2 (2014).
6. De Vreese, Claes Anna Kandyla. „News Framing and Public Support for a Common Foreign and Security Policy“, *JCMS*, 3, 47 (2009).
7. Fabbrini, Sergio, Uwe Puetter. „Integration without supranationalisation: studying the lead roles of the European Council and the Council in post-Lisbon EU politics“, *Journal of European Integration*, 38, 5 (2016): 482.
8. Foreign Policy: Aims, Instruments and Achievements, [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU\\_5.1.1.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_5.1.1.pdf), приступљено 10. септембра 2023.
9. Heidi Maurer, Nicholas Wrights. „Still Governing in the Shadows? Member States and the Political and Security Committee in the Post-Lisbon EU Foreign Policy Architecture“, *JCMS*, 4, 59 (2021).
10. Jeremy, Richardson. *European Union: Power and Policy-Making*. London: Routledge, 2005.
11. Jones, Alun, Julian Clark. „Europeanisation and Discourse Building: The European Commission, European Narratives and European Neighbourhood Policy“, *Geopolitics*, 3, 13 (2008).
12. Keukeleire, Stephan, Michael Smith, Sophie Vanhoonaeker. “The Emerging EU System of Diplomacy: How Fit for Purpose?”, *DSEU Policy Paper*, 1 (2010).
13. Keukeleire, Stephen. „The European Union as a Diplomatic Actor: Internal, Traditional, and Structural Diplomacy“, *Diplomacy & Statecraft*, 3, 14 (2003).
14. Kovačević, Maja. „Višedimenzionalnost Saveta Evropske unije“, *Godišnjak FPN*, 3(2009).

16. Manolache, Constantin. "Legislative Power of The Council of European Union", *Journal of Legal Studies*, 9, 1-2 (2014).
17. Pasat, Aurel Octavian. „Comparative Study: European Council - Council of The European Union - Council of Europe“, *Perspectives of Law and Public Administration*, (10), special issue (2021).
18. Patrick Bijsmans, Christina Altides. "Bridging the Gap' between EU Politics and Citizens? The European Commission, National Media and EU Affairs in the Public Sphere", *Journal of European Integration*, 3, 29, (2007).
19. Paul, Jonas. „EU Foreign Policy After Lisbon Will the New High Representative and the External Action Service Make a Difference?“, <https://core.ac.uk/download/pdf/71727082.pdf>, приступљено 29. септембра 2023.
20. Pleszka, Maciej. „High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy – Analysis of the Lisbon Treaty Provisions“, [https://journalse.com/pliki/pw/y13\\_pleszka.pdf](https://journalse.com/pliki/pw/y13_pleszka.pdf), приступљено 29. септембра 2023.
21. The Diplomatic Service of the European Union, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/science-diplomacy\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/science-diplomacy_en), приступљено 29. септембра 2023.
22. Wouters, Jan, Sanderijn Duquet. „The EU, EEAS and Union Delegations and International Diplomatic Law: New Horizons?“, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper*, 62, 2011.
23. Званична страница Европског савета, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/euro-summit/>, приступљено 27. септембра 2023.
24. Званична страница ЕУ, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/#definition>, приступљено 26. септембра 2023.
25. Званична страница Савета ЕУ, [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union_en), приступљено 19. новембра 2023.
26. Консолидовани текст Уговора из Лисабона, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>, приступљено 29. септембра 2023.
27. Конфигурација Савета за спољне послове, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/configurations/fac/>, приступљено 29. септембра 2023.
28. Кошутић, Будимир, Бранко Ракић и Бојан Милисављевић. *Увод у право европских интеграција*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2021.
29. Крећа, Миленко. *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2023.
30. Станковић, Никола. „Европска служба за спољну акцију“, *Европско законодавство*, 77-78 (2022).
31. Уговор из Лисабона, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:EN:PDF>, приступљено 23. новембра 2023.



## LITERATURE

1. Analysis of the Lisbon Treaty Provisions“, [https://journalse.com/pliki/pw/y13\\_pleszka.pdf](https://journalse.com/pliki/pw/y13_pleszka.pdf), accessed 29.09.2023.
2. Balfour, Rosa, Raik, Kristi, Introduction, “The European External Action Service and National Diplomacies”, Rosa Balfour, Kristi Raik (eds.), *European Policy Centre*, 2013, [https://www.epc.eu/content/PDF/2013/EEAS\\_and\\_diplomacies.pdf](https://www.epc.eu/content/PDF/2013/EEAS_and_diplomacies.pdf), accessed 29. 9. 2023.
3. Bijsmans, Patrick, Altides, Christina, “Bridging the Gap between EU Politics and Citizens? The European Commission, National Media and EU Affairs in the Public Sphere”, *Journal of European Integration*, 3, 29, (2007)
4. Bindi, Federiga, „European Union Foreign Policy: A Historical Overview“, [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/theforeignpolicyoftheeuropeanunion\\_chapter.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/theforeignpolicyoftheeuropeanunion_chapter.pdf), 26. 9. 2023.
5. Blockmans, Steven, Wessel, Ramses „The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?“, *Journal of Conflict & Security Law*, 2, 14 (2009)
6. Consolidated text of Treaty of Lisbon <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>, 26. 9. 2023.
7. Council decision on founding the European External Action Service (2010/427/EU).
8. De Vreese, Claes, Kandyła, Anna, „News Framing and Public Support for a Common Foreign and Security Policy“, *JCMS*, 3, 47 (2009)
9. EU mobilizes €25 million through the IMF to strengthen economic governance in Sub-Saharan Africa, [https://international-partnerships.ec.europa.eu/news-and-events/news/eu-mobilises-eu25-million-through-imf-strengthen-economic-governance-sub-saharan-africa-2023-06-16\\_en](https://international-partnerships.ec.europa.eu/news-and-events/news/eu-mobilises-eu25-million-through-imf-strengthen-economic-governance-sub-saharan-africa-2023-06-16_en), 26. 9. 2023.
10. European Commission and International Monetary Fund strengthen cooperation to support sustainable development, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_126](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_126), 26. 9. 2023.
11. Fabbrini, Sergio, Puetter, Uwe, „Integration without supranationalisation: studying the lead roles of the European Council and the Council in post-Lisbon EU politics“, *Journal of European Integration*, 38, 5 (2016).
12. Foreign Policy: Aims, Instruments and Achievements, [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU\\_5.1.1.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_5.1.1.pdf), accessed 26. 9. 2023.
13. Jones, Alun, Clark, Julian. „Europeanisation and Discourse Building: The European Commission, European Narratives and European Neighbourhood Policy“, *Geopolitics*, 3, 13 (2008).
14. Jørgensen, Knud Erik. „The European Union in Multilateral Diplomacy“, *The Hague Journal of Diplomacy*, 2, 4 (2009).
15. Keukeleire, Stephan, Michael Smith, Sophie Vanhoonacker. “The Emerging EU System of Diplomacy: How Fit for Purpose?”, *DSEU Policy Paper*, 1 (2010).

16. Keukeleire, Stephen. „The European Union as a Diplomatic Actor: Internal, Traditional, and Structural Diplomacy“, *Diplomacy & Statecraft*, 3, 14 (2003).
17. Kovačević, Maja. „Višedimenzionalnost Saveta Evropske unije“, *Godišnjak FPN*, 03/2009.
18. Manolache, Constantin. “Legislative Power of The Council of European Union”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1-2 (2014): 21-41.
19. Maureen, Benson-Rea, Shore, Cris. „Representing Europe: The Emerging Culture of EU Diplomacy“, *Public Administration*, 2, 90 (2012).
20. Maurer, Heidi, Nicholas Wrights. „Still Governing in the Shadows? Member States and the Political and Security Committee in the Post-Lisbon EU Foreign Policy Architecture“, *JCMS*, 4, 59 (2021).
21. Nugent, Neill, Rhinard, Mark. “Is the European Commission Really in Decline?”, *JCMS*, 5, 54 (2016)
22. Official site of Council of EU: [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union_en), accessed 29. 9. 2023.
23. Official site of European Council: <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/what-is-the-council/>, accessed 29. 9. 2023.
24. Official site of European external action service, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/how-does-eu-work-united-nations\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/how-does-eu-work-united-nations_en), accessed 29. 9. 2023.
25. Official site of European external action service, Founding of Service: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/creation-european-external-action-service\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/creation-european-external-action-service_en), accessed 29. 9. 2023.
26. Official site of European external action service, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/multilateral-relations\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/multilateral-relations_en), accessed 29. 9. 2023.
27. Official site of European external action service, [https://www.eeas.europa.eu/taxonomy/term/400381\\_en](https://www.eeas.europa.eu/taxonomy/term/400381_en), accessed 29. 9. 2023.
28. Official site of the Council of EU: [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/council-european-union_en), accessed 29. 9. 2023.
29. Official site of the European Council <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/euro-summit/>, accessed 29. 9. 2023.
30. Pasat, Aurel Octavian. „Comparative Study: European Council - Council of The European Union -Council of Europe“, *Perspectives of Law and Public Administration*, (10), special issue (2021).
31. Paul, Jonas. „EU Foreign Policy After Lisbon Will the New High Representative and the External Action Service Make a Difference?“, <https://core.ac.uk/download/pdf/71727082.pdf>, accessed 29. 9. 2023.
32. Pleszka, Maciej, „High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy – Analysis of the Lisbon Treaty Provisions“, [https://journalse.com/pliki/pw/y13\\_pleszka.pdf](https://journalse.com/pliki/pw/y13_pleszka.pdf), accessed 29. 9. 2023.
33. Richardson, Jeremy. *European Union: Power and Policy-Making*. London: Routledge, 2005.
34. Wouters, Jan, Duquet, Sanderijn. „The EU, EEAS and Union Delegations and International Diplomatic Law: New Horizons?“, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper*, 62, (2011)

35. Wouters, Jan, Odermatt, Jed, Ramopoulos, Thomas. "The EU in the World of International Organizations: Diplomatic Aspirations, Legal Hurdles, and Political Realities", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2340080](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2340080), accessed 29.09.2023.
36. Кошутуић, Будимир, Ракић, Бранко и Милисављевић, Бојан *Увод у право европских интеграција* (Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет 2021)
37. Крећа, Миленко. *Међународно јавно право* (Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет 2021).
38. College of European Commission, [https://commissioners.ec.europa.eu/index\\_en](https://commissioners.ec.europa.eu/index_en), accessed 29. септембра 2023.
39. Станковић, Никола. „Европска служба за спољну акцију“, *Европско законодавство*, 77-78 (2022), 305-325.

## DIPLOMACY OF THE EUROPEAN UNION

**Nikola Stanković**<sup>149</sup>

*Law Faculty of University of Belgrade*

***Summary:** The paper analyzes the diplomatic system of the European Union in the context of diplomatic activities directed primarily outside the external borders of the Union. Author links the analysis to the period after the adoption of the Treaty of Lisbon, keeping the analysis from the previous period only on the Common Foreign and Security Policy of the Union, and for the reason that the treaty generated a normative space for the establishment of the European External Action Service and the High Representative as a formal the most important modern diplomatic actors of this organization. The author also analyzes the European Council as a collegial body whose competence is the formation of the Union's foreign policy. The author also reviews the Council of the European Union. Finally, the author analyzes the position of the Union in the context of multilateral diplomacy. Although the author believes that the Lisbon reforms are a big step in the right direction, they are just that. The foundation provided by this contractual framework must be further strengthened, both politically and normatively, but further steps must be taken towards establishing a clearer and more extensive functional autonomy of both the High Representative, the Service, and the Commission. This is the only way the EU will succeed in occupying the diplomatic position it has been striving for since the founding of the European Communities.*

**Keywords:** *diplomacy, European Union, European External Action Service, High Representative, European Council, Council of the European Union, Commission.*

---

<sup>149</sup> Teaching Associate, Law Faculty of the University of Belgrade, Bulevar kralja Aleksandra 67, Belgrade, e-mail: nstankovic@ius.bg.ac.rs.

# КРИЗА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНОМ КОНТЕКСТУ

**Филип Новаковић<sup>1</sup>**

*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

**Алексеј Инџић<sup>2</sup>**

*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

**Апстракт:** Међународна владавина права представља начело према којем сви – појединци, институције, па и државе и међународне организације, морају поштовати и потчинити се праву и законима међународног правног поретка. Међународна владавина права јесте (правни и) политички идеал око којег је постојао општи консензус свих – и држава и појединаца, и политичке и правне струке и науке. У савременом свијету и уз свеprisутну глобализацију, (већ) традиционални механизми правне заштите губе на значају, а чак се и занемарују. (Међународна) владавина права се суочава са многоборјним изазовима, примарно са онима који се односе на очување постојећег међународног правног поретка заснованог на начелима установљеним Повељом Организације уједињених нација, те прилагођавању новим друштвеним промјенама које се дешавају посљедних неколико година. Више него икада прије, међународно право и међународни правни поредак су условљени кретањима у међународним политичким (и економским) односима. Овај рад за свој циљ има представити темељну дефиницију (међународне) владавине права и могућности примјене овог концепта на међународном нивоу, као средства којим се може осигурати мир у међународним односима.

**Кључне ријечи:** владавина права, међународно право, међународни односи, правна правила, међународно-правни поредак.

## 1. УВОД

Све државе свијета једногласно су признале постојање потребе за „универзалним поштовањем и провођењем владавине права“, како на националном, тако и на међународном нивоу, те потврдиле своју преданост да међународни поредак буде утемељен на владавини

<sup>1</sup> Студент мастер студија Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, е-пошта: filipnovakovic.iur@gmail.com.

<sup>2</sup> Студент основних студија Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, е-пошта: aleksej.indzic@student.pf.unibl.org.

права и међународном праву.<sup>3</sup> Ова одлука (резолуција) суверених држава свијета, усвојена је на самиту Уједињених нација одржаном 2005. године у Њујорку, те је без обзира на декларативну природу дала наду да човјечанство упловљава у нови миленијум са стабилним међународним (правним и политичким) поретком, а што је било пријекно потребно након превирања у међународним односима који су се догодили деведесетих година XX вијека. Међународна владавина права, у теорији и пракси, кључно је питање за очување стабилности међународних односа. Ради се о концепту који је по својој природи и садржини веома различит (или боље речено, који се веома различито тумачи) и који добро функционише у националним правним системима. Но, проблем настаје када тај концепт покушамо преијети на један „виши ниво“.

Владавина права уопште (а посебно концепт међународне владавине права) сложено је питање на које су покушале одговорити готово све друштвене науке: право, филозофија, политикологија, економија, социологија... Појам владавине права схвата се доста широко. Неки сматрају да је владавина права појава која је на неки начин изнад позитивног права, док други сматрају да је то скуп темељних начела на којима почива позитивно право. Традиционално, овај појам схватамо на два начина: прво, везан је за појам уставности, а друго, односи се на ваљаност (или квалитет) права (закона). У начелу, први случај подразумијева да се институције и појединци придржавају правних прописа који имају своју хијерархију, док у другом случају владавину права тумачимо кроз ваљаност, односно кроз квалитет закона, тачније правних норми. Ово друго питање, када га гледамо кроз призму међународног права, можемо донекле објаснити, док у првом случају наилазимо на одређене потешкоће. Не може се говорити о појму међународне уставности јер таква ствар (међународни устав), барем формално, не постоји. Можда можемо говорити о конституционализму у свјетлу глобализације, али не можемо уопштено говорити о међународном конституционализму. Међународна владавина права се углавном или искључиво користи као термин за усклађеност с међународним правом, или као користи синоним за „међународни поредак темељен на правним правилима“, а некада као ознака за питање да ли је међународно право „право“ право. Друга употреба владавине права у међународном контексту покрива све друге аспекте владавине права у свијету који се глобализује. Све већа интеракција између националног и међународног права и између различитих домаћих правних поредака (кроз ширење и прихватање права, често је опет посредовано међународним правом) манифестација је другог облика владавине права.

Стога, барем у традиционалном смислу, не можемо перципирати владавину права на неком међународно-правном нивоу. Или можда можемо? Ако узмемо тезу да се ради о групи темељних начела која признају цивилизовани (просвијећени) народи и ако су међународноправни извори настали и усвојени према тој формули. Стога се поставља појмовно питање: Постоји ли владавина права у међународном праву и међународним односима, те које би могло бити њено значење и посљедице? Ако претпоставимо да постоји међународна владавина права, онда бисмо требали видјети одређене субјекте који се покорављају и поштују правила међународног права. То би начелно требале чинити државе и међународне (међувладине) организације, односно други субјекти равноправни с државама. Раде ли то

<sup>3</sup> U.N. Doc. A/RES/60/1 (September 16th, 2005), [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_60\\_1.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf), приступљено 19. 5. 2023.

стварно? Аутори ће, анализирајући актуелни проблем у међународним односима, покушати одговорити на питање: Да ли је међународна владавина права у кризи? Наше скромно мишљење је да је међународна владавина права у кризи већ више од пола вијека. На такав закључак наводе нас стални ратови, неразумне политичке и економске санкције, политичко-дипломатско лицемјерје и друге појаве.

Међународну владавину права, ако је сматрамо скупом темељних начела, треба бранити међународна заједница у цјелини, иако је међународна заједница у теорији споран појам. Чак су формиране и међународне (међувладине) организације којима је то један од циљева, ако не и главни. Стога се оправдано поставља питање: Да ли су одређене међународне организације испуниле основну сврху свог постојања, а то је заштита мира и стабилности у свијету, кроз промоцију начела владавине права. Поред тога, намеће се питање: Да ли онда те међународне организације очекује судбина Лиге народа? Као и питање: Да ли је правна држава, ипак, недостижан појам? Да бисмо добили одговоре на ова питања, морали бисмо се вратити неколико деценија, па и вијекова, и узети у обзир разлоге због којих је правна држава као појам почела јачати. *Summa summarum*, аутори желе пронаћи одговоре на два централна питања: (1) Спомиње ли се термин међународна владавина права само као флоскула, која искључиво уљепшава расправу о међународном праву? и (2) Да ли је међународна владавина права у кризи и каква је будућност овог феномена?

## 2. (МЕЂУНАРОДНА) ВЛАДАВИНА ПРАВА – КЉУЧНИ КОЦЕПТИ И ОТВОРЕНА ПИТАЊА

### 2.1. Општи концепти

Владавина права као концепт постоји још од почетака људске цивилизације. Ако се држимо схватања да је саставни дио концепта владавине права законитост и доступност закона грађанима, онда владавина права своје коријене проналази у првим писаним законима (нпр. Хамурабијевом законуку, исписаном на каменој стели, проглашеном од стране Вавилонског краља Хамурабија). Ипак, не можемо рећи да је владавина права у данашњем смислу ријечи постојала на тлу античких и блискоисточних деспотија и робовласничких држава. Ово говори у прилог чињеници да је владавина права концепт са еволутивном природом, као и свака природна/друштвена појава. Владавина права није статичан појам и он је подложен промјенама, као и све што се може приписати човјечијем друштву, тачније овај концепт се развијао како се развијало и друштво. Од (партикуларне) доступности закона на каменој стели дошли смо до највишег степена заштите индивидуалних људских права и основних слобода појединаца, која је предвиђена мноштвом међународних инструмената и стандарда. Из тог разлога готово је немогуће посматрати међународну владавину права потпуно одвојену од човјека и друштва.<sup>4</sup>

4 Мирослав Микеш, *Владавина права и Босна и Херцеговина* (Бања Лука: Атлант, 2008), 11.

Кључна садржина концепта владавине права, без обзира на вријеме, остала је иста. Не може један човјек да (арбитрерно) влада друштвом, цијелим друштвом може да влада искључиво закон. Право (закона), као творевина људског духа, треба одржати мир у једном друштву. Његовим се нормама уређују међусобни односи чланова друштва и оно настаје на општем друштвеном консензусу. Било би идеално, према ријечима великог Аристотела, када би друштвом управљао краљ-философ, међутим, јако је тешко одредити појединца са свим квалитетима да влада неарбитрерно. Стога, Аристотел сматра да је „влада закона“ преферабилнија од „влдаде појединца“. Адамс (*John Adams*) је често спомињао ове Аристотелове ријечи у контексту дефиниције републике. Према Адамсу, република је „владавина (влада) права (закона), а не људи“ (*a government of laws, and not of men*). Концепт владавине права је дуго времена био схваћен као концепт ограничавања власти појединца (нпр. за вријеме пораза апсолутизма у Европи), и давање више слободе другим члановима друштвене заједнице. Међутим, вијекови су прошли док се појединац (било властелин, било поданик) није везао правним нормама и институционалном контролом његовог индивидуалног поступања.

Традиције схватања владавине права уопште се разликују, зависно од тога ради ли се о континенталној Европи или се ради о земљама *common law* правне традиције. У потоњима, владавина права спомиње се испрва у контексту ограничења власти енглеског монарха, што је започело са *Magna Carta Libertatum* 1215. године. Због чега се овај документ спомиње у том контексту? Наиме, ради се о првом писаном извору права у којем се прокламују одређена права и слободе, а основна људска права и грађанске слободе један су од неизоставних сегмената владавине права (о чему ће нешто касније бити говора). *Magna Carta Libertatum* јесте, у неку руку, ограничила власт енглеског краља Џона (без Земље), али то није било довољно да се заснује систем владавине закона, коме ће сви бити потчињени. Тек са Петицијом о правима из 1628. године (енгл. *Petition of Right*) се почиње озбиљније захтијевати ограничење прерогативне Круне (енгл. *the Crown*). Англо-саксонска државно-правна теорија је, на основу претходно поменутих докумената, почела развијати концепт потпуног ограничења власти појединца, и то кроз систем подјеле власти. Први који су то спомињали били су, наравно, суђећи за издају (као нпр. Рутерфорд (*Samuel Rutherford*), који је у свом дјелу *Lex, Rex* говорио о ограничењу владе).

XVII вијек је још увијек вријеме када је, према Хобсовим ријечима (*Thomas Hobbes*), било готово логички немогуће подвргнути суверена правним правилима, па макар се и постигло (лимитирано) ограничење владе. Хобс сматра да би се суверен подредио праву, мора бити подређен већој сили него што је он сам, а што практично имплицира неког другог, већег, суверена који би био изнад закона и који би морао бити подређен онда неком другом, већем, суверену и тако даље.<sup>5</sup> Тек након грађанских ратова, краху монархије, успостави „републике“ и поновном повратку монархије, у другој половини XVII вијека, долази до усвајања Повеље о правима 1689. године (енгл. *Bill of Rights Act*), који је, *inter alia*, забрањивао владару да суспендује или аболира законе, да установљава властите судове изван закона или да намеће порезе без пристанка (или одобрења) народног представничког тијела – парламента. Поред тога, Повеља о правима је гарантовала да ће се чланови народног представништва бирати на слободним изборима, те да ће сви поступци Парламента бити подвргнути само

<sup>5</sup> Томас Хобс, *Левјатан или Грађа облик и моћ црквене и грађанске државе* (Загреб: Наклада Јесенски и Турк, 2004), 119-237.



његовој контроли. Даље реформе су на простору Уједињеног Краљевства наставиле све до успоставе потпуне парламентарне монархије са подјелом власти између Круне, Парламента, Владе и судова.<sup>6</sup>

Према већини правних писаца, модерни агнло-сансконски (или англо-амерички) концепт владавине права је везан за енглеског уставно-правног писца Дајсија (A. V. Dicey) који је владавину права описао као супрематију (предоминацију) закона (енгл. *supremacy of law*). Дајси је свој концепт развио кроз три тачке: (1) нико не може бити кажњен, нити му се може наметати патња физичке или имовинске природе, ако то није по закону и ако није проведен поступак пред законом установљеним редовним судовима; (2) нити један човјек (појединац) није изнад закона, те су сви грађани подвргнути јурисдикцији редовних (обичних) судова; (3) начело владавине права је опште начело уставности, те је устав прожет владавином права на начин да гарантује основна права и основне слободе грађанима, а чија се заштита пружа пред редовним судовима.<sup>7</sup> Дакле, према Дајсију, три сегмента супрематије (предоминације) закона (или права) су: начело законитости, начело подређености праву и закону и начело заштите индивидуалних људских права и основних слобода.

Англо-амерички концепт владавине права је, без обзира на одређена размимоилажења, представљао надоградњу англо-саксонског концепта, прожету грчким и римским античким мислиоцима, и оживотворену конститутивним актима Сједињених Америчких Држава – Декларацији о независности (енгл. *Declaration of Independence*), Повељи о правима (енгл. *Bill of Rights*) и Уставу Сједињених Америчких Држава (енгл. *Constitution of the United States*). Америчка идеја се заснивала на концепту основних грађанских права и слобода, те стриктне подјеле власти са механизмима међусобне контроле и надзора (енгл. *check and balances mechanisms*).

На тлу Старог континента, овај се концепт нешто другачије развијао. Разлог томе проналазимо у чињеници да на британском острву никада није дошло до писаног устава, док се континентална правна традиција такорећи аксиоматски заснива на писаним уставима. Дакле, основна разлика између развоја концепата владавине права у англо-саксонској и континенталној теорији је другачији концепт уставности. Надаље, разлика постоји и у различитим приступима правном тумачењу утјеловљеном на прецедентима *common law*-а и на доктринарној анализи института коју чини *civil law*.<sup>8</sup> Међутим, континентални правници, без обзира на европску капу, по питању садржине владавине права нису били јединствени. Тако, нпр. њемачко схватање *Rechtsstat*-а или државе засноване (утемељене) на праву био је синонимизација владавини права. Њемачки правни писци су *Rechtsstat* доживљавали са примарно материјалног становишта при чему је основни захтјев владавине права био да се држава темељи на (здравом) разуму, уз испуњење формалних захтјева законитости. Према мишљењу појединих аутора овакво схватање владавине право представљало је „тобоган“

6 Simon Chesterman, „An International Rule of Law?“, *The American Journal of Comparative Law*, 56(2)/2008, 334-336.

7 Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of Law of the Constitution* (Indianapolis: Liberty Fund, 1915), 171-208 и Игор М. Милинковић, *Механизми заштите владавине права на локалном нивоу са посебним освртом на Босну и Херцеговину* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2011), 62-64.

8 Chesterman, „An International Rule of Law?“, 338.

у национал-социјализам и страхоте Другог свјетског рата.<sup>9</sup> Ми опонирамо оваквом ставу, те истичемо да је само питање (правилног) тумачња, а сам концепт *Rechtsstat* је заснован на здравим темељима. Поред Њемачке, најочитији примјер европске правне теорије јесте свакако она која долази из Француске. Тако је Монтескје (*Charles Montesquieu*) заговарао уставну владу, подјелу власти и заштиту основних права и слобода грађана, а Русо (*Jean Jaque Rousseau*) је истицао владавину права кроз супрематију закона донијетих од стране народа, а чија (народна) воља није оивичена било каквим границама. Њихове идеје су касније инкорпорисане у један од најзначајнијих правних аката – Декларацију о правима човјека и грађанина (фр. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*).

У правној теорији постоје три различита приступа дефинисању (међународне) владавине права: (1) формални, (2) процедурални и (3) материјални (супстантивни). Први, формални приступ, укључује приступачност, предвидљивост, јавност и општост права (закона) или оно што би спадало под појам законитости. Џозеф Раз (*Joseph Raz*), подржавајући формални приступ, владавину права објашњава као дословно владавину права, односно владу права/закона („*the rule of law means literally what it says: rule by laws*“). Другим ријечима, Раз наводи да владавина права значи да су појединци потчињени праву (законима) и да право (закони) владају људима.<sup>10</sup> Процедурални приступ владавини права захтијева, поред законитости (формалног приступа) и механизме рјешавања спорова, којима руководе независни и непристрасни арбитри (судије), и чије су одлуке коначне, извршне и обавезујуће. Формални и процедурални приступ је сажео правни писац Џереми Валдрон (*Jeremy Waldron*) дефинишући владавину права као правна ограничења оних који имају власт, јасноћу и предвидивост закона, независност правосуђа и једнакост пред законом.<sup>11</sup> Напоследатку, трећи, материјални (или субстантивни) приступ, захтијева да владавина права као свој лајтмотив има заштиту индивидуалних људских права и основних слобода и да као свој темељ мора имати начело правде (правичности).<sup>12</sup>

Суштинска дефиниција владавине права варира у зависности од времена и простора у коме се овај концепт тумачи. Владавина права се мора посматрати са материјалног и формалног аспекта, и разумијевати управо као појам који се састоји од материјалног и формалног дијела. Потоњи говори о институционалном ограничењу државне (или друге) власти, при чему формална теорија владавине права (или формални дио теорије владавине права) може имати „тањи“ и „пунији“ облик. Први се огледа у простом правном ограничавању претходно неограничене власти (правних и политичких) институција, али и институција у организационом смислу – судовима и органима управе, и у општој подјели власти између тих институција. Други је знатно шири концепт, јер у себи садржи и материјални појам правичности. Из тог разлога други концепт садржи значајно шири скуп идеја, које се огледају од

<sup>9</sup> Otto Kirchheimer, „The Rechtsstat as a Magic Wall“, in: *Politics, Law and Social Change: The selected Essays of Otto Kirchheimer* (Frederic S. Burin & Kurt L. Shell eds.), Columbia University Press, New York, 1969, 429 и Jacques-Yvan Morin, „The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept: A Comparison“, in: *Federalism-in-the-Making: Contemporary Canadian and German Constitutionalism, National and Transnational* (Edward McWhinney et al. eds.), Springer, 1992, 60.

<sup>10</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 210.

<sup>11</sup> Jeremy Waldron, „Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?“, *European Journal of International Law*, 22/2011, 315-317.

<sup>12</sup> Robert McCorquodale, „Defining the International Rule of Law: Defying Gravity“, *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(2)/2016, 282.

спрјечавања арбитерног вршења власти до заштите индивидуалних људских права и основних слобода, организације стабилних државних институција које ће ту заштиту пружати, а чак се спомињу и одређени економски аранжмани, као што је начело слободне трговине и томе слично. Некада се материјални и формални сегмент владавине права одвајају и посматрају као два засебна концепта, те да материјални представља деривацију формалног, што се у неку руку може узети као тачно. Но, ми држимо до тога да се владавина права састоји од формалног и материјалног супстрата, који се надопуњују, те не могу један без другог. Стога, језгрена дефиниција владавине права би се састојала из сљедећа три елемента: (1) забрана арбитерног и произвољног вршења власти, што даље значи преобладање права и закона над појединцем, али и предвидљивост, доступност и јасност закона (тзв. квалитет закона), (2) постојање независних институција које теже да осигурају да се закон једнако примјењује за све и (3) право мора бити примјењиво и дјелотворно у пракси, те мора једнако важити за све, а не бити „мртво слово на папиру“. Или, другачије постављено, владавина права садржи сљедеће идеје: (1) начело законитости, транспарентност у поступању и одговорности јавне власти, као и демократски процес провођења закона, (2) предвидљивост закона, (3) забрана арбитерног поступања, (4) приступ правди пред независним и непристрасним судовима, укључујући судско преиспитивање управних аката, (5) поштовање људских права и основних слобода и (6) забрана дискриминације и неједнакости пред законом.<sup>13</sup>

## 2.2. Владавина права у међународном контексту

Са неколико горњих редова жељели смо укратко изнијети развој концепта и садржине владавине права, не заузимајући коначан став по том питању (што ће бити предмет неке друге расправе), док супстантивни дио рада, који се односи на уздизање ове проблематике на међународни ниво, слиједи.

Начин разматрања владавине права који овдје желимо испитати јесте међународни контекст овог феномена. На први поглед, међународна владавина права подсећа на формални концепт владавине права уопште, однос на тзв. архитектуру (међународног) правног система. Међутим, ако се зађе дубље, уочава се и супстанција, садржина међународних правних правила: заштита људских права и основних слобода, пружање помоћи и стварање амбијента за слободно кретање људи, роба, услуга и капитала широм свијета, омогућавање стабилног и одрживог економског развоја, али и успостављање механизма за мирно (ненасилно) рјешавање међународних (политичких) спорова. Ова супстанција уобличена је у низу међународних споразума, а који своју експанзију доживљавају крајем другог свјетског рата.

Посебно мјесто у оквиру садржине међународне владавине права заузима промоција и заштита људских права и основних слобода. Препознавање заштите људских права као фундаменталног принципа на којем почива међународна заједница извршено први пут је кроз Универзалну декларацију о људским правима из 1948. године (енгл. *Universal Declaration on Human Rights*), а која данас представља саставни дио међународног обичајног права (многе норме су постале *ius cogens* самом формализацијом у обавезујућим међународноправним документима), и без обзира на испрва декларативни значај, она данас

<sup>13</sup> *Ibid.*, 280.

ужива облигаторну примјену. Овај универзални документ о људским правима пратила су два међународна пакта о људским правима – Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године (енгл. *Internationa Covenant on Civil and Political Rights*) и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године (енгл. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*). Оба ова међународна споразума су правнобавезујућа за странке, а за разлику од Универзалне декларације о људским правима, предвиђају посебна тијела које ће надzirати њихову имплементацију – Комитет за људска права Уједињених нација и Комитет за економска, социјална и културна права Уједињених нација. Заправо, покушај је био да се са ова два акта отклони главна мана Универзалне декларације, али тај покушај није у потпуности уродио плодом. У неку руку, читује се закључак да су опште норме и идеали који су постављени овим декларацијама остали без адекватног механизма принуде иза себе, али и даље су извршиле тектонске промјене у области људских права.

На регионалном нивоу, три су значајна документа о људским правима који успостављају механизме заштите за прокламована индивидуална људска права и основне слободе. То су: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (енгл. *Europian Convention on Human Rights and Gundamental Liberties*, којом је успостављен Европски суд за људска права), Америчка конвенција о људским правима из 1969. године (енгл. *American Convention on Human Rights*, којом је успостављен Интер-Амерички суд за људска права) и Афричка повеља о правима човјека и народа из 1979. године (енгл. *African Charter on Human and Peoples' Rights*, којом је успостављен Афрички суд за људска права). Такође, на простору Европске уније, веома значајан документ (који је у рангу са оснивачким уговорима) јесте и Повеља о основним правима Европске уније (енгл. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*).

Појава међународних инструмената посвећених заштити људских права представља кључни тренутак у путањи развоја међународног права. Наведеним инструментима државе су се обавезале да поштују, штите и остварују основна људска права и слободе утврђене истима. Ефикасност међународних инструмената о људским правима зависи од успоставе међународних форума задужених за рјешавање спорова и осигурање усклађености. Та тијела пружају појединцима приступачне путеве за тражење задовољења и играју кључну улогу у држању држава одговорним за повреде људских права, доприносећи тако остваривању правде на међународном нивоу. Синергија између међународних инструмената јача свеобухватну природу заштите људских права. Принципи изражени и првом универзалном инструменту служе као заједнички темељ, утицајући на касније регионалне инструменте. Државе које су странке овим инструментима обвезују се подносити редовне извјештаје у којима описују свој напредак у примјени људских права. Ово омогућава конструктиван дијалог између држава и тијела уговорница, осигуравајући континуиран надзор усклађености.

Осим судских тијела и међународних форума, различити механизми на националним нивоима се старају о усклађености унутрашњег права са овим универзалним вриједностима. Међународни инструменти за заштиту људских права чине неопходне компоненте међународне владавине права. Повезаност ових докумената, заједно с обавезама које намећу, улогом судских тијела и различитим механизмима надзора, заједно доприносе снажном оквиру заштите људског достојанства и слободе. Како се наш свијет све више повезује, придржавање

и провођење ових инструмената постају кључни за осигуравање праведног и правичног глобалног поретка.

Потчињавање институција јавне власти и државних агената правним правилима којима се штите људска права и основне слободе кључни је сегмент изједначавања свих појединаца пред законом. Поред тога, овдје учавамо и постојање механизма судске, односно институционалне заштите индивидуалних права појединаца на међународном нивоу. Појединци могу поднијети представке поменути комитетима УН-а или надлежном суду за људска права, чија би одлука била о повреди и захтјеву за отклањање повреде обавезујућа.

Други значајан сегмент међународне владавине права јесте промоција стабилног и одрживог економског развоја кроз слободу кретања људи, роба, услуга и капитала. Дакле, међународна владавина права у себи садржи и одређене идеале који се односе на економске аспекте односа у међународној (али и друштвеној заједници). Економски развој се постиже успостављањем стабилних и независних институција које ће пружити довољне гаранције сваком појединцу, сваком физичком или правном лицу, да ће његова имовина бити заштићена и да ће неометано у њој уживати. Пружање такве заштите отвориће прилике за повећан обим улагања из свих крајева свијета на територији једне државе. Стабилне институције које се старају о досљедном провођењу закона уливају повјерење оних који имају капитал и који желе да тај исти капитал уложе. У овом је контексту Свјетска банка дефинисала (међународну) владавину права као „мјеру у којој агенти имају повјерења и поштују правила друштва, а посебно квалитет извршења уговора, рад полиције и судова, као и вјеројатност извршења кривичних дјела и насиља“ и користи збирне показатеље из низа других извора за мјерење владавине права у више од 200 земаља и територија.<sup>14</sup>

У сложен (правном и политичком) ткиву Европске уније, симбиотички однос између заштите владавине права и олакшавања економских слобода представља темељ њезиног правног и филозофског устројења. Ова веза, дубоко проплетена с посвећеношћу ЕУ заједничким вриједностима и циљевима, превазилази пуке правне формалности како би истакла суштину хармоничне и просперитетне Уније. ЕУ, осмишљена не само као економска алијанса већ као унија утемељена на начелима демократије, поштовања и заштите људских права и владавине права, укоријенила је ове вриједности у своје основне уговоре. Владавина права, као водиља, произлази из саме душе ЕУ, дјелујући као гарант правне сигурности, једнакости и правде. У контексту ЕУ, владавина права проналази изражај кроз правни и институционални оквир који прожима функционисање чланица.

Владавина права кључна је у подстицању околине погодне за економски раст и развој. Пружа потребну правну инфраструктуру, осигуравајући предвидљивост и стабилност за економске актере. У одсутности снажне владавине права, економски субјекти могу се суочити с произвољним доношењем одлука, несигурношћу уговора и општим недостатком правних заштита, што подрива темељне принципе добре и функционалне тржишне економије.

Посвећеност ЕУ економским слободама укоријењена је у њеној тежњи према унутрашњем тржишту окарактерисаном слободним кретањем роба, услуга, капитала и лица. Четири темељне слободе – слобода кретања роба, услуга, капитала и радне снаге – чине темељну основу економске интеграције ЕУ. Ове слободе су инструменти стварања једнаких услова за пословање, подстицања конкуренције и промоције економске дјелотворности.

<sup>14</sup> Chesterman, An International Rule of Law?, 347.

Заштита владавине права дјелује као заштита за економске слободе унутар ЕУ. Правни поредак озидан поштовањем владавине права осигурава да чланице стварају и одржавају услове погодне за глатко функционисање унутрашњег тржишта. Када се владавина права поштује, ризик од произвољних поступака или дискриминаторних мјера националних власти које би могле ометати слободно кретање роба, услуга, капитала или радне снаге смањује се. Осим тога, снажан оквир владавине права пружа механизам за рјешавање спорова, нудећи правне механизме појединцима и привредним субјектима у случају кршења њихових економских слобода. Овај правни приступ кључан је за одржавање начела недискриминације и фер конкуренције, јачајући темеље унутрашњег тржишта.

Веза између заштите владавине права и олакшавања економских слобода унутар ЕУ није случајна, већ интринзична. Посвећеност ЕУ заједничким вриједностима, укључујући владавину права, лежи у правном и филозофском оквиру Уније, дјелујући као катализатор за економски просперитет. Симбиотички однос између ових елемената јача идеју да је отпорна и учинковита владавина права неопходна за остваривање визије ЕУ као кохерентне, просперне и интегрисане заједнице. У коначници ЕУ заправо користи владавину права као подлогу за остваривање главних циљева због којих је основана. Тешко је рећи да се ради о космополитским вриједностима Уније, јер је више сам вриједносни оквир који се поклопио са циљем оно што детерминише њено дјеловање.

### 3. КРИЗА МЕЂУНАРОДНЕ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

Дисјункција између теоријских основа и практичних манифестација о овом питању је упадљиво изражена у домену међународних односа. Преовлађујуће стање у овој сфери свједочи о неадекватности, ако не и потпуном одсуству, принципа владавине права на међународном нивоу. Ово узнемирујуће запажање подстиче свеобухватно истраживање фактора који доприносе овој дивергенцији.

Основна разлика се појављује када се упореди развој правних и политичких институција унутар суверених држава, гдје су успостављени механизми за имплементацију принципа владавине права, и међународне арене, гдје аналогне институције нису ефикасно извршиле свој мандат. За разлику од домаћег контекста, међународне институције осмишљене да изричу казне за непоштивање принципа владавине права нису успјеле остварити своје предвиђене функције. У суштини, постоји упадљива празнина на међународном нивоу, која се протеже даље од пуког формалног присуства институција. Ова празнина обухвата одсуство институције способне да има монопол принуде да примора субјекте међународног права на поштовање међународних правних норми.

У међународном окружењу постоје бројне међувладине организације са експлицитним мандатом успостављања и очувања мира у свијету и глобалног правног поретка. Најважнија међу њима је Организација Уједињених нација (*United Nations*), настала након Другог свјетског рата (1945. године). Свеобухватни циљеви Уједињених нација укључују очување међународног мира и сигурности, подстицање пријатељских односа међу државама

и подстицање међународне сарадње.<sup>15</sup> Замишљене као међународни форум за мирно рјешавање спорова између држава, Уједињене нације су биле замишљене као бедем против оружаних сукоба, свјесни њихових потенцијално катастрофалних посљедица. Њихова генеза лежи у наслијеђу недјелотворне Лиге народа, која је на сличан начин настојала постићи ове циљеве након завршетка Првог свјетског рата.

Осим тога, бројне регионалне међувладине организације дијеле сличне циљеве. Два значајна европска ентитета укључују Савјет Европе (*Council of Europe*), основано 1949. године, и Организацију за европску безбједност и сарадњу (*Organization for Security and Co-operation in Europe*), која је настала као Конференција за европску сигурност и сарадњу 1975. године и еволуирала у свој садашњи облик 1995. године. Савјет Европе је посвећен принципима владавине права, друштвеној демократизацији и заштити људских права и основних слобода. Слично, Организација за европску сигурност и сарадњу идентификује демократизацију, владавину права и промоцију људских права као кључне тежње. Ови примјери служе као примјери институционалних механизма који тобоже утјеловљују принципе владавине права, представљајући микрокосмос ширег међународног миљеа.

Међутим, само постојање ових међународних организација, како универзалних тако и регионалних, нуди само летимичан увид у замршену међуигру фактора који утичу на остварење идеала владавине права. Изазови који су својствени премошћавању јаза између теоријских тежњи и практичне имплементације на глобалној сцени захтијевају нијансирану и промишљену анализу.

Ипак, емпиријска запажања наглашавају недостатке међународних организација када су суочене с утицајем великих сила или њиховом борбом у рјешавању молби наводно „слабијих“ држава које траже санкције против моћнијих партнера због кршења међународног права. Овај проблем се протеже и на међународне правосудне институције, које су, слично њиховим националним колегама, замишљене као примарни браниоци правног поретка, владавине права и авангарде индивидуалних људских права и основних слобода. Иако су ова међународна правосудна тијела, у различитом степену, извршавала своје дужности, у сфери провођења њихових одлука назире се упоран изазов.

Лефковиц (*David Lefkowitz*), у својим истраживањима, тврди да садашња итерација међународног права и глобалног правног поретка не испуњавају идеале који су инхерентни владавини права. Он опрезно признаје постојеће стање ствари, истовремено задржавајући изгледе за трансформативну промјену. Лефковиц свој научни фокус усмјерава ка оцртавању одређених аспеката владавине права, са посебним нагласком на идентификацији путева за исправљање постојеће ситуације. Он тврди да понашање јавних власти мора бити усклађено са принципима владавине права, наглашавајући подређеност јавног дјеловања правним нормама и императиву независног судства. Надаље, за потпуну реализацију владавине права, Лефковиц сматра да поштовање њених идеала мора бити једнообразно и на носиоце јавних функција, односно на органе власти и на грађане.

Према Лефковицу, законодавни оквир који подупиरे владавину права мора да има карактеристике као што су јасноћа, доступност јавности, стабилност, забрана контрадикторних захтјева и будућа примјена. Носиоци јавних функција дужни су да своје прерогативе врше у оквиру законом утврђених граница. Он наглашава императив да институције третирају

15 Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права, I дио* (Бања Лука: Коместрафика, 2019), 126-127

све појединце уједначено, без обзира на њихов положај, наглашавајући једнакост третмана у свим сегментима. Примјетно, Лефковиц сматра да владавина права не мора нужно укључити људска права и демократију као своје примарне карактеристике, иако препознаје потенцијалну везу између то двоје. Он тврди да се формална владавина права може успоставити чак и у окружењима лишеним потпуно развијених демократских институција и механизма који гарантују свеобухватну заштиту индивидуалних људских права и основних слобода.<sup>16</sup>

Оно што је најважније, Лефковиц постулира да истинска вриједност владавине права лежи у осигурању правне сигурности и предвидљивости, што заузврат овлашћује појединце да планирају и воде своје животе са рационалним предвиђањем. У његовој перспективи, владавина права се манифестује у поштовању рационалне воље и аутономних избора појединаца од стране институција, чиме се обухвата холистичка визија која се протеже даље од пуког правног формализма.<sup>17</sup>

Занимљиво, Лефковиц тврди да међународни правни и политички поредак испуњава критеријуме потребне у контексту постојања монопола физичке принуде, чији се механизми спроводе кроз *pro futuro*, опште и јавно објављене правне стандарде, а узимајући у обзир већу правна повезаност међународних односа кроз међународне уговоре. Међутим, сматра да међународна владавина права има много недостатака у важним аспектима. На примјер, наводи тенденцију Савјета безбједности УН-а да дјелује тајно и нетранспарентно, затим формалну (не)равноправност држава, односно ситуације у којима су одређене државе чланице УН нешто „равноправније“ од других (нпр. економски развијени у поређењу са економски мање развијеним или земљама у развоју). Стога, Лефковиц истиче да поједине државе, због своје политичке и економске моћи, уживају већу слободу у поштовању међународноправних правила у односу на оне које су слабије од њих (у данашњем контексту, наравно). Осим тога, замјера Савјету безбједности УН-а да се понаша понекад необуздано, а понекад неодговорно. На крају, Лефковиц поставља питање односа међународног и домаћег права и проблематизује решавање тог питања бавећи се питањем међународне владавине права.

Одржавање међународног мира и сигурности готово је предуслов за реализацију других идеја које садрже концепт међународне владавине права. Ако нема мира, како уопште говорити о економском просперитету или људским правима? Данас је главни задатак Организације Уједињених нација очување мира и промоција дијалога између земаља чланица, као и мирно рјешавање политичких спорова. У међународним односима, управо због супротстављања низа различитих интереса, настају сукоби. Међународна правна правила предвиђају двије групе механизма за рјешавање међународних спорова. Прва група су механизми за мирно рјешавање спорова у међународним односима, а друга су методе колективних гаранција и дјеловања за очување мира и спрјечавање ескалације сукоба. У прошлости, ови начини рјешавања међународних спорова били су ограничени на чисто политичко дјеловање и добру вољу држава које су жељеле помоћи у рјешавању спора. Данас, поред јачих организационих облика међународних организација, постоји низ институционалних механизма.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> David Lefkowitz, *Philosophy and International Law, A Critical Introduction* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 82-83.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 86-87.

<sup>18</sup> Јурај Андраши, *Међународно право, Пето издање* (Загреб: Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 1971), 457.



Лефковицева анализа нуди изнијансирану перспективу међународног правног и политичког поретка, тврдећи да он испуњава одређене критеријуме неопходне за постојање монопола физичке принуде. Он тврди да се овај монопол остварује кроз правне стандарде који су перспективни, општи и јавно дистрибуирани, уз све то уважавајући повећану правну међуповезаност међународних односа коју олакшавају међународни споразуми. Међутим, Лефковиц је проницљив у својој процјени, идентификујући суштинске недостатке у међународној владавини права.

Штавише, Лефковиц опомиње Савјет безбједности УН-а да осцилира између неубоданих акција и тренутака неогворности, што додатно компликује тежњу ка кохезивној међународној владавини права. Ово испитивање се протеже на замршен однос између међународног и домаћег права, при чему Лефковиц испитује решење овог питања у ширем контексту међународне владавине права.

Императив одржавања међународног мира и сигурности појављује се као ослонац у реализацији ширих концепата садржаних у међународној владавини права. Лефковиц подвлачи ову везу, наводећи да без мира разговори о економском просперитету или људским правима постају неизвјесни. У савременим међународним односима, УН је првенствено задужена за очување мира, олакшавање дијалога међу земљама чланицама и мирно рјешавање политичких спорова.

Релевантно је сугерисати да су УН, на крају крајева, међународна организација, дакле као своје чланице имају државе. Државе као субјекти међународног права склоне су праћењу сопствене идеологије, можда и више него изналажењу неког заједничког интереса. Тако се пораст популизма и национализма у разним дијеловима свијета може довести у везу са кризом владавине права на међународној сцени. Популистички челници и покрети често доводе у питање успостављене међународне норме и институције, приказујући их као пријетње националном суверенитету и идентитету. Ова реторика поткопава спремност држава да сарађују и поштују међународне правне обавезе, што резултира слабењем глобалне владавине права. Штавише, популистички и националистички челници могу дати приоритет својим домаћим програмима над међународним обавезама, додатно поткопавајући дјелотворност међународних правних оквира. Овај тренд пријети колективним напорима за рјешавање горућих глобалних проблема, као што су климатске промјене, тероризам и миграције, који захтијевају координирано међународно дјеловање.

С обзиром на инхерентне сукобе који произлазе из супротстављања различитих интереса у међународним односима, међународноправна правила разграничавају двије свеобухватне групе механизма за рјешавање спорова. Први обухвата механизме мирног рјешавања, док други укључује колективне гаранције и акције у циљу очувања мира и спрјечавања ескалације сукоба. Традиционално ослоњени на политичке иницијативе и добру вољу држава које су спремне да посредују, ови механизми за рјешавање спорова су еволуирали да инкорпоришу јаче организационе форме унутар међународних организација, подржане низом институционалних механизма. Овај развојни пејзаж одражава настојање међународне заједнице да усаврши и побољша ефикасност механизма који подупиру међународну владавину права, обликујући тако контуре савременог глобалног управљања.

Под окриљем међународног права, примјена силе као средства за рјешавање спорова на глобалној сцени категорички је забрањена, посебно Повељом Уједињених нација. У значајном искорак у утврђивању ове забране, криминализација агресије је извршена као

међународно кривично дјело кроз измјене Римског статута Међународног кривичног суда 2010. године. У складу са овим правним оквиром, насилно рјешавање спорова је недвосмислено забрањено, наглашавајући императив механизма мирног рјешавања, које међународно право нуди у изобиљу.

Репертоар механизма за мирно рјешавање међународних спорова обухвата низ путева. То укључује посредовање, добре услуге, одборе/истражне комисије, мирење, поравнање, арбитражу и обраћање међународним правосудним институцијама. Посредовање, одобрено Повељом УН-а, укључује неукључене државе или ентитете који олакшавају мирна рјешења преношењем савјета или комуникације између страна у спору. Добре услуге, које иницирају треће стране, кулминирају у преговорима између сукобљених страна. Истражни одбори независно и непристрасно испитују спорне чињенице, дајући основу за даље преговоре без обавезујућих рјешења. Посредовање или мирење, алтернативна метода, запошљава појединце или групе од поверења да воде стране у спору без наметања обавезних поравнања.<sup>19</sup>

Нагодба, слична арбитражи, садржи независне форуме на којима се стране обавезују на имплементацију резолуција. Арбитража, широко прихваћена алтернатива, даје странам у спору значајну аутономију у избору и материјалног права и процедуралних правила. Арбитражне одлуке су обавезујуће, са ограниченим могућностима правних лијекова. Директни дипломатски преговори често служе као почетни корак у рјешавању међународних спорова, вршећи морални притисак на стране да прихвате предложена рјешења.<sup>20</sup> Поред тога, Међународни суд правде служи као судски механизам, издајући коначне и обавезујуће пресуде у споровима између држава које прихватају његову јурисдикцију.

Добре услуге јесу механизам гдје се једна или више држава или међународних организација нуде да доведу странке у спору за преговарачки сто. Овај начин рјешавања међународних спорова започиње иницијативом трећег лица, а завршава преговорима странака.<sup>21</sup> Анкетни одбори (или истражне комисије) посебно су формирана тијела којима је од стране држава у спору повјерен задатак да независно и непристрасно и надасве објективно испитају чињенице које се тичу самог спора. Извјештај ових одбора (или комисија) не везује странке у спору, него им само даје подлогу за даље преговоре и за резолуцију спора непосредним споразумом (с те разлике, сматра правна теорија, нема разлике између овог начина мирног рјешавања међународних спорова и поступка мирења или концилијације).<sup>22</sup> Мирење (или концилијација) је поступак за мирно рјешавање међународних спорова у коме странке у спору предмет спора износе пред изабраног појединца или групу лица који уживају високо повјећење странака у спору, без обавезивања да приједлог за рјешње спора које ће бити понуђено прихвате.<sup>23</sup> Поравнање (изравнање) као миран начин рјешавања спорова има два битна обиљежја: (1) странке у спору су саставиле независан и објективан форум са задатком да ријешити спор, а већ су се унапријед обавезале да ће извршити рјешење и (2)

<sup>19</sup> Родољуб Етински, *Међународно јавно право, Треће издање* (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2007), 207

<sup>20</sup> Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права, II дио* (Бања Лука: Комесграфика, 2019), 106.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Смиља Аврамов, *Међународно јавно право, Треће допуњено издање* (Београд: Савремена администрација, 1973), 291-292.

<sup>23</sup> Јурај Андраши, *Међународно право, Треће издање* (Загреб: Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 1958), 275. Лоренц Опенхајм, *Међународно право, Свеска II: Спорови, разоружање, безбедност, рат и неутралност* (Београд: Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, 1935), 12-17.

састављени форум није везан при доношењу рјешења примјеном права, било зато што то није могуће, било зато што странке у спору желе уклонити узрок сукобу новим уређењем. Овај начин рјешавања спорова је изразито сличан арбитражи. Међутим, пракса показује да ће странке у спору чешће пружити повјерење арбитражном рјешавању међународних спорова него се одлучити на поравнање.<sup>24</sup> Арбитража је алтернативни начин рјешавања међународних спорова који одликује независност и веома широка диспозитивност странака у спору, при чему су странке те које врше одабир материјалног права којим ће се ријешити меритум спора, али и процесна правила по којима ће арбитража поступати. Ради се о веома честом начину рјешавања међународних спорова, а чије су одлуке обавезујуће за странке у спору (странке су се обавезале да ће извршити одлуке арбитраже, на које не постоји могућност улагања правног лијека, или је то изразито ријетко).<sup>25</sup>

На крају бисмо поменули и непосредне дипломатске преговоре као најчешће први (почетни) корак мирног рјешавања међународних спорова. Дипломатски преговори се воде између двије државе у спору (ако су само двије) или на међународним конференцијама или конгресима (најчешће, уколико је у питању више држава или су за исход спора заинтересоване и друге државе). Овакав начин рјешавања међународних спорова представља неку врсту моралног притиска на странке у спору у циљу прихватања предложеног или изналажења заједничког рјешења спора.<sup>26</sup> Поред дипломатског рјешавања међународних спорова, постоје и механизми судског рјешавања међународних спорова и то пред Међународним судом правде (енгл. *International Court of Justice*). Овај Суд има двоструку улогу: појављује се као орган међународног правосуђа који је надлежан за судско рјешавање спорова између држава које су прихватиле његову надлежност и као давалац савјетодавних мишљења на захтјев Организације Уједињених нација и других субјеката који имају овлаштење за подношење таквог захтјева. Пресуда овог суда је коначна и обавезујућа за странке у спору.<sup>27</sup>

Иако ови механизми показују ефикасност у бројним случајевима, њихова примјена зависи од спремности држава да се придржавају међународног правног поретка. Нажалост, затегнути односи могу онемогућити потчињавање таквим механизмима, ескалирајући спорове у оружане сукобе са трагичним људским посљедицама.<sup>28</sup> Ово наглашава горућу дилему – могу ли принципи међународне владавине права замијенити привлачност силе? Могу ли

24 Андраши, *Међународно право, Пето издање*, 467-468.

25 Вид. шире Витомир Г. Поповић и Радван Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, Општи део, Друго издање* (Бања Лука – Крагујевац: Правни факултет Бања Лука и Центар за право Европске уније Крагујевац, 2007), 277-278 и Маја Станивуковић, *Међународна арбитража, са одабраним прилозима* (Београд: Службени гласник), 15-22.

26 Аврамов, *Међународно јавно право, Треће допуњено издање*, 290.

27 Вид. шире Андраши, *Међународно право, Пето издање*, 477-490 и Опенхајм, *Међународно право, Свеска II: Спорови, разоружање, безбедност, рат и неутралност*, 6-7.

28 Нпр. припајање Крима од стране Руске Федерације 2014. године представља значајан примјер кршења међународног правног поретка, односно темељног начела државне суверености и територијалног интегритета (с тим у вези вид. Резолуцију 68/262), а што је резултирало агресивним ратом почетком 2022. године. Затим, поновљено кориштење хемијског оружја у сиријском сукобу представља очито кршење Конвенције о хемијском оружју. Упркос међународној забрани употребе хемијског оружја, њихова употреба у Сирији детаљно је документирана, што резултира тешким хуманитарним посљедицама. Кибернетичке операције, укључујући државно потпомогнуту кибернетичку шпијунажу и нападе на критичну инфраструктуру, изазивају постојећи оквир међународног права. Приписивање одговорности за такве активности остаје измакнуто, стварајући правни вакуум који омета дјелотворну примјену норми у кибернетичком простору. Једнострано повлачење одређених држава из међународних споразума, попут Паришког споразума о климатским промјенама и Заједничког

правни идеали побиједити војну моћ? Нажалост, коначни одговори на ова критична питања остају недостижни. Напетост између идеала међународне владавине права и оштре реалности међународних односа наглашава сталну сложеност својственоу тежњи за праведнијим и мирнијим свјетским поретком.

## 4. ЗАКЉУЧАК

Међународна владавина права једно је од питања које, можемо казати, вијековима заокупљало (примарно) правнике, а затим политикологе, социологе, и уопштено све оне који се баве односима у друштвеној (политичкој) заједници. Развојем науке, културе, политичких односа, и људске цивилизације уопште, развијао се и концепт владавине права. Стога, можемо рећи да је владавина права појава еволутивног карактера чија је садржина варијала с обзиром на вријеме и географски простор. Владавина права, барем када говоримо о овом концепту на националном нивоу, обухвата мноштво различитих идеја. Међу тим идејама се посебно издвајају: подређеност појединаца, организација и институција праву и закону, једнакост свих пред законом, легитимност власти, подјела власти на начелу међусобне контроле и надзора, слободно тржиште и слобода привредних активности, гаранција заштите индивидуалних људских права и основних слобода и независност и непристрасност (као и функционалност) правосуђа као прве линије одбране свих претходно поменутих идеја. Све ове идеје се могу „превести“ на мађународни терен.

Владавина права, темељно начело у модерним правним системима, кључни је стуб за одржавање правде, заштиту људских права и осигурање стабилности унутар нација. Међутим, посљедњих се година ово темељно начело суочило с кризом, особито у међународном контексту. Ова се криза очитује кроз изазове као што су неуједначена примјена међународног права, пораст популизма и национализма, ерозија међународних институција и борба за одржавање равнотеже између државног суверенитета и глобалног управљања. Ова академска анализа настојала је проникнути у вишеструку кризу владавине права на међународном нивоу, опсервирајући њене узроке и истражујући потенцијалне лијекове.

Један од примарних аспеката кризе владавине права у међународној арени је неуједначена примјена међународног права. Иако постоји значајан корпус међународног права, у распону од уговора и конвенција до међународног обичајног права, његова примјена и примјена разликују се међу државама. Моћне државе често имају значајан утицај на тумачење и примјену међународних правних норми, чиме угрожавају непристрасност и универзалност владавине права.

Ова неуједначена примјена може довести до перцепције двоструких стандарда, нарушавајући вјеродостојност и легитимитет међународних правних сустава. Државе које сматрају да се с њима поступа неправедно могу се разочарати у међународни правни поредак, потенцијално прибјегавајући једностраним радњама и поткопавајући заједничке напоре у рјешавању глобалних изазова.

---

свеобухватног плана дјеловања (нуклеарни споразум с Ираном), изазива забринутост гледе стабилности међународних обвеза и заједничког остваривања заједничких циљева.

Међународне институције играју кључну улогу у одржавању владавине права на глобалној разини пружајући платформе за сарадњу, рјешавање спорова и развој међународних норми. Међутим, посљедњих година те су се институције суочиле с ерозијом свог ауторитета и дјелотворности. Пораст унилатерализма и невољност неких моћних држава да се укључе у мултилатералне институције ослабили су њихову способност досљедне примјене међународног права.

Надаље, парализа која произлази из борби за моћ унутар ових институција, посебно Савјета безбједности Уједињених народа, кочи правовремену и одлучну акцију у суочавању с новим глобалним изазовима. Ова ерозија вјере у међународне институције слаби цјелокупни оквир владавине права, будући да умањује дјелотворност механизма за примјену међународних правних норми.

Темељна напетост у међународном контексту лежи у осјетљивој равнотежи између државног суверенитета и глобалног управљања. Док је државни суверенитет камен темељац међународног система, рјешавање транснационалних питања захтијева разину глобалног управљања. Успостављање одговарајуће равнотеже која поштује државни суверенитет уз истовремено омогућавање дјелотворне међународне сарадње остаје значајан изазов. Покушаји јачања међународних управљачких структура, попут Међународног кривичног суда или глобалних климатских споразума, често наилазе на отпор држава које су забринуте због могућих задирања у њихов суверенитет. Ова борба за проналажење равнотеже између државне аутономије и потребе за колективним дјеловањем наглашава кризу с којом се суочава владавина права у међународној сфери.

Међутим, остваривање идеја међународне владавине права у пракси представља велики проблем и увелико зависи од односа између субјеката међународног права (примарно овдје мислећи на државе). Од међународне владавине права, иако се у овоме тренутку налази у озбиљној кризи, се не смије одустати. Као и све остало, и међународна владавина права у кризним временима не може остати нетакнута. Чињеница је, а томе смо и свјedoци, да су се основне идеје међународне владавине права (као и институције које их требају штитити) нашле пред великим изазовима. Предузимање мјера којима би се кризе савременог доба превазишле нарушиле су (и повриједиле) идеје међународне владавине права. Мјере које се предузимају нису пропорционалне, а они који их предузимају „бјеже“ од одговорности за своје поступке. Данашња времена прави су тест за међународну владавину права, али и за међународне институције и организације које требају чувати и проводити идеје међународне владавине права. Да ли Организацију уједињених нација чека судбина Лиге народа? Да ли ће Савјет Европе успјети заштитити појединца од страха о којима нам свјedoчи историја? Да ли ће ОЕБС осигурати мир у Европи? То зависи од њихових одговора на кризу са којом се сви суочавамо. Рјешавање ове кризе захтијева усклађене напоре међународне заједнице у јачању институција, промоцији мултилатерализма и његовању културе поштовања међународних правних норми. Само кроз такве напоре можемо се надати да ћемо обновити владавину права и осигурати праведнији и стабилнији међународни поредак.

Остаје нам само да се надамо да ће се, као и до сада, мир и међународни правни поредак опет успоставити и да ће међународна владавина права превазићи све изазове пред којима се наша. Без превелике филозофије на крају, желимо се подсјетити ријечи Бенџамина Ференца (*Benjamin Ferencz*) – „Право, а не рат!“.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Chesterman, Simon. „An International Rule of Law?“, *The American Journal of Comparative Law*, 56(2)/2008: 331-361.
2. Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of Law of the Constituion*. Indianapolis: Liberty Fund, 1915.
3. Kirchheimer, Otto. „The Rechtsstat as a Magic Wall“, in: *Politics, Law and Social Change: The selected Essays of Otto Kirchheimer* (Frederic S. Burin & Kurt L. Shell eds.), Columbia University Press, New York, 1969.
4. Lefkowitz, David. *Philosophy and International Law, A Critical Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
5. McCorquodale, Robert. „Defining the International Rule of Law: Defying Gravity“, *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(2)/2016: 277-304.
6. Morin, Jacques-Yvan. „The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept: A Comparison“, in: *Federalism-in-the-Making: Contemporary Canadian and German Constitutionalism, National and Transnational* (Edward McWhinney et al. eds.), Springer, 1992.
7. Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
8. Waldron, Jeremy. „Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?“, *European Journal of International Law*, 22(2)/2011: 315-343.
9. Аврамов, Смиља. *Међународно јавно право, Треће допуњено издање*. Београд: Савремена администрација, 1972.
10. Андраши, Јурај. *Међународно право, Треће издање*. Загреб: Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 1958.
11. Андраши, Јурај. *Међународно право, Пето издање*. Загреб: Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 1971.
12. Етински, Родољуб. *Међународно јавно право, Треће издање*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2007.
13. Мијовић, Љиљана. *Основе међународног јавног права, I дио*. Бања Лука: Комесграфика, 2019.
14. Мијовић, Љиљана. *Основе међународног јавног права, II дио*. Бања Лука: Комесграфика, 2019.
15. Микеш, Мирослав. *Владавина права и Босна и Херцеговина*. Бања Лука: Атлантик, 2008.
16. Милинковић, Игор М. *Механизми заштите владавине права на локалном нивоу са посебним освртом на Босну и Херцеговину*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2011.

17. Поповић, Витомир Г. и Вукадиновић, Радован Г. *Међународно пословно право, Општи део, Друго издање*. Бања Лука – Крагујевац: Правни факултет Бања Лука и Центар за право Европске уније Крагујевац, 2007.
18. Станивуковић, Маја. *Међународна арбитража, са одабраним прилозима*. Београд: Службени гласник, 2013.
19. Хобс, Томас. *Левијатан или Грађа облик и моћ црквене и грађанске државе*. Загреб: Наклада Јесенски и Турк, 2004.
20. Повеља Организације Уједињених нација, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>, приступљено: 24. 5. 2023.
21. U.N. Doc. A/RES/60/1 (September 16th, 2005), [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_60\\_1.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf), приступљено: 19. 5. 2023.

## LITERATURE

1. Chesterman, Simon. "An International Rule of Law?," *The American Journal of Comparative Law*, 56(2)/2008: 331-361.
2. Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1915
3. Kirchheimer, Otto. "The Rechtsstat as a Magic Wall", in: *Politics, Law and Social Change: The selected Essays of Otto Kirchheimer* (Frederic S. Burin & Kurt L. Shell eds.), Columbia University Press, New York, 1969.
4. Lefkowitz, David. *Philosophy and International Law, A Critical Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020
5. McCorquodale, Robert. "Defining the International Rule of Law: Defying Gravity", *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(2)/2016: 277-304.
6. Morin, Jacques-Yvan. "The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept: A Comparison", in: *Federalism-in-the-Making: Contemporary Canadian and German Constitutionalism, National and Transnational* (Edward McWhinney et al. eds.), Springer, 1992.
7. Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
8. Waldron, Jeremy. "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?," *European Journal of International Law*, 22(2)/2011: 315-343.
9. Avramov, Smilja. *Public International Law, Third Revised Edition*. Belgrade: Contemporary Administration, 1972.
10. Andraši, Juraj. *International Law, Third Edition*. Zagreb: Faculty of Law, University of Zagreb, 1958.
11. Andraši, Juraj. *International Law, Fifth Edition*. Zagreb: Faculty of Law, University of Zagreb, 1971.
12. Etinski, Rodoljub. *Public International Law, Third Edition*. Novi Sad: Faculty of Law, University of Novi Sad, 2007.

13. Mijović, Ljiljana. *Basics of International Public Law, Part I*. Banja Luka: Komesgrafika, 2019.
14. Mijović, Ljiljana. *Basics of International Public Law, part II*. Banja Luka: Komesgrafika, 2019.
15. Mikeš, Miroslav. *The rule of law and Bosnia and Herzegovina*. Banja Luka: Atlantic, 2008.
16. Milinković, Igor M. *Mechanisms for the protection of the rule of law at the local level with special reference to Bosnia and Herzegovina*. Banja Luka: Faculty of Law, University of Banja Luka, 2011.
17. Popović, Vitomir G. and Vukadinović, Radovan G. *International Business Law, General Part, Second Edition*. Banja Luka - Kragujevac: Faculty of Law Banja Luka and Center for European Union Law Kragujevac, 2007.
18. Stanivuković, Maja. *International Arbitration, with selected contributions*. Belgrade: Official Gazette, 2013.
19. Hobbs, Thomas. *Leviathan or Civil form and power of the ecclesiastical and civil state*. Zagreb: Naklada Jesenski i Turk, 2004.
20. Charter of the United Nations, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>, accessed: 24/05/2023.
21. U.N. Asst. A/RES/60/1 (September 16th, 2005), [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_60\\_1.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf), accessed 19.5. in 2023.



## THE INTERNATIONAL RULE OF LAW IN CRISIS

**Filip Novaković**<sup>29</sup>

*Faculty of Law, University of Banja Luka*

**Aleksej Indžić**<sup>30</sup>

*Faculty of Law, University of Banja Luka*

**Summary:** *The international rule of law is a principle according to which everyone - individuals, institutions, even states, and international organizations - must respect and obey to the law and laws of the international legal order must respect and obey law, rules, and regulations of the international legal order. The international rule of law is a (legal and) political ideal around which there was a consensus of all - both states and individuals and political and the legal profession and science. In the modern world and with the ubiquitous globalization, the (already) traditional mechanisms of legal protection lose their importance and should be addressed. The (international) rule of law faces many challenges, primarily those related to preserving the existing international legal order based on the principles established by the Charter of the United Nations Organization, and adaptation to the new social changes that have occurred in the last few years. More than ever before, international law and the international legal order are conditioned by developments in international political (and economic) relations. The aim of this paper is to present a fundamental definition of the (international) rule of law and the possibility of applying this concept at the international level, as a means of ensuring peace in international relations.*

**Keywords:** *rule of law, international law, international relations, legal rules, international legal order.*

---

<sup>29</sup> Master's student at the Faculty of Law, University of Banja Luka, e-mail: filipnovakovic.iur@gmail.com.

<sup>30</sup> Student of undergraduate studies at the Faculty of Law, University of Banja Luka, e-mail: aleksej.indzic@student.pf.unibl.org.



## (НЕ)МОГУЋНОСТИ РАСПУШТАЊА ПРЕДСТАВНИЧКИХ ОРГАНА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Милан Пилиповић<sup>1</sup>

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

**Апстракт:** Представнички орган у једној држави је онај у којем грађани бирају своје представнике на слободним и демократским изборима, тајним гласањем, на основу општег и једнаког бирачког права. У неким државама назива се парламент, у другима скупштина, а у Босни и Херцеговини се у називима представничких органа користе оба термина, али и један необичан и специфичан - Парламентарна скупштина БиХ. Босна и Херцеговина је сложена држава у којој постоји више представничких органа на различитим нивоима власти (државни, ентитетски, локални), а (не)могућност распуштања тих органа у Босни и Херцеговини представља тему овог рада. У овом раду, у првом дијелу, биће ријечи о распуштању парламента са теоријскоправног аспекта. У другом дијелу, анализом уставних и других норми приказаћемо (не)могућност распуштања представничких органа у Босни и Херцеговини и ентитетима. Осим Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, као представничког органа на нивоу државе, те ентитетских представничких органа (Народне скупштине Републике Српске и Парламента Федерације БиХ), у раду ће се анализирати и (не)могућност распуштања локалне скупштине у Републици Српској, што је први пут уведено Законом о локалној самоуправи Републике Српске из 2016. године. Циљ рада је да се прикаже која представничка тијела могу бити распуштена, под којим условима, разлозима и околностима. Аутор ће, притом, изнијети своје критичке ставове о постојећем нормативном оквиру, те понудити правце евентуалних уставних и законских промјена по том питању.

**Кључне ријечи:** распуштање, представнички орган, Парламентарна скупштина, Народна скупштина, Парламент, устав, закон

<sup>1</sup> Ванредни професор, Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци, , milan.pilipovic@pf.unibl.org

## 1. РАСПУШТАЊЕ ПРЕДСТАВНИЧКОГ ОРГАНА – ПАРЛАМЕНТА

Једно од суштинских обиљежја парламентарног система јесте постојање реципрочне политичке контроле између владе и парламента. *Ultima ratio* парламентарне контроле над владом је гласање парламента о повјерењу влади. Оставка владе, у таквој ситуацији може, али не мора, водити распуштању парламента и новим парламентарним изборима. Право распуштања парламента и расписивање нових општих парламентарних избора је најефикасније средство политичке контроле над парламентом којим располаже влада.<sup>2</sup> Легислатива и егзекутива имају своја посебна овлашћења, али функционисање система подразумева њихову повезаност и комуникацију. Евентуални сукоб обично доводи до изгласавања неповјерења влади, али и влада располаже противсредством за рјешавање спора са парламентом, а то је распуштање парламента, при чему бирачи и јавност имају улогу судије и изражавају свој став на новим изборима. Дакле, један правац утицаја егзекутиве на парламент јесте распуштање парламента о чему одлучује шеф државе, било на приједлог владе, било самостално што је најчешћи случај, чиме се обезбјеђује равнотежа власти.<sup>3</sup> Овлашћења за сазивање, одлагање или распуштање парламента одавно постоје и призната су као овлашћења извршне власти.<sup>4</sup> Тако одлуку о распуштању парламента, тј. овлашћење има један од два органа извршне власти - шеф државе или влада, при чему су могуће различите варијанте у уставним системима. Најчешћи случај јесте да одлуку о распуштању парламента доноси шеф државе на приједлог владе,<sup>5</sup> али има уставних система у којима одлука о распуштању парламента представља самостални акт шефа државе.<sup>6</sup> Наиме, компаративно посматрано, правило је да шеф државе у полупредседничком систему располаже правом дисолуције. Овдје шеф државе, сам, дискреционо, доноси одлуку о распуштању, при чему му за акт о распуштању није потребан премапотпис првог министра. У компаративној уставности се рјеђе налази рјешење по којем одлуку о распуштању парламента доноси сама влада.<sup>7</sup>

Осим распуштања парламента вољом органа извршне власти, у једном броју уставних система, парламент се распушта на основу сопствене одлуке (самораспуштање),<sup>8</sup> “прије општих избора, како би се раније завршили парламентарни послови и омогућило посланицима да се усредсреде на изборну кампању.”<sup>9</sup> Одлуку доноси сам парламент, уставом одређеном већином посланика, (било апсолутном, било квалификованом).

2 Ратко Марковић, *Уставно право*, (Београд: 2009), 193.

3 Дарко Симоновић, *Полупредседнички систем*, (Београд: Правни факултет и Службени гласник, 2008), 328.

4 Warren J. Newman, “Of Dissolution, Prorogation, and Constitutional Law, Principle and Convention: Maintaining Fundamental Distinctions during a Parliamentary Crisis”, *National Journal of Constitutional Law*, 221, [www.europarl.europa.eu/cmsdata/150492/Newman%20Article%20on%20Prorogation%20NJCL%20VOL%2027.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150492/Newman%20Article%20on%20Prorogation%20NJCL%20VOL%2027.pdf)

5 Нпр. у Републици Србији предсједник Републике може донијети одлуку о распуштању парламента, али на приједлог Владе, док у Републици Хрватској, уз приједлог Владе, неопходан је и сапотпис предсједника Владе.

6 Тако у Француској одлуку о распуштању Националне скупштине предсједник републике доноси по сопственој процјени, уз обавезу једино да се претходно консултује са предсједником Владе и предсједницима домова, али је коначна одлука у његовим рукама (Члан 12 Устава Француске)

7 То је предвиђао Устав СР Југославије (чл. 83), а данас такво рјешење предвиђа Устав Црне Горе (чл.92).

8 Такве случајеве имамо нпр. у Бугарској, Мађарској, Пољској. Шире вид: Владан Кутлешкић, *Устави бивших социјалистичких држава Европе*, (Београд: Службени лист и Факултет политичких наука, 2004), 78 – 82.

9 Alice Lilly, Joe Marshal, „Dissolution of parliament“, Institute for government, последња измјена 4. септембар 2019, [www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/dissolution-parliament](http://www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/dissolution-parliament)

У науци уставног права се „обично прави разлика између двије врсте распуштања скупштине. Једно је распуштање одлуком егzekутиве, а друго је оно до којег долази по сили устава (*ex constitutione*). Прва врста распуштања скупштине је распуштање у правом смислу, јер се ту ради о механизму за рјешавање сукоба између владе и скупштине. Друга врста подразумијева да скупштини прије времена престаје мандат усљед наступања околности које су уставом изричито предвиђене.“<sup>10</sup> У неким државама (нпр. Републици Словенији и Црној Гори) предсједник Републике, осим *ex consituiones*, нема овлаштење да распусти парламент на основу сопствене политичке (пр)оцјене парламентарне кризе.

Распуштање парламента, као дискреционо право извршне власти које може да се користи у случајевима сукоба са парламентом, постоји од настанка парламентаризма у Енглеској<sup>11</sup>. Британски писци имају сличан став о овом овлашћењу извршне власти. С. Смит и Р. Брејзер примјеђују да је моћ да се распусти и прекине рад парламента изведена из прерогатива Круне,<sup>12</sup> а професори А. Бредли и К. Јуинг се слажу да „на основу прерогатива суверен позива, одлаже и распушта парламент.“<sup>13</sup> Међутим, улога распуштања парламента не своди се искључиво на отклањање сукоба између владе и парламента. Вишевијековно искуство показује да се парламент, у датим приликама, издигне изнад устава и закона и одвоји се од интереса и воље грађана. Зато су уставом обезбјеђени механизми шефу државе да може интервенисати на разне начине, између осталог, да може распустити скупштину. Вољу и интерес грађана истиче и В. Петров наводећи да се „питање распуштања парламента поставља и кад парламент изгуби подршку бирачког тијела. Тада распуштање није одбрамбено `средство` владе у односу на парламент, јер ова два чиниоца не морају бити у сукобу. У сукобу су народ и његово представништво... ту се распуштање парламента указује као најефикасније средство да се суверени народ и његово представништво доведу у склад.“<sup>14</sup>

Одређивање распуштања парламента као битног елемента парламентарног система и инструмента за отклањање спора између извршне и законодавне власти припада класичној доктрини и схватању о мјесту и улози распуштања парламента у уставном систему, које је и данас присутно. Међутим, „последњих деценија јавила су се и друкчија схватања. Једно од најважнијих је оно које механизам распуштања ставља у друштвено-политички контекст и објашњава га примјеном тзв. функционалне теорије. ....присталице функционалистичког приступа распуштање парламента анализирају у конкретној друштвено-политичкој стварности..они посебно наглашавају улогу политичких странака у уставном систему који својим дјеловањем одређују садржину и конкретне ефекте уставних институција. Тако, и ако је могуће говорити о распуштању парламента као средству за рјешавање спорова, то без сумње нису спорови између законодавне и извршне власти него између релевантних политичких

10 Владан Петров, „Институти парламентарног права у новом уставу Републике Србије – конституисање и распуштање скупштине“ у *Правна ријеч, часопис за правни теорију и праксу*, број 10/2007, Бања Лука: 2007, 168.

11 У Енглеској, према једној од уставних конвенција насталих у току 19. вијека, влада којој је изгласано неповјерење може, умјесто да поднесе оставку, да приступи распуштању Дома комуна и расписивању општих избора. Међутим, уколико на изборима већину добије опозиција, влада одмах подноси оставку.

12 Stanley de Smith and Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 8th ed., (London: Penguin Books, 1998), 144.

13 Anthony W. Bradley and Keith D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 13th ed., (Essex: Pearson Education Ltd., 2003), 248.

14 Владан Петров, *Парламентарно право*, (Београд: Правни факултет, 2010), 170.

странака..<sup>15</sup> То нам нпр. показује уставно-политичка пракса у Словенији. Наиме, у Словенији је од 2011. године три пута долазило до распуштања парламента (2011, 2014, 2018). Са формалноправног аспекта, до распуштања је долазило, по сили устава, због неизбора владе у уставом утврђеним роковима, њене оставке, односно изгласаног неповјерења. Међутим, кад распуштање парламента ставимо у друштвено-политички контекст и када сагледамо стварне разлоге и околности које су довеле до тога, могли бисмо рећи да је само у једном случају и то у оном из 2011. у извјесној мјери до распуштања дошло због сукоба законодавне и извршне власти, јер је парламента одбио приједлоге закона о Влади и пензионој реформи. Остали случајеви парламентарне кризе су резултат (унутар)партијског сукоба, персоналних проблема и сујета лидера партија односно председника влада (пораз на изборима за шефа партије, сумња у корупцију, неприхватање одлука највиших судских инстанци..), што иде у прилог тезе да је неопходан функционалистички приступ у сагледавању института распуштања парламента.<sup>16</sup> У сагледавању и анализи института распуштања парламента, поред уставних норми, мора се имати функционалистички приступ, који подразумијева да се ова појава анализира у конкретној друштвено-политичкој стварности, да се проучава које функције је уставотворац намијенио распуштању парламента и које су конкретне посљедице примјене овог механизма у уставној стварности. Притом, посебно треба узети у обзир улогу политичких странака у уставном систему једне државе јер оне својим дјеловањем одређују садржину и конкретне ефекте уставних институција. „Уставне могућности распуштања парламента се не могу пак посматрати изоловано од међусобног утицаја политичких странака на власти и у опозицији“.<sup>17</sup>

Осим сукоба законодавне и извршне власти и рјешавање парламентарне кризе, о чему говори теорија парламентаризма, те сукоба релевантних странака, до распуштања парламента у новије вријеме долази и због још једног разлога, дијаметрално супротног од раније постојећих, а то је у циљу учвршћивања власти политичког естаблишмента који је тренутно на власти. То примјећујемо и у најближим земљама региона. Тако се, нпр. распуштање парламента у Републици Србији у посљедњих десетак година десило више пута (2014, 2016, 2022) управо из разлога учвршћивања власти, када је, на приједлог Владе, председник Републике распустио Народну скупштину. Распуштање је било из тактичких разлога. Наиме, није се постављало питање повјерења Влади, није било сукоба између Владе и Народне скупштине, већ напротив, Влада је имала стабилну већину, а имала је и подршку шефа државе. Распуштање је тражено у повољном амбијенту за Владу, у циљу добијања већег броја гласова на изборима и да се обезбиди продужетак трајања власти.

У вези са распуштањем парламента поставља се неколико правних питања: ко је носилац права распуштања парламента; из којих се разлога парламента може распустити, каква је правна природа распуштеног парламента. Овом приликом ћемо говорити о носиоцу овлашћења и разлозима за распуштање парламента, у уставним системима БиХ и ентитета.

<sup>15</sup> *Ibidem.* 171.

<sup>16</sup> Вид: Милан Пилиповић, „Улога и разлози распуштања парламента у земљама региона“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 82/2019, (2019), 219-243

<sup>17</sup> Слободан П. Орловић, Наташа Н. Рајић, „Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, (2018), 1553.

## 2. (НЕ)РАСПУШТАЊЕ ПАРЛАМЕНТА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Устав Босне и Херцеговине<sup>18</sup>, у организацији државне власти, као највише представничко тијело предвиђа Парламентарну скупштину БиХ, која је дводомна и чине је Представнички дом и Дом народа. Оваква структура произилази из сложеног државног уређења „природе политичког режима сегментираниг друштва. Њоме треба да се обезбиједи представљеност грађана и конститутивних народа а на извјестан начин и заштита ентитетских интереса, у Парламентарној скупштини БиХ. Зато је Уставом предвиђено да су домови равноправни у вршењу функција Парламентарне скупштине“.<sup>19</sup> Члан IV Устава прописује да ће Парламентарна скупштина имати два дома: Представнички дом и Дом народа. Представнички дом се састоји од 42 члана, двије трећине изабраних из Федерације Босне и Херцеговине, а једна трећина из Републике Српске. Уставом је предвиђено да се чланови Представничког дома бирају непосредно у свом ентитету. Дом народа, према члану IV тачки 1 Устава, састоји се од петнаест делегата, двије трећине из Федерације Босне и Херцеговине (пет Бошњака и пет Хрвата), а једна трећина из Републике Српске (пет Срба). Тачком 1а истог члана прописано је да бошњачке и хрватске делегате бирају бошњачки односно хрватски делегати у Дому народа Федерације Босне и Херцеговине, а делегате из Републике Српске бира Народна скупштина Републике Српске. За Дом народа се не може рећи да има карактер Горњег дома као што је то случај у федерацијама, из разлога што Дом народа није само представништво ентитета, већ и конститутивних народа (Срба, Бошњака и Хрвата), који се бирају у ентитетима. У овом случају посебно је значајно то што је присутан паритет ентитета, али и паритет народа, при чему се јасно и децидирано одређује да су у Дому народа делегати из Федерације Босне и Херцеговине Хрвати и Бошњаци, а из Републике Српске Срби, што је специфично рјешење. Стога се може рећи да „Дом народа није одраз федеративног карактера државе, већ је то додатни механизам који иде у корист интереса конститутивних народа. Основна функција Дома народа по Уставу је да, у ствари, буде дом гдје ће се користити вето на основу виталног интереса.“<sup>20</sup> Дом народа се заснива на паритету и ентитета и конститутивних народа.

За разлику од Дома народа, гдје је тачно одређено да га морају сачињавати представници народа и представници ентитета, у Представничком дому то није случај. Представнички дом има одлике општепредставничког дома свих грађана ентитета, јер се у овом дому могу појавити представници било којег народа, тј. и представници народа који не чини већину у ентитету. Међутим, Представнички дом, ипак, нема карактер општег представничког тијела као што је то доњи дом у федалним државама, јер се посланици бирају у ентитетима. Он је, у суштини, збир делегација ентитета, с обзиром на бројчани однос 2:1, „у корист“ Федерације Босне и Херцеговине.

18 Устав Босне и Херцеговине, <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vazniji-propisi/Ustav%20BiH%20-%20B.pdf>

19 Goran Marković, Maja Sahadžić, „Pravni i politički okvir djelovanja Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine“ u *Demokratske performanse parlamenata Srbije, Bosne i Hercegovine, Crne Gore*, ur. Slavša Orlović, (Beograd, Sarajevo, Podgorica, 2012), 45

20 Миле Дмичић, „Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине-нормативно и стварно“, у: *Зборник радова са научног скупа Република Српска-десет година Дејтонског мировног споразума*, (Бања Лука: Академија наука и умјетности Републике Српске, 2005), 167- 168.

Структуру парламента Босне и Херцеговине смо навели да би указали на специфичности института распуштања скупштине, као једног сегмента у односима законодавне и извршне власти у Босни и Херцеговини. Наиме, Предсједништво Босне и Херцеговине не може распустити оба дома Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине. Предсједништво, према Уставу,<sup>21</sup> може само да распусти Дом народа, али не и Представнички дом који формално представља све грађане и у чијој надлежности је избор Савјета министара, као извршног органа власти. Овакво рјешење је специфично и необично имајући у виду да у државама са дводомним парламентом шеф државе обично има овлашћење да распушта доњи дом, али, као што смо већ рекли, Представнички дом и није у потпуности општепредставничко тијело. Исто тако, Дом народа има право и на самораспуштање, док Представнички дом нема. Разлози оваквих нормативних рјешења вјероватно су жеља уставотворца „да спријечи блокаде у законодавном поступку, будући да делегати у Дому народа могу користити механизам заштите виталних националних интереса. Распуштање Дома народа је средство притиска на њега да не посеже за овим механизмом сувише често и тиме отежава, а можда и онемогућава, ефикасно вршење законодавне власти“.<sup>22</sup> С друге стране, непостојање одредбе о распуштању Представничког дома указује на жељу уставотворца да спријечи политичку нестабилност и осигура континуитет политичког система. Из ових нормативних рјешења произилази да Представнички дом има снажнији положај од Дома народа. Дакле, „положај Представничког дома и Дома народа је различито регулисан у погледу могућности распуштања „и то на начин који није близак ни распуштању у парламентарном облику подјеле власти, а ни рјешењима у полупредсједничком облику подјеле власти“.<sup>23</sup>

Принцип равнотеже између законодавне и извршне власти се не може правилно успоставити и одржати на примјеру БиХ, због механизма који вјештачки одржавају континуитет политичког система. Наиме, као што смо рекли, у развијеним демократским друштвима, кад наступи парламентарна криза, рјешење се налази у распуштању парламента и успостављања новог односа политичких снага и структура власти. Институт распуштања парламента је у многим уставним системима везан за избор владе, у смислу да може доћи до распуштања парламента ако се у одређеном року не изврши избор владе. То овлашћење припада шефу државе који је у многим земљама по сили устава дужан распустити парламент и расписати нове изборе ако се не изабере влада у одређеном року након редовно одржаних избора односно након што је влада изгубила повјерење у парламенту па је било потребно изабрати нову. На тај начин се рјешава парламентарна криза настала усљед непостојања и нестварања парламентарне већине коју би представљала влада. Међутим тог механизма у БиХ нема, јер Савјет министара (председавајућег и чланове) потврђује Представнички дом Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, док Дом народа не учествује у избору у било којој форми, а као што смо рекли, Устав не предвиђа распуштање Представничког дома. Другим ријечима, уставна могућност распуштања Дома народа нема значаја са аспекта потврђивања именована председавајућег и чланова Савјета министара, јер овај дом у томе и не учествује. Тако у случају непостојања политичког консензуса и дефинисане парламентарне

<sup>21</sup> Члан IV.3(r).

<sup>22</sup> Горан Марковић, „Правна природа система државне власти у Босни и Херцеговини“, *Правна ријеч- часопис за правни теорију и праксу*, бр. 27/2011, (2011), 193

<sup>23</sup> Радомир В. Лукић, „Дводомност Парламентарне скупштине БиХ“, *Правни живот*, бр.12/2010, том IV, (2010), 872.



(и ентитетске већине) у Представничком дому око избора предједавајућег Савјета министара и чланова,<sup>24</sup> може проћи доста времена, а да се не исти не изабере, као што је било случајева.<sup>25</sup> Не желећи да прејудуцирамо евентуалне уставне промјене, ипак нас тешкоће око конституисања институција БиХ, нарочито Савјета министара, наводе на закључак да би, у евентуалним промјенама Устава, према процедури коју сам Устав предвиђа, уз консензус два ентитета и три конститутивна народа, пажњу требало посветити и Савјету министара, као извршном органу власти. То би подразумјевало да се уставним нормама дефинишу основни принципи избора предједавајућег, односно Савјета министара у цјелини, утврде рокови, те у случају неуспјеха, предвиде одређени механизми, међу којима и распуштање Представничког дома односно Парламентарне скупштине и расписивања избора, а у циљу рјешавања парламентарне кризе.<sup>26</sup>

Устав Босне и Херцеговине не наводи случајеве и околности у којима може доћи до распуштања Дома народа. Овдје се поставља питање „који су домети уставне одредбе о праву Предсједништва да распусти Дом народа. Устав то питање не разрађује. Имајући у виду општи карактер ове уставне одредбе, могло би се закључити да то право припада Предсједништву у било ком тренутку, па и ако није сагласно са неким приједлогом закона који јесте или би могао бити изгласан у Дому народа.“<sup>27</sup> Пословник о раду Предсједништва у извјесној мјери конкретизује општу уставну норму, наводећи да „Предсједништво може распустити Дом народа Парламентарне скупштине, укључујући случајеве промјене парламентарне већине у: Народној скупштини Републике Српске; у бошњачком клубу Дома народа Парламента Федерације Босне и Херцеговине; у хрватском клубу Дома народа Парламента Федерације Босне и Херцеговине.“<sup>28</sup> Доношењу одлуке о распуштању Дома народа претходе седмодневне консултације три члана Предсједништва БиХ са предједавајућим и замјеницима предједавајућих Дома народа Парламентарне скупштине БиХ, Дома народа Федерације БиХ, Народне скупштине Републике Српске, те предсједницима посланичких клубова у НС РС и бошњачког и хрватског клуба у Дому народа Федерације БиХ. Треба истаћи да Пословник прописује да Предсједништво треба настојати да одлуку донесе консензусом, а ако се он не постигне да ипак два члана могу распустити Дом.

Дакле, распуштање Дома народа претпоставља промјену парламентарне већине у ентитетским парламентима који делегирају посланике у Дом народа, па се сходно томе, код промјене парламентарних већина у ентитетима може промијенити и страначка структура делегата у Дому народа. Међутим, промјену парламентарне већине не треба схватити као

24 О избору Савјета министара БиХ вид: Милан Пилиповић, „Избор Савјета министара БиХ и инструменти парламентарне контроле његовог рада“, *Правна ријеч - часопис за правни теорију и праксу*, бр. 22/10, 2010, 305-325.

25 Након одржаних избора октобра 2010. године, због непостојања парламентарне већине и политичке сагласности око предједавајућег и састава Савјета министара, тек након 16 мјесеци је именован Савјет министара.

26 Амандманске измјене Устава БиХ, (у јавности познат као „априлски пакет“) који су били у скупштинској процедури 2006. године, садржавале су могућност распуштања Представничког дома од стране шефа државе у случају вишеструког неуспјеха избора Савјета министара, као и могућност самораспуштања. Представнички дом Парламентарне скупштине је одбио амандамане на сједници 26.04.2006. године.

27 Горан Марковић, „Институција шефа државе у Босни и Херцеговини“, *Правна ријеч - часопис за правну теорију и праксу*, бр.10/2007, (2007), 276.

28 Члан 39 Пословника о раду Предсједништва БиХ, <http://www.predsjednistvobih.ba/nadl/default.aspx?id=53745&langTag=sr-SP-Cyrl>

једини случај у којем долази до распуштања Дома народа, већ као један од случајева, јер се Пословником, као нижим правним актом од Устава, не може ограничити уставно овлаштење Предсједништва које је општег карактера. Имајући у виду да Устав предвиђа „Дом народа се може распустити „одлуком Предсједништва или самог Дома...“, може се закључити да је Предсједништво овлашћено да распусти Дом народа, не само у случајевима промјене парламентарне већине већ и из неких других разлога. У протеклом периоду, није било случајева распуштања Дома народа, тако да нам пракса не може дати одговор и разлог распуштања, па је тешко извршити детаљнију анализу овог институционалног механизма или тумачити његову функционалност. Према Уставу, Дом народа има право на самораспуштање. Према Пословнику Дома народа, приједлог одлуке за распуштање Дома могу поднијети најмање три делегата,<sup>29</sup> а сматра се усвојеним ако га одобри већина која садржи већину делегата из најмање два од три народа. Одлука се објављује и доставља Предсједништву БиХ и Савјету министара БиХ. Треба истаћи да ни Устав ни Пословник не наводе разлоге због којих би могло доћи до самораспуштања, тако да би евентуална одлука о самораспуштању Дома народа била засновано искључиво на политичкој процјени делегата у датим околностима.<sup>30</sup>

Важно је истаћи да ни Савјет министара, као орган извршне власти, нема право распусти Парламентарну скупштину нити било који његов Дом, односно не може ни тражити од Предсједништва БиХ да распусти Дом народа. Дакле, Устав БиХ није предвидио да Савјет министара предлаже или захтијева од Предсједништва да распусти Дом народа, већ одлуку Предсједништво доноси потпуно самостално. С друге стране, Савјет министара је одговоран за провођење политике и одлука институција БиХ и мора уживати повјерење оба Дома, тј. ако му Парламентарна скупштина изгласа неповјерење, Савјет је дужан дати оставку. Дакле, из наведеног се може закључити да у Босни и Херцеговини недостаје један од основних елемената парламентаризма – право извршне власти да распусти парламент у цјелини или дом у чијој надлежности је избор, условно речено, владе. Иако има схватања, да постојање формалне одредбе којом се може распустити Представнички дом Пс БиХ, „указује на жељу твораца дејтонског устава да спријече политичку нестабилност и блокаду у раду државне власти и осигурају континуитет политичког система“<sup>31</sup> мора се, ипак, имати у виду да право извршне власти да распусти дом парламента којем је превасходно влада одговорна, представља нужан услов за осигурање равнотеже која мора постојати између законодавне и извршне власти. Наиме, у политички развијеним демократским друштвима када наступи парламентарна криза тражи се дисолуција (распуштање) парламента или парламентарна већина изгласа неповјерење актуелној влади, када долази до смјене структура власти и до успоставе нове политичке парадигме<sup>32</sup>. Иако тема и циљ овог рада није да одреди облик државне власти, о чему је тешко дати поуздан одговор, може се рећи да је у сваком случају

29 Члан 179. ст. 2 Пословника Дома народа Парламентарне скупштине БиХ, (самораспуштање Дома), [www.parlament.ba/data/dokumentii/pdf/vazniji-propisi/Neslužbeni%20precisceni%20tekst%20-%20Poslovnik%20DN%20-%20B.pdf](http://www.parlament.ba/data/dokumentii/pdf/vazniji-propisi/Neslužbeni%20precisceni%20tekst%20-%20Poslovnik%20DN%20-%20B.pdf)

30 У протеклом периоду уставности дејтонске БиХ, Дом народа ниједном није донио одлуку о самораспуштању, па нам ни пракса не може дати одговоре по том питању.

31 Nermina Saračević, „Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine“, у *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini - analiza постдејтонског политичког система*, уред: Damir Banović и Saša Gavrić (Sarajevo: University Press – Magistrat izdanja, 2011), 233 и 234.

32 Nermina Saračević, „Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine“, у *Uvod u politički sistem Bosne i Hercegovine : izabrani aspekti*, уред. Saša Gavrić, Damir Banović, Christina Krause (Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2009), 170

ријеч о некој врсти парламентарног система, пошто у постојећим уставним рјешењима и уставној пракси не налазимо битна обиљежја предсједничког и скупштинског система, али му недостаје једно од основних обиљежја парламентаризма.

Одређивање распуштања парламента као битног елемента парламентарног система и инструмента за отклањање спора између извршне и законодавне власти припада класичној доктрини и схватању о мјесту и улози распуштања парламента у уставном систему, које је и данас присутно. Функционалистички приступ распуштању парламента, као што смо раније рекли, подразумева анализирање овог института у конкретној друштвено-политичкој стварности са нагласком на улогу политичких странака у уставном систему који својим дјеловањем одређују садржину и конкретне ефекте уставних институција. Тако, и ако је могуће говорити о распуштању парламента као средству за рјешавање спорова, то без сумње нису спорови између законодавне и извршне власти него између релевантних политичких странака. Функционалистички приступ завређује пажњу јер ситуација у Босни и Херцеговини, у посљедних десетак година, чини се, управо је настајала због спорова између релевантних политичких странака, превасходно у Федерацији БиХ, који се, потом, пренесу и на ниво Босне и Херцеговине, имајући за посљедицу веома слабе ефекте уставних институција у вршењу својих надлежности. Наиме, политичка и институционална криза (које су у већој или мањој мјери присутне дуже од деценије, више је резултат сукоба појединих странака него сукоба између извршне и законодавне власти, нпр. у процесу доношења појединих закона, спровођења одређених реформи и утврђених политика.

Будући да Босну и Херцеговину чине два равноправна ентитета, на крају ћемо нешто рећи и о (не)могућностима распуштања ентитетских парламената.

### 3. РАСПУШТАЊЕ ПАРЛАМЕНТА ФЕДЕРАЦИЈЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Парламент Федерације Босне и Херцеговине је дводоман и састоји се од Представничког дома и Дома народа. Посланике Представничког дома бирају сви грађани на подручју цијеле Федерације, а делегате Дома народа делегирају кантоналне скупштине и бирају се на посредан начин. До распуштања једног или оба дома парламента Федерације може доћи због блокада у законодавном поступку. Тако, ако предсједник Владе Федерације БиХ оцијени да један дом неоправдано одуговлачи усвајање закона који је прихваћен у дугом дому, он може сазвати комисију састављену од представника оба дома који ће у року од десет дана утврдити приједлог закона прихватљив за оба дома (Члан IV А 15 Устава Федерације БиХ). Дакле, ради се о покушају отклањања блокаде, али само кад је у питању усвајање закона, а не и других аката из заједничког дјелокруга оба дома. Ако оваква интервенција не успије, а предсједник Федерације, у сагласности са потпредсједницима, оцијени да је ријеч о важном питању, може одлучити да распусти један или оба дома Парламента. У том случају се расписују пријевремени избори и тиме се одлука о спорном питању због које је дошло до блокаде, препушта бирачком тијелу одговарајућег или оба дома. Распуштање Парламента зависи од оцјене и процјене предсједника Федерације да домови Парламента нису у стању да донесу потребне законе. За доношење такве одлуке, неопходна је и сагласност потпредсједника, јер

се у овом случају ради о политичкој одлуци. Међутим, треба истаћи да устав није утврдио посебне критерије којих се мора придржавати приликом процјене да ли су домови Парламента у стању да донесу потребне законе. „Ово овлашћење није примјерено систему у којем је предсједник биран посредно, али је уставотворац њиме желио да спријечи блокаду у раду Парламента, имајући у виду сложеност законодавног поступка.“<sup>33</sup> Ако се, међутим, деси да Парламент Федерације није усвојио буџет Федерације прије буџетске године, предсједник Федерације дужан је по сили Устава распустити оба дома Парламента,<sup>34</sup> те се зато, у том случају, и не тражи сагласност његових потпредједника.

#### 4. РАСПУШТАЊЕ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Према Уставу Републике Српске, (члан 69) уставотворну и законодавну власт врши Народна скупштина и Вијеће народа. Народна скупштина Републике Српске има 83 посланика који се бирају на непосредним, општим изборима, док је избор чланова Вијећа народа посредан. Вијеће народа има осам чланова из сваког конститутивног народа и четири из реда Осталих, а бирају их одговарајући клубови посланика у Народној скупштини.

Устав Републике Српске (члан 72) утврђује да „предсједник Републике може, пошто саслуша мишљење предсједника Владе и предсједника Народне скупштине, одлучити да Народна скупштина буде распуштена,“ те да распуштањем Народне скупштине престаје и мандат Вијећа народа. Из овакве уставне формулације произилази да мишљење предсједника Владе и Народне скупштине није обавезајућег карактера за предсједника Републике те да му није потребна њихова сагласност за доношење одлуке о распуштању. Да је предсједник Републике самосталан у доношењу одлуке о распуштању парламента, види се из чињенице да Уставом није утврђено да Влада подноси приједлог за распуштање, као што је то у многим државама, већ то може бити првенствено, у датим околностима, политичка процјена, предсједника Републике. Устав Републике Српске спада у ред оних устава који не садржи одредбе којима се прецизирају случајеви и услови под којима би могло доћи до распуштања Народне скупштине. „Он то може учинити када дође до сукоба између народне скупштине и Владе о политици коју треба водити, али и онда када није задовољан политиком коју води Народна скупштина односно влада која ужива политичку подршку Народне скупштине.“<sup>35</sup> Имајући у виду уставно регулисање института распуштања Народне скупштине од стране предсједника, може се рећи да се у знатној мјери врши поремећај сразмјере у односима ова два државна органа у корист предсједника Републике. У пракси примјене Устава Републике Српске из 1992. године, запазићемо један случај распуштања Народне скупштине, у јулу 1997. године, након сукоба предсједника Републике и скупштинске већине и Владе, који су припадали различитим политичким опцијама (кохабитација).

<sup>33</sup> *Ibid.* 194.

<sup>34</sup> Члан IV А 16 Устава Федерације БиХ.

<sup>35</sup> Марковић, „Правна природа система државне власти у Босни и Херцеговини“, 194.

## 4.1. Распуштање локалног представничког органа (скупштине) у Републици Српској - недорвршен институт

Распуштање скупштине јединице локалне самоуправе, по први пут се уводи у систем локалне самоуправе у Републици Српској Законом о локалној самоуправи из 2016. године.<sup>36</sup> Народна скупштина може, на приједлог Владе да распусти скупштину из једног од сљедећих разлога:<sup>37</sup> 1) ако се не конституше скупштина у року од три мјесеца од дана потврде резултата избора од надлежног органа; 2) ако скупштина у законом одређеном року не донесе буџет јединице локалне самоуправе који је предложен на начин, у роковима и по поступку прописаним законом, 3) ако не одржи сједницу скупштине дуже од три мјесеца; 4) ако након спроведеног поступка опозива градоначелника, односно начелник општине не буде опозван. У Републици Српској, дакле, Народна скупштина је орган који је овлашћен да донесе одлуку<sup>38</sup> о распуштању локалне скупштине, што од земаља у окружењу, сусрећемо и у Словенији, док у већини других држава (укључујући и Републику Србију) је то у надлежности Владе.

Неуспјешан опозив начелника, као разлог због којег локални парламент може бити распуштен, привлачи највише пажње у стручној, а и широј јавности у Републици Српској. Наиме, прије доношења Закона о локалној самоуправи 2016. године, било покушаја опозива начелника, а исто тако и након доношења закона, при чему истичемо прва два, и то неуспјела опозива, у општини Рудо и Теслић, када се у Републици Српској по први пут и поставило питање распуштања неке локалне скупштине. Тада се показало да нормативни оквир за распуштање локалне скупштине не садржи цјеловита и прецизна правила која се односе на релевантна питања распуштања локалне скупштине, што се прије свега, односи на поступак распуштања. Исто се може рећи и за одредбе Изборног закона Републике Српске којим је прописан поступак опозива начелника општине, односно градоначелника. То може довести до тешкоћа у примјени, што се и показало на првим случајевима који су се десили у пракси након ступања на снагу новог закона. Наиме, Закон не прецизира процедуру која претходи приједлогу Владе за распуштање скупштине јединице локалне самоуправе, ако се већ десио неки од наведених случајева. То се, прије свега, односи на чињеницу да је Закон прописао да Влада предлаже Народној скупштини распуштање, али није прецизирано ко покреће иницијативу према Влади за распуштање, ако је испуњен неки од разлога? Да ли је неопходна иницијатива начелника општине, чији је опозив био неуспјешан, за распуштање парламента? Или ће Министарство, по службеној дужности, на основу властите (пр)оцјене поднијети приједлог Народној скупштини за распуштање, без постојања било какве иницијативе, односно да иста није ни била неопходна? Ова питања су дошла до изражаја у пракси након неуспјелог опозива начелника у двије општине. Након неуспјелог опозива и један и други начелник су послали иницијативу за распуштање скупштине, али је Министарство, притом, заузимало различите ставове. Наиме, Министарство у двије идентичне ситуације поступило различито, па и контрадикторно у тумачењу и примјени прописа, а примјећујемо да и прописи имају недостатака. У случају општине Рудо, начелник је доставио

<sup>36</sup> Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Српске* бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2021.

<sup>37</sup> Члан 152 Закона.

<sup>38</sup> Одлука о распуштању скупштине садржи разлоге за распуштање и објављује се у *Службеном гласнику Републике Српске*, те се доставља Централној изборној комисији БиХ ради организовања пријевремених локалних избора за одборнике у распуштеној скупштини.

иницијативу која је прихваћена у Министарству, разматрана, била на сједници Владе која је усвојила. У случају Теслића, начелник исто доставља иницијативу, међутим, Министарство у саопштењу „обавјештава јавност да начелник општине није овлаштен да покреће процедуру за распуштање Скупштине јединице локалне самоуправе.“<sup>39</sup> У случају Рудог, Министарство је тражило мишљење од Републичке изборне комисији (РИК), а у случају Теслића га није тражило, што потврђује и предсједник Републичке изборне комисије истичући да су мишљење дали само када је у питању Скупштина општине Рудо, јер га је *Министарство и тражило (истакао М.П.)*.<sup>40</sup> Једном се саопштава да је „Влада та која прикупља документацију да ли је нека процедура испоштована или није“ а други пут да „ресорно Министарство није дужно прибављати потребну документацију“. Иако тврди да није дужно прибављати документацију Министарство је тражило мишљење од РИК-а, за општину Рудо. Ко је онда овлашћен да поднесе иницијативу, односно ко је овлашћен да покреће процедуру за распуштање локалне скупштине? Ако прихватимо став Министарства да начелник није овлашћен да покрене процедуру, поставља се питање, ко јесте? С обзиром да Министарство у складу са Законом о локалној самоуправи врши надзор над радом органа јединице локалне самоуправе, могло би се закључити да, уколико наступи један од разлога за распуштање скупштине јединице локалне самоуправе, Министарство иницира, односно предлаже Влади Републике Српске покретање поступка за распуштање скупштинске јединице локалне самоуправе. Ако прихватимо такав став, намеће се питање да ли Министарство поступа *ex officio*, или је ипак, неопходна иницијатива начелника који је остао на функцији, као што је то био случај код општине Рудо? Када је Министарство дужно да то учини и у којем року? Треба истаћи и једну битну чињеницу а то је да Скупштина Рудог усвојила Извјештај комисије о спроведеном поступку за опозив, како то и предвиђа Изборни закон Републике Српске, док Скупштина у Теслићу није усвојила тај Извјештај. Ту долазимо и до мањкавости Изборног закона Републике Српске који прописује опозив начелника. Суштина је у томе да у случају да опозив не успије, односно ако грађани дају подршку начелнику или градоначелнику, скупштина општине која је покренула опозив може једноставно да не усвоји извјештај комисије коју је формирала, што се десило у Теслићу. Изборни закон садржи норму само о усвајању извјештаја у позитивном смислу, тј. у смислу „усваја се извјештај...“ те наводи сљедећи корак, који је у надлежности РИК-а. Међутим, закон не предвиђа нити даје одговор на питање: шта ако извјештај Комисије, скупштина општине не буде усвојила, без обзира да ли је референдум о опозиву начелника успио или не? То је мањкавост Изборног закона која је присутна била и до сада, а сада још више долази до изражаја јер неуспјели опозив начелника представља разлог који може довести до распуштања локалне скупштине. Дакле, опозив начелника и распуштање локалне скупштине су међусобно повезани институти. Стога су неопходне измјене оба закона с циљем да се прецизније ријешу питање опозива челних људи локалних заједница и распуштања локалних парламената у случају неуспјелог опозива, чиме би се увело више одговорности у рад одборника у локалним парламентима.

39 „Министарство управе и локалне самоуправе – Теслић - Саопштење за јавност“ <http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/muls/media/vijesti/Pages/teslic-referendum.aspx>, последња измјена 23.7.2019.

40 Министарству управе и локалне самоуправе доставили смо мишљење које су тражили и констатовали да је референдум за опозив начелника у Рудом спроведен у складу са законом. За Теслић нису тражили мишљење – рекао је за предсједник Републичке изборне комисије <http://srpskacafe.com/2019/07/vlada-srpske-nesce-raspustiti-skupstine-u-teslicu-i-rudom/>, последња измјена 22.7.2019.

У том смислу, прије свега, поставља се питање да ли је уопште потребно формирање *ad hoc* комисија за спровођење референдума о опозиву начелника општина, као и усвајање њеног извјештаја, када већ постоје Општинске изборне комисија, као стална изборна тијела, и изнад ње Републичка изборна комисија? Сматрамо да је непотребно именовање *ad hoc* комисија за спровођење референдума које формирају локалне скупштине, као што предвиђа постојећи закон, већ да тај поступак треба да спроводе општинске изборне комисије које већ постоје у општинама. Коначне резултате референдума би, као и до сада, верификовала Републичка изборна комисија, с тим што би одмах по њиховом објављивању почели да теку прецизно утврђени рокови или за избор новог начелника, ако је опозив успио, или (ако није успио), рок за покретање поступка за распуштање локалне скупштине, коју би (ако се за то одлучи) иницирао начелник општине, а поступак спровело Министарство. Одлуку о распуштању локалне скупштине би доносила Влада (или Народна скупштина) при чему би се та одлука могла оспоравати пред судом, који би о томе морао приоритетно, у кратком року, одлучивати. Притом, начелник општине може иницирати распуштање парламента.

Рећи ћемо, на крају да је у поменута два случаја, ипак дошло до прихватања иницијатива оба начелника за распуштање локалне скупштине и одлучивања Народне скупштине. Наиме, Влада Републике Српске, 28. марта 2019. прихватила иницијативу за распуштање Скупштине општине Рудо, а исто тако, 19 септембра 2019, Влада је прихватила и иницијативу за распуштање Скупштине општине Теслић. Притом, Министарство управе и локалне самоуправе је било задужено да иницијативе достави Народној скупштини Републике Српске на даље поступање. Народна скупштина, на сједници одржаној 10. децембра 2019, након обједињене скупштинске расправе, одлучивала је о приједлогу<sup>41</sup> Владе за распуштање скупштине општине Рудо и Теслић, и, притом, није усвојила приједлоге одлука о распуштању. Примјећујемо да је Народна скупштина одлучивала о приједлогу Владе за распуштање скупштине општина, тек након девет мјесеци. С обзиром да је Влада већ раније, крајем марта прихватила иницијативу начелника општине Рудо, односно Министарства за распуштање локалне скупштине, поставља се питање зашто Народна скупштина приједлог Владе није имала раније на дневном реду, односно зашто раније већ није одлучивала о томе, под условом да је Министарство односно Влада и доставила приједлог? Или, зашто се Влада огласила о (не) прихватању иницијативе за распуштање локалне скупштине у Теслићу након више мјесеци? То се могло десити из разлога што Закон о локалној самоуправи није предвидио рокове у којем би Влада требала да разматра иницијативу, односно да поднесе приједлог Народној скупштини за распуштање локалног парламента, нити предвиђа рок у којем би Народна скупштина требала о томе да одлучује. Тиме се обезврјеђује смисао овог института, односно губе његови ефекти.

Истичемо још једно од питања које је битно: да ли скупштина општине може оспоравати одлуку о њеном распуштању, пред одређеним судом? Земље у окружењу (Хрватска, Србија, Словенија...) експлицитно утврђују могућност жалбе локалне скупштине на одлуку о њеном распуштању, док је то питање остало нејасно и недефинисано код нас у Републици Српској. Законом није изричито утврђена могућност судске заштите у смислу оспоравања

---

41 Приједлозима одлука о распуштању скупштине општина Рудо и Теслић предвиђено је да Народна скупштина Републике Српске распусти ове двије скупштине зато што начелници ових општина, након спроведеног поступка опозива, нису опозвани.

одлуке о распуштању исте. Према Закону о локалној самоуправи, органи јединице локалне самоуправе могу пред надлежним судом да покрену поступак за оцјену уставности и законитости закона, прописа и других општих и појединачних аката којима се повређују права јединице локалне самоуправе.<sup>42</sup> Повреда права јединице локалне самоуправе може бити различита, било доношењем закона који није у складу са Уставом, подзаконског акта који није у складу са Уставом и законом, било доношењем појединачног акта којим се повређује право органа јединице локалне самоуправе. За оцјену уставности и законитости прописа и општих аката надлежан је Уставни суд Републике Српске, а за појединачне акте редовни суд по сједишту органа који је такав акт донио, прецизније надлежни окружни суд у управном спору.<sup>43</sup> Да ли се одлука Народне скупштине о распуштању локалне скупштине може сматрати „појединачним актом републичког органа“ која се може оспоравати у управном спору пред Окружним судом? Институт распуштања локалног парламента није непознат у упоредној пракси локалне самоуправе, поготово у земљама ближег окружења, али и у другим европским земљама. Без претензија да дамо одговоре на сва питања, примјећујемо да су у државама које познају институт распуштања локалне скупштине, прописани механизми оспоравања одлуке о распуштању, управо због заштите права јединица локалне самоуправе. У надзору законитости распуштања скупштине судјелују управни или уставни судови. Неке земље немају уставних односно управних судова па су за то задужени редовни судови.

Приликом распуштања локалне скупштине, потребно је сагледати позитивне и негативне стране овог института. Позитивна страна огледа се у томе што, на извјестан начин, подстиче и осигурава сарадњу градоначелника/начелника, са већином у представничком тијелу у периодима кохабитације. Међутим, распуштање представничког тијела повлачи за собом посљедице које су понајприје финансијске природе, јер је потребно организовати нове локалне изборе. Дакле, негативна страна је она финансијска, посебно ако је ријеч о малим општинама које имају мала средства и буџете. Осим финансијског, није занемарљив ни временски ефекат. Након проведених избора, потребно је неко вријеме да се поново конституише представничко тијело и започне с нормалним радом. Осим тога, никако не би требало занемарити политички интерес, посебно у раздобљима кохабитације.

## ЗАКЉУЧАК

Институт распуштања парламента је битан елемент парламентарног и полупредсједничког система власти. Овлашћење има један од два органа извршне власти - шеф државе или влада, при чему су могуће различите варијанте у уставним системима. Разлози распуштања парламента могу бити експлицитно наведени у уставу, или да се заснивају на политичкој процјени предсједника републике. Према Уставу Босне и Херцеговине, Предсједништво може распустити само Дом народа али не и Представнички дом у чијој надлежности је избор Савјет министара, што је специфично рјешење у односу на компаративну уставност. Уставним

<sup>42</sup> Чл. 157 Закона о локалној самоуправи

<sup>43</sup> Надлежни суд (окружни суд) може поништити оспорени акт, односно забранити даље вршење радње којом је учињена или се чини повреда гарантованих права јединице локалне самоуправе или одбити такав захтјев.



нормама би требало утврдити основне принципе избора предсједавајућег односно Савјета министара у цјелини, утврдити рокове, те у случају неуспјеха, предвидјети одређени механизми, међу којима и распуштање Представничког дома односно Парламентарне скупштине и расписивања нових избора. Устави ентитета садрже одредбе о распуштању парламената, с тим да у Федерацији БиХ може доћи до распуштања једног или оба дома парламента, док у Републици Српској, распуштањем Народне скупштине истовремено престаје мандат и Вијећу народа. Устав Босне и Херцеговине и Устав Републике Српске, за разлику од Устава ФБиХ, не садрже разлоге распуштања тако да право на дисолуцију представља самостално право Предсједништва БиХ, односно предсједника Републике Српске. Распуштање скупштине јединице локалне самоуправе у Републици Српској је законски уведена као могућност, а не као обавеза. Оно је могуће у случају ако буде испуњен један или више, законом прописаних услова за распуштање локалног парламента, што не значи да ће до тог распуштања обавезно и доћи. Народна скупштина је коначни ауторитет који одлучује о распуштању скупштине јединице локалне самоуправе ако јој Влада Републике Српске достави образложен приједлог за доношење такве одлуке. Нормативни оквир за распуштање локалне скупштине не садржи цјеловита и прецизна правила која се односе на релевантна питања распуштања локалне скупштине, што се прије свега, односи на поступак распуштања локалног парламента.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Bradley, W. Anthony, Keith D. Ewing. *Constitutional and Administrative Law*, 13th ed., Essex: Pearson Education Ltd., 2003.
2. Lilly, Alice, Joe Marshal. *Dissolution of parliament*, Institute for government 2019, [www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/dissolution-parliament](http://www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/dissolution-parliament)
3. Marković, Goran i Maja Sahadžić. „Pravni i politički okvir djelovanja Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine“, у *Demokratske performanse parlamenata Srbije, Bosne i Hercegovine, Crne Gore*, уред. Slaviša Orlović, Beograd, Sarajevo, Podgorica, 2012.
4. Newman, J. Warren J, „Of Dissolution, Prorogation, and Constitutional Law, Principle and Convention: Maintaining Fundamental Distinctions during a Parliamentary Crisis“, у *National Journal of Constitutional Law*, 221, [www.europarl.europa.eu/cmsdata/150](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150)
5. Saračević, Nermina. „Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, у *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini-analiza postdejtonskog političkog sistema*, уред. D. Banović, S. Gavrić, Sarajevo: University Press – Magistrat izdanja, 2011
6. Saračević, Nermina. „Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine“ у *Uvod u politički sistem Bosne i Hercegovine : izabrani aspekti*, уред. Saša Gavrić, Damir Banović, Christina Krause, Sarajevo: Sarajevski otvoreni centar, 2009
7. Smith, de Stanley, Rodney Brazier. *Constitutional and Administrative Law*, 8th ed., London: Penguin Books, 1998
8. Дмичић, Миле. „Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине-нормативно и стварно“, *Зборник радова са научног скупа Република Српска-десет*

- година Дејтонског мировног споразума, Академија наука и умјетности Републике Српске, (Бања Лука: 2005).
9. Кутлешкић, Владан. *Устави бивших социјалистичких држава Европе*, Београд: Службени лист и Факултет политичких наука, 2004
  10. Лукић, В. Радомир. „Двodomност Парламентарне скупштине БиХ“, *Правни живот*, бр.12/2010, том IV, Београд, 2010.
  11. Марковић, Горан. „Правна природа система државне власти у Босни и Херцеговини“, *Правна ријеч- часопис за правни теорију и праксу*, бр.27/2011, Бања Лука: 2011
  12. Марковић, Ратко. *Уставно право*. Београд: Правни факултет и Службени гласник, 2009
  13. Марковић, Горан. „Институција шефа државе у Босни и Херцеговини“, *Правна ријеч - часопис за правни теорију и праксу*, бр.10/2007, Бања Лука, 2007
  14. Орловић, П. Слободан, Наташа Н. Рајић. „Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2018, Нови Сад, 2018
  15. Петров, Владан. „Институти парламентарног права у новом уставу Републике Србије – конституисање и распуштање скупштине“, *Правна ријеч- часопис за правни теорију и праксу*, број 10/2007, Бања Лука, 2007
  16. Петров, Владан. *Парламентарно право*, Београд: Правни факултет, 2010
  17. Пилиповић, Милан. „Улога и разлози рапуштања парламента у земљама региона, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 82/201, Ниш: 2019
  18. Пилиповић, Милан. „Избор Савјета министара БиХ и инструменти парламентарне контроле његовог рада“, *Правна ријеч- часопис за правни теорију и праксу*, бр. 22/10, Бања Лука: 2010
  19. Симоновић, Дарко. *Полупредседнички систем*. Београд: Правни факултет и Службени гласник, 2008
  20. Устав Босне и Херцеговине, <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vazniji-propisi/Ustav%20BiH%20-%20B.pdf>
  21. Устав Федерације Босне и Херцеговине, <https://predstavnickidom-pfbih.gov.ba/files/Ustav%20FBiH/Ustav%20FBiH%20sa%20amandmanima%20Visokog%20predstavnika%20u%20BiH%20-%20B.pdf>
  22. Устав Републике Српске, [https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav\\_republike\\_srpske.pdf](https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf)
  23. Пословник Представничког дома Парламентарне скупштине БиХ, <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vaznijipropisi/Poslovnik%20Predstavnickog%20doma%20-%20Nes-luzbeni%20precisceni%20tekst%20-%20B.pdf>
  24. Пословник Дома народа Парламентарне скупштине БиХ, <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vaznijipropisi/150223%20Precisceni%20poslovnik%20DN%20-%20B.pdf>
  25. Пословник о раду Предсједништва БиХ, <http://www.predsjednistvobih.ba/nadl/default.aspx?id=53745&langTag=sr-SP-Cyrl>
  26. Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Српске* бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2021.

## LITERATURE

1. Bradley, W. Anthony, Keith D. Ewing. *Constitutional and Administrative Law*, 13th ed., Essex: Pearson Education Ltd., 2003.
2. Lilly, Alice, Joe Marshal. *Dissolution of parliament*, Institute for government 2019, www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/dissolution-parliament
3. Marković, Goran and Maja Sahadžić. "Legal and political framework of activities of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, in *Democratic performances of the parliaments of Serbia, Bosnia and Herzegovina, Montenegro*, edit. Slaviša Orlović, Belgrade, Sarajevo, Podgorica, 2012.
4. Newman, J. Warren J, "Of Dissolution, Prorogation, and Constitutional Law, Principle and Convention: Maintaining Fundamental Distinctions during a Parliamentary Crisis", *National Journal of Constitutional Law*, 221, www.europarl.europa.eu/cmsdata/150
5. Saračević, Nermina. "Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, in *State, politics and society in Bosnia and Herzegovina - analysis of the post-Dayton political system*, edit. Damir Banović, Saša Gavrić, Sarajevo: University Press - Magistrat izdanja, 2011
6. Saračević, Nermina. "Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina" in *Introduction to the political system of Bosnia and Herzegovina: selected aspects*, edit. Saša Gavrić, Damir Banović, Christina Krause), Sarajevo: Sarajevo Open Center, 2009
7. Smith, de Stanley, Rodney Brazier. *Constitutional and Administrative Law*, 8th ed., London: Penguin Books, 1998
8. Dmičić, Mile. "Constitutional status of Republika Srpska within Bosnia and Herzegovina - normative and actual", Proceedings from the scientific conference Republika Srpska - ten years of the Dayton Peace Agreement, Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, (Banja Luka: 2005).
9. Kutlešić, Vladan. *Constitutions of former socialist states of Europe*, Belgrade: Službeni list and Faculty of political sciences, 2004
10. Lukić, V. Radomir. "Bicameralism of the BiH Parliamentary Assembly", *Pravni život*, No. 12/2010, volume IV, Belgrade 2010
11. Marković, Goran. "The legal nature of the state government system in Bosnia and Herzegovina", *Pravna riječ*, No. 27/2011, Banja Luka, 2011
12. Marković, Ratko. *Constitutional law*. Belgrade: Faculty of Law and Službeni glasnik 2009
13. Marković, Goran. "Institution of the head of state in Bosnia and Herzegovina", *Pravna riječ*, No. 10/2007, Banja Luka: 2007
14. Orlović, P. Slobodan, Nataša N. Rajić. "Dissolution of parliament - exercising or abusing constitutional powers", *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, No. 4/2018, Novi Sad, 2018
15. Petrov, Vladan. "Institutes of parliamentary law in the new constitution of the Republic of Serbia - constitution and dissolution of the assembly", *Pravna riječ*, No. 10/2007, Banja Luka, 2007

16. Petrov, Vladan. *Parliamentary law*. Belgrade: Faculty of Law, 2010
17. Pilipović, Milan. "The role and reasons for the dissolution of the parliament in the countries of the region", *Proceedings of the Faculty of Law of the University of Niš*, No. 82/201, Niš, 2019
18. Pilipović, Milan. "Election of the Council of Ministers of BiH and instruments of parliamentary control of its work", *Pravna riječ*, No. 22/10, Banja Luka 2010
19. Simović, Darko. *Semi-presidential system*. Belgrade: Pravni fakultet i Službeni glasnik, 2008
20. Constitution of Bosnia and Herzegovina <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vaznijipropisi/Ustav%20BiH%20-%20B.pdf>
21. Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina <https://predstavnickidom-pfbih.gov.ba/files/Ustav%20FBiH/Ustav%20FBiH%20sa%20amandmanima%20Visokog%20predstavnika%20u%20BiH%20-%20B.pdf>
22. Constitution of the Republic of Srpska [https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav\\_republike\\_srpske.pdf](https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/cir/ustav_republike_srpske.pdf)
23. Rules of Procedure of the House of Representatives of the Parliamentary Assembly of BiH <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vaznijipropisi/Poslovnik%20Predstavnickog%20doma%20-%20Neslužbeni%20precisceni%20tekst%20-%20B.pdf>
24. Rules of Procedure of the House of Peoples of the Parliamentary Assembly of BiH <https://parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vaznijipropisi/150223%20Precisceni%20poslovnik%20DN%20-%20B.pdf>
25. Rules of Procedure of the BiH Presidency <http://www.predsjednistvobih.ba/nadl/default.aspx?id=53745&langTag=sr-SP-Cyrl>
26. Law on Local Self-Government, *Official Gazette of the Republic of Srpska* No. 97/2016, 36/2019 and 61/2021

## (IM)POSSIBILITY OF DISSOLUTION OF REPRESENTATIVE BODIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Milan Pilipović<sup>44</sup>

Faculty of Law, University of Banja Luka

**Abstract:** *A representative body in a state is one in which citizens elect their representatives in free and democratic elections, by secret ballot, on the basis of universal and equal suffrage. In some countries it is called parliament, in others assembly, and in Bosnia and Herzegovina both terms are used in the names of representative bodies, but also one unusual and specific one - Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina. Bosnia and Herzegovina is a complex country in which there are several representative bodies at different levels of government (state, entity, local), and the (im)possibility of dissolving those bodies in Bosnia and Herzegovina is the topic of this paper. In this paper, in the first part, we will talk about the dissolution of the parliament from a theoretical and legal aspect. In the second part, through the analysis of constitutional and other norms, we will show the (im)possibility of dissolving representative bodies in Bosnia and Herzegovina and the entities. Apart from the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, as a representative body at the state level, and entity representative bodies (National Assembly of the Republic of Srpska and Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina), the paper will also analyze the (im)possibility of dissolving the local assembly in the Republic of Srpska, which is the first time introduced by the Law on Local Self-Government of the Republic of Srpska from 2016. The aim of the work is to show which representative bodies can be dissolved, under what conditions, reasons and circumstances. At the same time, the author will present his critical views on the existing normative framework, and offer directions for possible constitutional and legal changes in this matter.*

**Keywords:** *dissolution, representative body, Parliamentary Assembly, National Assembly, Parliament, constitution, law*

---

44 Associate professor, University of Banja Luka, Faculty of Law, milan.pilipovic@pf.unibl.org



## ЛОКАЛНИ РЕФЕРЕНДУМ У КОМПАРАТИВНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ

Мијодраг Радојевић<sup>1</sup>

Институт за политичке студије, Београд

*Апстракт:* Референдум је облик непосредне демократије и остваривања суверености грађана који може да буде организован на различитим нивоима власти. У територијалним јединицама, попут општина или региона, познат је под називом – локални референдум. Предмет овог истраживања су његови теоријски и практични аспекти у упоредним правним системима, због доступних извора пре свега у европским државама, а затим и с освртом у некадашњој Југославији. За разлику од већине комунистичких земаља, локални референдум се примењивао у раздобљу југословенског социјалистичког самоуправљања, у ограниченом обиму нарочито приликом одлучивања о локалном самодоприносу. Међутим, савремена пракса, као и у већини осталих европских земаља, веома је оскудна. Локални референдум слабо је заступљен као коректив представничке демократије. Критика локалног референдума резултат је и односа према децентрализацији и уверења да је претња већински схваћеној демократији јер је подложен злоупотреби. У правним системима може да буде конституционализован, уређен посебним законом, али и нерегулисан прописима. Варијације решења у упоредном праву примењују се и у врстама локалног референдума, поступку утврђивања референдумског питања, услова за његову пуноважност, обавезности одлуке, итд.

Осим анализе прописа и праксе, истраживањем су обухваћени и релевантни међународни стандарди. Теоријска расправа о локалном референдуму подстакнута је кризом демократије, а њене присталице сматрају да је погодан инструмент за повећање учешћа грађана у вршењу локалне власти и контролу политичких одлука. Дијалог грађана и локалне власти у току референдумског процеса учвршћује и поверење у институције. Због тога, неопходно је преиспитати правну природу локалних референдума и његова обележја и, на основу резултата истраживања, дефинисати моделе правила и претпоставке за делотворније коришћење ове институције.

**Кључне речи:** директна демократија, локална самоуправа, уставни системи, референдумско питање, консултативни референдум, народна иницијатива, дигитално гласање.

<sup>1</sup> Доцент, научни сарадник Института за политичке студије, Београд. [miodrag.radojevic@slglasnik.com](mailto:miodrag.radojevic@slglasnik.com)

# 1. РЕФЕРЕНДУМ И ДИРЕКТНА ДЕМОКРАТИЈА НА ЛОКАЛНОМ НИВОУ

Идеја непосредне демократије оживљена је у савременим правним системима. Поједини аутори ову појаву проглашавају ренесансом или повратком изворној демократији, постављајући је у језгро конституционалне теорије у последњих неколико деценија. Поменути теоријски конструкт није остао без одјека на супротној страни, па је расправа указала на дубоке поделе у правној науци. Поборници директне демократије инсистирају на томе да је директна демократија одговор на стање демократије у свету и политичку кризу као нуспојаву проблема у функционисању представничког система. Међутим, њени критичари укопани су у убеђењима да, због својих инхерентних недостатака, доприноси већој штети него користи и да треба бити веома резервисан са применом њених институционалних механизма у пракси.<sup>2</sup> У сличном амбијенту, развијена је и дебата о непосредној локалној демократији.

У теоријским истраживањима приметно је и настојање да се непосредна демократије прошири изван традиционалног видика и изворног појма. Наративној дефиницији се, осим класичних институција (референдум, народна/грађанска иницијатива, зборови), придружују и механизми консултовања грађана и облици јавних расправа (делиберативна демократија). Такав дискурс нашао је своје место и у упоредном праву. Законодавци су у приличном броју земаља регулисали и делиберативне институције пружајући ширу нормативну основу за непосредну демократију и директно учешће грађана у доношењу политичких одлука.<sup>3</sup> Но, и поред тога, референдум је основни и најпопуларнији облик директне демократије упркос оспоравањима да није рационалан и делотворан инструмент.

На референдуму се грађани изјашњавају о избору између алтернативе, у складу са максимумом „узми или остави“, што је једна од његових основних мана. Такво народно гласање не уважава компромис, већ фаворизује мишљење већине. У земљама са вишенационалним становништвом и политичким мањинама сматра се да је, из овог разлога, у нескладу са концептом плуралистичке и консоцијалне демократије. Грађани се опредељују о питању о коме раније нису имали прилику да се изјасне или подробније информишу, па су у немогућности да размотре последице своје одлуке. Поменути аргумент поткрепује тезу о некомпетентности бирача да непосредно просуђују о важним политичким темама. Нарочит проблем

2 Објављене су бројне студије и научни радови о овој теми. За теоријски оквир и различите концепције о референдуму и локалној демократији користили смо следећа одабрана дела из ове области: Altman, David. *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011; Beramendi, Virginia et al.. *Direct Democracy – The International IDEA Handbook*, Stockholm, IDEA, 2007, <https://www.eods.eu/library/IDEA.Direct-DemocracyEN.pdf>, приступљено: 25. април 2023; Linder, Wolf. *Swiss Democracy – Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, New York: Palgrave Macmillan, 2010<sup>3</sup>; Marczevska-Rytko, Maria (ed.). *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*, Berlin – Toronto: Barbara Budrich Publishers, 2018; Matsusaka, G. John. *Let the People Rule – How Direct Democracy can meet the Populist challenge*, Princeton: Princeton University Press, 2020; Morel, Laurence. „Referendum“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, Oxford: Oxford University Press, 2012, 501–528; Setälä, Maija. *Referendums and Democratic Government – Normative Theory and the Analysis of Institutions*, London: Palgrave Macmillan, 2016; Tierney, Stephen. *Constitutional Referendums – The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford: Oxford University Press, 2012; Schiller, Theo (ed.), *Local Direct Democracy in Europe*. Wiesbaden: Springer, 2011; Qvortrup, Matt. *Referendums Around the World* (ed.), Palgrave Macmillan, London, 2018. Mendelsohn, Matthew, Parkin, Andrey (ed.), *Referendum Democracy Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*, London: Palgrave Macmillan, 2001.

3 У Француској и Италији, то су и савети за младе и друга слична тела.



представља чињеница да легитиман референдум подразумева гарантовање низа процедуралних претпоставки, у складу са начелима уставности и законитости и поштовања људских права. Политичке заједнице са високим степеном владавине права, демократских стандарда и развијеном правном и политичком културом су станиште на коме најбоље успева. У супротном, он се преображава у оруђе популиста, који у њему и налазе „најисправнији облик демократије“.<sup>4</sup>

Референдум може да буде организован у границама државе (државни или национални референдум) и на ужем подручју (локални референдум). Локални референдум, по правилу, расписује надлежно представничко тело о питањима из свог самоуправног делокруга. У зависности од степена територијално-политичке децентрализације власти, референдуми се одржавају у јединицама локалне самоуправе, односно у сложеним државама – у федералним јединицама или у јединицама територијалне-политичке децентрализације (региони или покрајине). Сличност између поменутих облика референдума је у процедуралним правилима, а разлике нису само у простору на коме се одвија народно гласање, већ и о карактеру питања које је предмет изјашњавања грађана. Локални референдум, учесталије практикован од последње деценије прошлог века,<sup>5</sup> односи се на проблеме јавне политике од мањег политичког и друштвеног значаја.

Локални референдум је један од облика или начина непосредног учешћа грађана у управљању јавним пословима на локалном нивоу. Сврха овог механизма је повећање учешћа грађана у доношењу одлука у локалним заједницама, односно изјашњавања о питањима од значаја за њихов свакодневни живот. Због тога, локални референдум доприноси делотворнијој сарадњи грађана и локалних власти, контроли носилаца политичке власти и снажењу поверења у институције. Током референдумске кампање информације о начину функционисања локалних органа власти и локалним проблемима повећавају обавештеност јавности. Грађанима се пружа и прилика да у јавној дебати и дијалогу утичу на процес доношења политичких одлука у договору са својим представницима.<sup>6</sup> Широка палета улога је покриће да се локални референдум дефинише и као коректив локалне представничке демократије.

Локални референдум познаје већину правних система, али са варијацијама правила за његову примену.<sup>7</sup> Иако се појављује од друге половине 19. века, локални референдум се у упоредном праву масовније примењује од последње деценије прошлог века. Феномен ове популарности је за неке енигма, док је други објашњавају успоном демократије и ренесансом институција непосредне демократије након престанка хладног рата. Примећено је и да се пракса непосредне демократије на националном нивоу, на пример у Швајцарској, подудара са повећаном стопом референдума у локалним заједницама. Због тога закључује да је развита

4 Уп.: Поповић, Драгољуб. *Савремене демократије под налетом популизма*. Београд: Досије студио, 2023.

5 Schiller, Theo. „Local Direct Democracy in Europe – a comparative overview.“ In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo. Wiesbaden: Springer, 2011, 12.

6 Добро решење је да гласању претходе скупштине грађана (зборови) на којима се у расправи размењују мишљења и аргументи с циљем да се ублаже разлике о спорној теми.

7 У мањем броју земаља, локални референдум је регулисан највишим правним актом. У Норвешкој и Данској они су изузетно дозвољени, само на основу посебних закона или у ад хок случајевима. Такође, у балтичким земље, изузев у Естонији, институције директне демократије на локалном нивоу немају одговарајућу правну основу и не постоји интересовање за њихово коришћење (вид. Schiller, Theo. *Ibidem*; види детаљније: The Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 459(2021), Holding referendums at local level, 17, <https://rm.coe.int/rec-459-2021-en-local-referendums-monitoring-committee-rapporteur-vlad/1680a2dfe4>, посећено: 3. 10. 2023).

ове институције у корелацији са децентрализацијом и демократизацијом локалне самоуправе. На локални референдум утичу и друге детерминанте, као што је реформа локалне управе.<sup>8</sup> С друге стране, проблеми и дилеме у спровођењу националних референдума подударају се са тешкоћама у одржавању локалних референдума. Ипак, на основу релевантних емпиријских материјала закључује се да се директно изјашњавање грађана на локалном нивоу све чешће користи, нарочито у европским земљама.

## 2. ЛОКАЛНИ РЕФЕРЕНДУМ

### 2.1. Појам и развитак локалних референдума у савременим демократијама

Премда рана повест локалних референдума настаје у другој половини 19. века, када се наводе први случајеви у Сједињеним Америчким Државама,<sup>9</sup> Швајцарској и Француској,<sup>10</sup> ова институција је заживела у већем броју правних система након Другог светског рата. Према истраживањима, пракса локалних референдума је најзаступљенија у чланицама Савета Европе.<sup>11</sup> Демократизација и децентрализација су кључни чиниоци овог процеса. Развиту локалног референдума допринеле су и друге околности. Држава благостања је створила социјалну климу у којој се повећава број услуга за грађане које се обављају на локалном нивоу. Јавне политике у локалним заједницама предмет су захтева грађана да у њима активније учествују. У другим земљама, поверење у локални референдум настаје другим поводом, са политичким и идеолошким променама. У Француској од 1971. године,<sup>12</sup> а у

<sup>8</sup> The Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 459(2021), Holding referendums at local level, 6.

<sup>9</sup> 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](https://www.democracy.uci.edu/files/docs/conferences/grad/Boyd_Referenda%20around%20the%20World.pdf), приступљено: 13. 10. 2023, 10–11.

<sup>10</sup> У Француској је од 1880. до 1907. године одржано око тридесет локалних референдума, а затим од 1907. до 1959. године само један. Од 1971. до 1992. године одржана су 202 локална референдума (Guérard, Stéphane. „Local referendums in France: a disappointing experience“. In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, Wiesbaden: Springer, 2011, 229–230). У Италији је општински референдум уведен законом 1903. године, а од тада до почетка Првог светског рата било је десетине обавезних референдума у општинама и градовима. Након Другог светског рата, општински и регионални референдуми прописани су чл. 123, 132–133. Устава из 1948. године. Међутим, референдумско искуство у регионима је било „ирелеватно, ако не и непостојеће“, јер се углавном односило на неколико покушаја његовог одржавања. Слично је и са општинским референдумима, који наилазе на проблем апстиненције бирача на гласању. Међутим, у савременом периоду карактеристично је да се ова институција учесталије користи у регионима и општинама (Uleri, Vincenzo Pier. „The institutionalisation of the referendum in the Italian political system: from the national to regional and local levels“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, Wiesbaden: Springer, 2011, 76–78, 85, 92–93, 95).

<sup>11</sup> Упор: The Congress of Local and Regional Authorities, Holding referendums at local level, Report CG(2021)40–41, 18 May 2021, <https://rm.coe.int/holding-referendums-at-local-level-monitoring-committee-rapporteur-vla/1680a287be>, посечено: 3. 10. 2023.

<sup>12</sup> Локални референдуми су уведени као факултативне институције, и то само приликом одлучивања о спајању општина. Опширније: Guérard, Stéphane. „Local referendums in France: a disappointing experience“, 230.

Великој Британији са доласком лабуриста на власт, посвећена је већа пажња овом институту.<sup>13</sup> Претходно се локални референдум користио у парохијама, али не и у већим јединицама локалне самоуправе и територијално-политичке организације власти.<sup>14</sup>

У последњој деценији прошлог века, процес транзиције у посткомунистичким земљама означава повратак традиционалним институцијама грађанског либералног друштва, између осталог, непосредној демократији и институцији референдума.<sup>15</sup> У овим земљама, међутим, ова институција није потпуно непозната, као на пример у некадашњој социјалистичкој Југославији и Пољској, а у другима бива установљена непосредно након пада Берлинског зида, као на пример у Источној Немачкој (Демократској Републици Немачкој).<sup>16</sup> Локални референдум је последица и реформе у локалној организацији власти и управи. Успостављање директно изабраног градоначелника подразумевало је и примену механизма његове одговорности – опозива непосредним референдумским изјашњавањем грађана (нпр. у Чешкој)<sup>17</sup>. Из поменутих разлога, слажемо се са тврдњом да се развитак референдума у локалним заједницама заснивао на „три квалитативне“ компоненте локалне демократије – административној, представничкој и партиципативној.<sup>18</sup>

## 2.2. Обележја локалних референдума у упоредном праву

Локални референдум је облик непосредне (директне или полунепосредне) демократије у јединицама локалне самоуправе (општинама) или у мањим локалним заједницама, деловима основних јединица локалне самоуправе. Ако је у правном систему сложена структура локалне самоуправе и територијално-политичке децентрализације, по правилу су референдуми регулисани на више нивоа. Због тога се може говорити о ужем и ширем схватању

13 До тада, локални референдуми су се ретко користили, а „експерименти“ са овом институцијом се дешавају од средине 90-их година прошлог века. Директно гласање о питањима на локалном нивоу је посматрано као једно од средстава за повећање ефикасности контроле власти (Stoker, Gerry. „Redefining Local Democracy.“ In *Local Democracy and Local Government*. eds. Lawrence Pratchett and David Wilson, London: Macmillan Press LTD, 1996, 197–198).

14 Schiller, Theo. „Local Direct Democracy in Europe – a comparative overview“, 16; Laviniu, Florin Uşvat. „Local Referendum – mechanism of the participative Democracy“, *European Journal of Social Sciences* 11(2)/2017, 207.

15 Радојевић, Мијодраг. „О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости, у: *Право између идеала и стварности*, ур. Душко Челић, Страхиња Миљковић, Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2023, 93; Видети и опширнији преглед у: Marczevska-Rytko, Maria (ed.). *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*, Berlin – Toronto: Barbara Budrich Publishers, 2018; Wollmann, Hellmut, Baldersheim, Harald, John, Peter (eds.), *Local Democracy in Post-Communist Europe*, Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2003.

16 У Источној Немачкој је донета Повеља општина средином маја 1990. године, са намером поновног увођења локалне самоуправе и институција непосредне демократије (локалног референдума). У Савезној Републици Немачкој, у већини покрајина или савезних држава, механизми директне демократије су успостављени у последњој деценији прошлог века, са изузетком Баден-Виртемберга у којима постоје од 1956. године. Опширније: Wollmann Hellmut, „Rebuilding local democracy and administration in East Germany - a 'special case' of post-communist transformation?“, *Local Democracy in Post-Communist Europe*, Hellmut Wollmann, Harald Baldersheim, Peter John (eds.), Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2003, 36–38.

17 Wollmann Hellmut. „Rebuilding local democracy and administration in East Germany - a 'special case' of post-communist transformation?“, 19.

18 Laviniu, Florin Uşvat. „Local Referendum – mechanism of the participative Democracy“. *European Journal of Social Sciences* 11(2), 2017, 507.

локалног референдума. На пример, у Шпанији, референдум је дозвољен у покрајинама, али не и без одобрења владе о статусу покрајине.<sup>19</sup> У Швајцарској, референдуми се одржавају у кантонима и општинама (Kantonreferendum und Gemeindereferendum),<sup>20</sup> у Италији у регионима и општинама, у Сједињеним Америчким Државама у округима. С друге стране, у Србији се референдум може одржати у јединицама локалне самоуправе, на подручју месне заједнице или више месних заједница и у аутономним покрајинама.<sup>21</sup> Подела на националне, локалне и регионалне референдуме није без значаја, јер за различите категорије локалних референдума могу да важе посебни прописи и правила.<sup>22</sup>

У упоредном праву, шаролике су варијације у нормативном регулисању ове институције. Пре свега, слојевита је правна основа за успостављање локалних референдума. У неким земљама, ова институција је конституционализована, на пример у Бугарској, Француској, Италији, Мађарској, Пољској, Португалији, Русији, Румунији, Словачкој и Србији. Правила о локалном референдуму регулисана су и законима и подзаконским прописима (статутима локалних заједница). За локални референдум се доноси и специјални закон (Албанија, Бугарска, Чешка,<sup>23</sup> Румунија, Португалија), предвиђа се сходна примена закона којима се уређују институције директне демократије на државном нивоу (Србија, Хрватска),<sup>24</sup> а претежно се регулише основним прописом о локалној самоуправи. У државама са децентрализованом структуром власти, тежиште нормативног уређења је у надлежности федералних јединица или јединица територијално-политичке аутономије (нпр. покрајина у Немачкој, кантона у Швајцарској, ентитета Република Српска у Босни и Херцеговини). Није необично и да законска материја буде расута у више правних извора, у прописима којима се уређује област локалне самоуправе, посебних закона о референдуму и народној иницијативи и територијалној организацији власти.<sup>25</sup>

19 Шпанска влада није признала резултате референдума у Каталонији 2017. године, а Устав ове земље не дозвољава одржање референдума о независности покрајина. Уставни суд је 2010. године донео одлуку којом је поништио одлуку покрајинске владе о одржавању референдума.

20 Извори података за општинске и кантоналне референдуме налазе се на службеној веб-страни: <https://www.ch.ch/de/politisches-system/politische-rechte/referendum#kantonsreferendum-und-gemeindereferendum>, приступљено: 12. 9. 2023.

21 Радојевић, Мијодрaг. „Локална демократија и облици директног учешћа грађана у власти (пример – Србија)“ у *Српска политичка мисао* vol. 81, 3/2023 (2023), 128.

22 Венецијанска комисија је препоручила да се њене смернице о националним референдумима прилагоде локалним и регионалним референдумима у складу са националним уставним традицијама (European Commission for Democracy through Law [Venice Commission], *Revised Code of Good Practice on Referendum*, CDL-AD(2022)015, Strasbourg 20. June 2022, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)031-e), приступљено: 14. 9. 2023). У Чешкој је регионални референдум установљен 2011. године, а иста правила важе за пуноважност и правну обавезност као и за локални референдум. Уп.: Jüptner, Petr, Valušová, Pavla, Kruntorádová, Iлона. „Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I“, *Viešoji politika ir administravimas (Public policy and Administration)*, Vol. 13, No 4, 2014, 649.

23 Чешка је донела посебан закон 2004. године, како би „кодиковала“ материју која је до тада била расута у бројним прописима. Важније је било то што су овим законом уклоњена ограничења и омогућено функционисање локалног референдума. Уређена је и институција припремног одбора за одржавање референдума (Jüptner, Petr, Valušová, Pavla, Kruntorádová, Iлона. „Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I“, 653).

24 У Црној Гори је већина правила везаних за одржавање локалних референдума уређена статутима општина, као и у Републици Српској, Федерацији Босни и Херцеговини, као и Републици Северној Македонији.

25 Вид: C.1.53. The Congress of Local and Regional Authorities, Holding referendums at local level, Report CG(2021)40-41, 18 May 2021, <https://rm.coe.int/holding-referendums-at-local-level-monitoring-committee-rapporteur-vla/1680a287be>,

Предмет локалног референдума је разноврстан. Тема је углавном из делокруга локалне самоуправе, од интереса за живот грађана у локалним срединама – промене у статусу или територији локалне заједнице (спајање и удруживање са другим јединицама локалне самоуправе) и урбанистичко планирање,<sup>26</sup> одобрење или поништење (аброгација) локалних прописа, увођење локалних такси и пореза, одлучивање о спровођењу мера везаних за заштиту животне средине, уређивање саобраћајне инфраструктуре, решавање комуналних проблема итд.<sup>27</sup> Нови порези на локалном нивоу за финансирање различитих трошкова за пројекте јавних политика дуго су били претежни предмет локалног референдума, а недавно су средишња тема – екологија. У социјалистичкој Југославији, најпознатији облик локалног референдума је самодопринос, као облик удруживања средстава за задовољавање заједничких потреба грађана.<sup>28</sup>

За локални референдум је важан распон питања о којима се гласа, јер предмет непосредног изјашњавања грађана може да буде ограничен. Забране могу да буду прописане и законом, па тако у Словенији бирачи на локалном нивоу не могу директно да одлучују о локалном буџету, порезима и питањима која би могла да буду неуставна.<sup>29</sup> Друга ограничења се тичу карактера начина расписивања и врсте одлуке која се доноси. Локални референдум може да буде обавезујући или факултативан. Први облик се ретко среће у пракси, јер то значи да локална самоуправа неко питање мора да стави на гласање. Најчешће је овај вид референдума уређен законом, на пример ако се ради о промени границе и статуса јединица локалних самоуправа.<sup>30</sup> Међутим, локални референдум може да буде и саветодавног карактера. Локална власт може да затражи мишљење грађана о било ком пројекту или питању јавне политике у оквиру своје надлежности, а став грађана има консултативни карактер, па коначну одлуку доноси локално или централно представничко тело. У поступку спровођења локалног референдума битно је и коме припада овлашћење да покрене иницијативу и донесе одлуку о његовом одржавању.

---

приступљено: 3. 10. 2023.

26 Према Европској повељи о локалној самоуправи, промена граница локалне самоуправе не би требало да се врши без претходне консултације са локалним заједницама (чл. 5). У Републици Српској постоји консултативни референдум, који се истовремено одржава у две или више суседних општина. На овом референдуму, оне одлучују о покретању поступка о додели статуса града (чл. 16. Закона о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2019).

27 Један од последњих локалних референдума у Хрватској спроведен је у Пули крајем октобра 2022. године, а титоа се забране изградње хотела због угрожавања животне средине. Иако се већина, скоро 90% грађана, која је гласала успротивила изградњи хотела у зеленој зони града, референдум није успео. Према важећим прописима у Хрватској, за пуноважност је било неопходно да на биралишта изађе више од половина од регистрованих бирача (уписаних у бирачки списак) у општини у којој се гласа.

28 Самодопринос се расписује у месним заједницама (вид.: чл. 155. Закона о локалној самоуправи, *Службени лист Црне Горе*, бр. 2/2018, 34/19, 38/2020; чл. 117. Закона о локалној самоуправи, *Службени лист Републике Српске*, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2019; чл. 31. Закона о принципима локалне самоуправе у Федерацији Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 49/06 і 51/09; чл. 75. Закона о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 129/07, 83/14 – др. закон, 101/16 – др. закон, 47/18, 111/21 – др. закон).

29 Nežmah Bernard, „Direct democracy in Slovenia – poor practice at the local level“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, Wiesbaden: Springer, 2011, 246. Ово решење се користи и у већини немачких покрајина (Schiller, Theo. „Local direct democracy in Germany – varieties in a federal State“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, Wiesbaden: Springer, 2011, 57).

30 Види чл. 5. Европске повеље о локалној самоуправи.

Референдум на локалном нивоу могу да иницирају грађани (локална народна/грађанска иницијатива) и/ли локална власт. У неким правним системима бирачима није дозвољено расписивање локалног референдума на иницијативу грађана, док се у другима разликују услови за његову пуноважност, најчешће број потписа у процентима становника/бирача у локалној заједници или у одређеном броју грађана. На пример, за грађанску/народну иницијативу за расписивање референдума је потребно од 5% до 30% од броја бирача или пунолетних становника на одређеној територији.<sup>31</sup> Право да покрене референдум може да припада и локалним органима власти. Такво овлашћење поверава се представницима у локалној скупштини, градоначелнику, начелнику управе или локалном већу. У Црној Гори, локални референдум предлажу председник општине (градоначелник), најмање трећина од укупног броја одборника у локалном парламенту или најмање 5% од укупног броја регистрованих бирача.<sup>32</sup> Слично решење постоји и у Хрватској, с тим да право на расписивање референдума имају и мање територијалне заједнице у општини, граду и престоници.<sup>33</sup> Препорука Савета Европе је да број предлагача на захтев бирачког тела буде прецизно утврђен и не превисок, а да је временски рок за прикупљање потписа јасно прецизиран. Свакако да је потребно водити рачуна о томе да услови за пуноважност и обавезност референдума утичу на праксу.<sup>34</sup>

У Швајцарској се примењује институт под називом пуна грађанска иницијатива. Ако локално представничко тело не прихвати иницијативу грађана, она се упућује на народно гласање. Слично решење важи и у Црној Гори. Општински референдум се расписује о питањима

31 На пример: један проценат од регистрованих бирача у Естонији; 5% – у Финској, Словенији, Русији, Јерменији, Црној Гори; на Малти и у Србији; 20% – у Француској, Северној Македонији и Хрватској; односно 30% у Чешкој. У Француској је тек 1995. године грађанима дозвољено да народном иницијативом затраже одржавање референдума. У Србији, референдум расписује скупштина јединице локалне самоуправе о питањима из своје надлежности (Устав, чл. 191, ст. 2), али је у обавези и да распише референдум на предлог најмање 10% бирача од укупног броја бирача са пребивалиштем у јединици локалне самоуправе (чл. 15, ст. 3. Закона о референдуму и народној иницијативи). Необично решење о покретању иницијативе за расписивање референдума било је прописано у Републици Српској, са одређивањем доњег и горњег прага бирача (Trlin, Davor. „Problem referenduma u BiH“, *Sveske za javno pravo*, број 6, децембар 2011, 59). За разлику од предлога за расписивање општинског референдума који може да поднесе најмање 10% бирача уписаних у бирачки списак општине, односно града или 3.000 бирача ако је у бирачки списак општине односно града уписано више од 30.000 бирача према Закону о референдуму и грађанској иницијативи, у складу са ранијом одредбом Закона о локалној самоуправи било је неопходно да иницијативу подржи не мање од 5% или 500 бирача, ни више од 7% или 700 бирача од укупног броја бирача. У складу са чл. 111. Закона о локалној самоуправи, прописано је да се статутом јединице локалне самоуправе одређује број потписа грађана који је потребан за грађанску иницијативу, с тим да тај број не може да буде мањи од 5% бирача уписаних у бирачки списак.

32 Услови и начин спровођења референдума у Црној Гори су уређени статутима јединица локалне самоуправе (види нпр. чл. 153. Statuta glavnog grada (Podgorice), доступно на веб-страни: <https://skupstina.podgorica.me/opsti-akti-skupstine/>, посећено 15. 9. 2023.

33 Месни одбори, градске четврти и градски котари на подручју општине, града и града Загреб (чл. 24а ст. 1. Закон о локалној и подручној (regionalnoj) самоуправи, *Narodne novine*, 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17, 98/19, 144/20.

34 Упоредити стање у Чешкој, Пољској и Мађарској, са објашњењем у Словачкој. Неспровођење локалног референдума је последица високог кворума за покретање поступка, услова за пуноважност и (не)обавезујуће природе резултата у Словачкој (Вид.: Alman, Tomáš. „Local referendum and assembly of municipality inhabitants in the Slovak Republic“, *Central European Papers*, 2, 60–61, <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=823738>, приступљено: 12. 8. 2023). Чешка је више пута мењала границу за важење референдума (Jüptner, Petr, Valušová, Pavla, Krontorádová, Ilona. „Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I“, 653).

покрнутим грађанском иницијативом, а које није прихватила скупштина општине.<sup>35</sup> Друга спорна ситуација се тиче случаја ако надлежно тело игнорише иницијативу о расписивању референдума – односно, ако локални парламент не жели да одлучује о иницијативи о референдуму. Једна од могућности је да се распусти представничко тело и одрже нови локални избори (Хрватска, Чешка).

Одлуку о одржавању локалног референдума доноси локална власт. Изузетно, централна власт претходно одобрава или накнадно потврђује одлуку о расписивању референдума. По правилу, одлука је у надлежности локалног парламента (већа) или других локалних органа власти (градоначелника у Италији). У Шпанији, локални референдум се расписује на захтев градоначелника уз сагласност већине општинског већа, али се прибавља и одобрење централне власти.<sup>36</sup> О референдуму о промени граница јединица локалне самоуправе такође постоје различита решења у упоредном праву. У складу са Европском повељом о локалној самоуправи о начелу заштите граница локалне самоуправе, одлуци о оснивању, укидању и промени територије јединице локалне самоуправе обавезно претходи референдум. Ова врста референдума је у Србији саветодавног типа (чл. 188. ст. 3. Устава Републике Србије),<sup>37</sup> покреће се на иницијативу грађана и скупштине општине, а расписује га републички парламент под условом да је Влада оценила да је иницијатива законита и оправдана. Референдум се може одржати на територији једне или више јединица локалне самоуправе.<sup>38</sup>

Дејство одлуке и тип референдума зависе и од теме или питања о коме се одлучује. Са становишта дејства, одлука може да буде обавезујућа, саветодавна и аброгативна. Аброгативним референдумом се укида одлука или пропис представничког локалног тела (Италија). У Румунији, локални референдуми су углавном саветодавног карактера, изузев ако се ради о опозиву градоначелника или распуштању регионалног већа.<sup>39</sup> Институт непосредног изјашњавања о опозиву локалних функционера се може применити не само на директно изабране носиоце извршне функције, већ и на чланове локалног већа или директоре комуналних

35 Вид. čl. 160. st. 4. Zakona o lokalnoj samoupravi, *Službeni list CG*, br. 2/2018, 34/19, 38/20. Овај институт је укинут у Србији, након доношења новог закона о локалној самоуправи 2007. године.

36 Један од демократских стандарда који се све више примењује у правним системима тиче се јасноће и прецизности референдумског питања, али и надлежности да о његовој исправности са формалноправне стране одлучује непристрасни орган. То може да буде орган који се стара о заштити уставности и законитости (уставни суд), административни орган или орган локалне власти. У Хрватској, о исправности предлога за расписивање референдума који су предложили бирачи у јединици локалне самоуправе одлучује тело државне управе надлежно за локалну и подручну (регионалну) самоуправу (чл. 24а, ст. 3. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi).

37 Милосављевић, Богољуб, Јеринић Јелена, *Коментар Закона о локалној самоуправи*, Београд: Службени гласник, 2020, 121–122.

38 Види: чл. 118. ст. 3. Устава Републике Србије и чл. 16. Закона о локалној самоуправи (*Службени гласник РС*, бр. 129/07, 83/14 – др. закон, 101/16 – др. закон, 47/18, 111/21 – др. закон). Слично решење постоји у Хрватској, јер Влада може расписати саветодавни референдум за територију једне или више јединица локалне самоуправе (чл. 57. Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi).

39 Laviniu, Florin Ușvat. „Local Referendum – mechanism of the participative Democracy“, *European Journal of Social Sciences* 11(2)/2017, 211.

установа.<sup>40</sup> Овај институт није увек најрационалнији алат у функционисању локалне демократије, јер често може довести и до нестабилности локалне власти.<sup>41</sup>

На бројна питања у вези са одржавањем референдума, од начина постављања или утврђивања референдумског питања, права гласа на локалном референдуму, одржавању кампање, дозвољености (контроле уставности и законитости) референдумског питања, већине потребне за пуноважност одлуке, предвиђена је и сходна примена правила која важе и за референдум на националном нивоу.

### 2.3. Значај локалних референдума у савременим демократијама

Стварни домети и значај локалних референдума у савременим правним системима не могу се објективно сагледати, пре свега због недостатка релевантних извора. Само у појединим земљама (Швајцарска и Немачка) постоји регистар података о одржаним референдумима на основу којих се може утврдити статистика и формирати поузданији закључци о њиховој улози и значају.<sup>42</sup> Стога је разумљиво да изостанак овог критеријума прате опречна тумачења. Премиса у даљем истраживању развитка ове институције је да се недовољно користи, није глобално препозната као механизам контроле власти и средство у политичкој борби и демократизацији,<sup>43</sup> али је примећен тренд да се, нарочито у појединим регионима, нормативно институционализује и да расте његова примена.

У циљу подстицања демократије и унапређења праксе локалних референдума донето је више докумената регионалног карактера, особито у Европи, у последње три деценије. У Савету Европе, са намером јачања локалне самоуправе и непосредне демократије, усвојено је више прописа, препорука и смерница. Основни документ је Европска повеља о локалној самоуправи која дефинише место локалног референдума у систему локалне демократије (чл. 3.2.).<sup>44</sup> Даљи корак је усвајање Резолуције о локалним референдумима (1993) и Препоруке о референдумима и народној иницијативи на локалном нивоу (1996). Својом препоруком из 2001. године Комитет министара Савета Европе је позвао државе чланице да створе услове за увођење локалних референдума. Уследила је и нова препорука Парламентарне скупштине Савета Европе из 2005. године која ће упутити на „добру праксу“, односно на смернице за

40 Најчешће је референдум о опозиву на локалном нивоу повезан са директним избором градоначелника. У Србији је ова врста референдума постојала од 2002. до 2007. године, у периоду функционисања институције непосредно изабраног градоначелника. Опширније за Хрватску: Копрић, Иван, Мирко Кларић. „New Developments in Local Democracy in Croatia“, *Croatian and comparative public administration*, 15 (2)/2015, 394. У Хрватској се могу разрешити на овај начин општински начелник, градоначелник, жупан, заменик градоначелника и жупана. Предлог за расписивање референдума за опозив могу да предложе бирачи и чланови представничког тела. Вид.: чл. 40б. и 40с Закона о локалној и подручној (regionalnoj) самоуправи. У Босни и Херцеговини, у оба ентитета, најчешћи облик локалног референдума је опозив општинских начелника.

41 Радојевић, Мијодраг. „Локална демократија и облици директног учешћа грађана у власти (пример – Србија)“, 128–129.

42 Чешка такође има регистар, али је он „нетачан и застарео“ (Trabucco, Fabio Ratto. „The evolution of national referendum tools in Czech Republic and Slovakia's comparative case“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, № 2, Octubre 2020, 637).

43 Altman, David. *Direct Democracy Worldwide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 197.

44 Конгрес локалних и регионалних власти Савета Европе, Европска повеља о локалној самоуправи, <https://rm.coe.int/european-charter-of-local-self-government-ser-a6/16808d7afc>, приступљено: 16. 9. 2023.



коришћење локалних референдума. У оквиру својих експертских тела (Венецијанске комисије), Савет Европе је сагледавши негативна искуства у референдумској пракси и након анализе позитивноправног законодавства држава чланица конкретизовао препоруке у форми кодекса, са решењима која се односе на процедуру за расписивање и одржавање референдума у складу са начелима владавине права. Овај процес подразумева периодичне промене смерница и стандарда.

Према Савету Европе, локални референдум један је од начина подстицања партиципације грађана у јавном животу, од „суштинског значаја“ за изражавање њихове воље о питањима у локалним јавним политикама.<sup>45</sup> Смернице њених организација, од којих нарочито значај имају оне које је припремила Венецијанска комисија – Кодекс добре праксе у изборима и Ревидиране смернице о одржавању референдума,<sup>46</sup> модел су за реформу прописа у државама чланицама.<sup>47</sup>

### 3. ЛОКАЛНИ РЕФЕРЕНДУМИ У БИВШИМ ЈУГОСЛОВЕНСКИМ РЕПУБЛИКАМА

Све бивше југословенске републике на простору Социјалистичке Федеративне Републике Југославије познају локалног референдума. Ове државе су наследиле традицију и институције непосредне демократије из социјалистичког самоуправног права, а заједничка обележја су и слична решења и пракса локалног референдума (поменутог самодоприноса и збора). У некадашњој Југославији, институција референдума је по први пут уређена Уставом из 1946. године, а развита механизми непосредне локалне самоуправе повезан је са концептом социјалистичке самоуправне демократије – идеолошком основом политичког и правног система од почетка педесетих година прошлог века. У систему социјалистичке

45 Упор.: The Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 459(2021), Holding referendums at local level, <https://rm.coe.int/rec-459-2021-en-local-referendums-monitoring-committee-rapporteur-vlad/1680a2dfe4>, посећено: 3. 10. 2023.

46 Кодекс добре праксе о референдумима из 2007. године који укључује и Смернице за одржавање референдума, допуњен је и измењен управо на основу анализе случајева из којих су дефинисане поуке како би се избегле проблеми у одржавању референдума. Ревидирани Кодекс и смернице Венецијанске комисије су усвојене 2020, односно 2022. године (Вид.: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Revised Code of Good Practice on Referendum*, CDL-AD(2022)015, Strasbourg 20. June 2022, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)031-e), приступљено: 14. 9. 2023; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Revised Guidelines on the holding of referendum*, CDL-AD(2020)031, Strasbourg, 8. October 2020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)015-e), приступљено: 14. 9. 2023).

47 Венецијанска комисија је учествовала у изради српског Закона о референдуму и народној иницијативи из 2021. године. Крвним прописом о институцијама непосредне демократије је значајно унапређен правни оквир, уклоњена су анахрона и неуставна решења, али и даље су неадекватно уређене процедуралне гаранције (институционална контрола референдумског процеса и финансирање кампање), кворум излазности и већине за пуноважност референдума. Венецијанска комисија је и сама игнорисала неке од сопствених принципа и није инсистирала њиховом прихватању у новом српском закону. Опширније: Radojević, Miodrag. „Pravosuđe i promena Ustava“, *Sudski postupak – pravda i pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom III, ur. Jelena S. Perović Vujačić. Beograd: Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, 2022, 633–634.

самоуправне демократије, референдум је облик одлучивања у општини и друштвено-политичким заједницама. У општинама се референдумом одлучивало о „удруживању средстава“, сходно Уставу Социјалистичке Федеративне Републике Југославије из 1974. године, а у месним заједницама и о другим питањима (чл. 89. и 118). Такво искуство, мотивисало је и уставотворце да у неким држава успоставе локалне референдуме као уставне категорије у последњој деценији прошлог века.<sup>48</sup>

Локални референдум постоји у јединицама локалне самоуправе и у аутономним покрајинама (Србија), у локалној и подручној (регионалној) самоуправи (Хрватска),<sup>49</sup> у ентитетима и општинама (Босна и Херцеговина)<sup>50</sup> или само у општинама (Црна Гора и Република Северна Македонија).<sup>51</sup> Правна основа локалног референдума је у посебним прописима, најчешће законима којима се уређује област локалне самоуправе и непосредне демократије. За разлику од својих суседа, у Србији је локални референдум регулисан Уставом, а Законом о референдуму и народној иницијативи стављено је ван снаге и више одредби Закона о локалној самоуправи и локалном референдуму. У свим правним системима су скоро идентична нека решења, али има и разлика између института – врсте и расписивање референдума, прикупљање потписа, поступак правне заштите и карактер одлуке донете на референдуму. Референдум је обавезан и углавном факултативан, а предвиђен је и саветодавни референдум. У Србији, која је у последњих пар година осавременила своје законодавство о локалној самоуправи и референдуму, и у Црној Гори, не постоји референдум о опозиву локалних функционера.

У државама на простору некадашње Југославије не постоји систематизована база података о државним и локалним референдумима. Заједничко обележје је да се они веома ретко расписују и да је излазност грађана на ниском нивоу.<sup>52</sup> У Црној Гори и Србији се референ-

48 Радојевић, Мијодрaг. „О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости“, 98–99 (фн 16).

49 Види основне прописе: Закон о referendumu i drugim oblicima osobnog sudjelovanja u obavljanju državne vlasti i lokalne i područne (regionalne) samouprave, *Narodne novine*, 33/96, 99/01, 44/06, 58/06, 69/07, 38/09, 100/16, 73/17); Закон о локалној и подручној (regionalnoj) самоуправи.

50 Босна и Херцеговина је специфичан случај, са различитим правним режимима у ентитетима. Референдум се може расписати у ентитету Република Српска, два од десет кантона у Федерацији Босни и Херцеговини и на локалном нивоу у оба ентитета. Устав Босне и Херцеговине, Устав Федерације Босне и Херцеговине и већина Устава кантона у Федерацији Бих не садрже одредбе о референдуму. Упор.: *Vijeće Evrope, Bosna i Hercegovina – Priručnik o otvorenoj lokalnoj vlasti i javnoj etici*, Strasbourg: 2022, <https://rm.coe.int/handbook-bhs-final-1680a6a8ed>, pristupljeno: 22. 9. 2023, 69; Čizmić, Mirsad, Čizmić, Aida. „Uporodnopravna rješenja referendumske demokratije sa osvrtom na Bosnu i Hercegovinu“, *DHS*, 1(18), 2022, 406–407.

Услови и начин расписивања локалног референдума детаљније се регулишу статутима општина (упор. Martinović, Drago. „Sudjelovanje građana u lokalnoj samoupravi u Bosni i Hercegovini“, *HKJU – CCPA*, god. 13(2013), br. 2, 604).

51 У Црној Гори постоји и референдум за престоницу, као и месни референдум.

52 Упор. за Хрватску: Koprić, Ivan, Mirko Klarić. „New Developments in Local Democracy in Croatia“, 397; Rešetar, Vojko. „Lokalni referendum kao institucionalni mehanizma participacije u Hrvatskoj“, *HKJU – CCPA*, god. 14. br. 3/2014, 707; Koprić Ivan, Tijana Vukojičić Tomić, „Lokalni politički sustav nakon uvođenja neposrednog izbora načelnika – stanje i prijedori“, u: *Dvadeset godina lokalne samouprave u Hrvatskoj*, Ivan Koprić, Vedran Đulabić (ur.), Zagreb: Institut za javnu upravu, 2013, 84; За Словенију: Nežmah Bernard, „Direct democracy in Slovenia – poor practice at the local level“, 248; У Републици Северној Македонији је одржано 10 локалних референдума од стицања независности до 2019. године (Спасевски, Дарко и др. *Референдум на локални ниво: реалност или фикција? Студија за процена на состојбата*. Скопје: Институт за стратешки истражувања и едукације – ИСИЕ, 2019, 24, 57); Босну и Херцеговину: *Vijeće Evrope, Bosna i Hercegovina – Priručnik o otvorenoj lokalnoj vlasti i javnoj etici*, 70–71.

думи углавном одржавају у јединицама локалне самоуправе (градови и општине) и месним заједницама (самодопринос за решавање комуналних проблема),<sup>53</sup> за разлику од Републике Северне Македоније где је одржавање референдума повезано са заштитом животне средине и уређивањем простора. У већини ових држава, водећу улогу у организацији референдума немају политичке странке, већ цивилно друштво и невладин сектор.

Међу узроцима „атрофиране праксе“ механизма непосредног одлучивања и изјашњавања грађана о локалних пословима наводе се: незаинтересованост политичких актера на локалном нивоу,<sup>54</sup> неодговарајући правни оквир,<sup>55</sup> стање у цивилном друштву, низак ниво партиципације грађана у политичким процесима и централизовани модел локалне самоуправе власти.<sup>56</sup> Није боља ситуација ни са народном иницијативом и облицима делиберативне демократије.

#### 4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: ЛОКАЛНИ РЕФЕРЕНДУМ ИЗМЕЂУ ПОТРЕБЕ И МОГУЋНОСТИ

Локални референдум је средство локалне демократије, начин да се повећа учешће грађана у доношењу одлука на локалном нивоу и исправе мањкавости представничке демократије. Његова улога, као и улога других облика непосредне демократије, расте у правним системима са вишим степеном децентрализације власти и поштовања политичких права грађана. У протеклих пар деценија развија се пракса и правни оквир локалних референдума, посебно у европским земљама што је и објашњено у овом истраживању. С друге стране, непосредну демократију, а сходно томе и локални референдум, не треба идеализовати као средство локалне демократије. За њихову успешну имплементацију јемци су квалитетан правни оквир, друга процедурална и институционална средства, а основни предуслови су партиципативна политичка култура, демократска традиција и владавина права. С обзиром на то да већина правних система не испуњава ове претпоставке, критичари истичу ризик да ће ова институција бити злоупотребљена у примени.

У државама на простору Западног Балкана примећују се сличности у стању непосредне демократије. Учесталост локалних референдума је тешко утврдити јер подаци нису доступни

<sup>53</sup> Види: чл. 160. Статута главног града Подгорице.

<sup>54</sup> У Словенији је примећено да постоји диспропорција између броја одржаних референдума на националном нивоу и локалних референдума. Поједини аутори сматрају да је то због незаинтересованости политичких партија, односно да се ради о спровођењу политике на локалном нивоу „са прагматичнијим, а мање идеолошким платформама.“ Уп. Nežmah Bernard, „Direct democracy in Slovenia – poor practice at the local level“, 253.

<sup>55</sup> Референдум о опозиву у Хрватској ретко је био примењен, јер је била регулисана висока изласност да би био пуноважан. Услови су ублажени 2020. године, а изменама закона, уместо већине од укупно уписаних у бирачки списак, одлука на референдуму за опозив је пуноважна ако се за опозив изјаснила већина оних који су гласали, уз услов да је та већина најмање од трећине од укупног уписаних бирача у јединици (čl. 40c Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalno) samoupravi). Уп.: Milošević, Boris. „Najvažnije novine u sustavu lokalne samouprave“. у *Dvadeset godina lokalne samouprave u Hrvatskoj*, (уред. Ivan Koprić, Vedran Đulabić), Zagreb: Institut za javnu upravu, 2013, 5.

<sup>56</sup> Вид. анализа за Србију: Радојевић, Мијодраг. „О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости“, 102; за Републику Северну Македонију: Спасевски, Дарко и др. *Референдум на локалном нивоу: реалност или фикција? Студија за проценка на состојбата*, 57.

и систематизовани. Закључује се да је пракса неразвијена, а правни оквир неквалитетан. Један од могућих праваца побољшања климе за локални референдум је стандардизовање релевантних прописа са смерницама Савета Европе. Неке државе су започеле процес осавремењивања свог законодавства са различитим исходима. У Хрватској, већ пар година се чека на доношење нових прописа. Србија је донела квалитетнији Закон о референдуму и народној иницијативи, али то још увек није довело до позитивних промена. У осталим земљама, све више се чују гласови да је потребно да се власт врати грађанима и да је један од ових алата и локални референдум.

## ЛИТЕРАТУРА

### Одабране библиографске референце

1. Alman, Tomáš. „Local referendum and assembly of municipality inhabitants in the Slovak Republic“, *Central European Papers*, 2, 56–65, <https://www.cceol.com/search/article-detail?id=823738>, приступљено: 12. 8. 2023.
2. Altman, David. *Direct Democracy Worldwide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011;
3. 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](https://www.democracy.uci.edu/files/docs/conferences/grad/Boyd_Referenda%20around%20the%20World.pdf), приступљено: 13. 10. 2023;
4. Guérard, Stéphane. „Local referendums in France: a disappointing experience“. In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 226–236. Wiesbaden: Springer, 2011;
5. Jüptner, Petr, Pavla Valušová, Ilona Kruntorádová. „Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I“, *Viešoji politika ir administravimas (Public policy and Administration)*, Vol. 13, No 4, 2014, 644–658, <https://ojs.mruni.eu/ojs/public-policy-and-administration/article/view/3937/3781>, приступљено: 14. 8. 2023;
6. Koprić, Ivan, Mirko Klarić. „New Developments in Local Democracy in Croatia.“ *Croatian and comparative public administration*, 15 (2), 2015, 389–414;
7. Koprić Ivan, Tijana Vukojić Tomić, „Lokalni politički sustav nakon uvođenja neposrednog izbora načelnika – stanje i prijeponi“, u *Dvadeset godina lokalne samouprave u Hrvatskoj*, уред. Ivan Koprić, Vedran Đulabić, Zagreb: Institut za javnu upravu, 2013, 55–100;
8. Laviniu, Florin Ușvat. „Local Referendum – mechanism of the participative Democracy“, *European Journal of Social Sciences* 11(2)/2017, 206–218. doi: 10.26417/ejser.v11i2.p205-217;
9. Martinović, Drago. „Sudjelovanje građana u lokalnoj samoupravi u Bosni i Hercegovini“, *HKJU – CCPA*, god. 13(2013), br. 2, 593–609;
10. Marczevska-Rytka, Maria (edit.). *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*, Berlin – Toronto: Barbara Budrich Publishers, 2018;
11. Milošević, Boris. „Najvažnije novine u sustavu lokalne samouprave“. u: *Dvadeset godina lokalne samouprave u Hrvatskoj*, уред. Ivan Koprić, Vedran Đulabić, Zagreb: Institut za javnu upravu, 2013, 1–33;

12. Nežmah Bernard, „Direct democracy in Slovenia – poor practice at the local level“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 245–253. Wiesbaden: Springer, 2011;
13. Поповић, Драгољуб. *Савремене демократије под налетом популизма*. Београд: Досије студио, 2023;
14. Radojević, Mijodrag. „Pravosuđe i promena Ustava“, *Sudski postupak – pravda i pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom III, уред. Jelena S. Perović Vujačić, 625–643. Београд: Копачићка школа природног права – Slobodan Perović, 2022;
15. Радојевић, Мијодраг. „Парадокси референдума у савременим правним системима“, у: *Зборник радова „Право између стварања и тумачења“*, том I, уред. Димитрије Ђеранић и др., 311–340. Пале: Правни факултет у Источном Сарајеву, 2023;
16. Радојевић, Мијодраг. „Локална демократија и облици директног учешћа грађана у власти (пример – Србија)“. *Српска политичка мисао* vol. 81, 3/2023 (2023).
17. Радојевић, Мијодраг. „О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости“, у: *Право између идеала и стварности*, уред. Душко Челић, Страхина Миљковић, 91–110. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2023;
18. Rešetar, Vojko. „Lokalni referendum kao institucionalni mehanizma participacije u Hrvatskoj“, *НКЈУ – ССРА*, god. 14. br. 3/2014 (2014), 703–730;
19. Спасевски, Дарко и др. *Референдум на локални ниво: реалност или фикција? Студија за проценка на состојбата*. Скопје: Институт за стратешки истражувања и едукације – ИСИЕ, 2019;
20. Schiller, Theo. „Local Direct Democracy in Europe – a comparative overview.“ In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 9–29. Wiesbaden: Springer, 2011;
21. Schiller, Theo. „Local direct democracy in Germany – varieties in a federal State“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 54–74. Wiesbaden: Springer, 2011;
22. Stoker, Gerry. „Redefining Local Democracy“, In *Local Democracy and Local Government*. eds. Lawrence Pratchett and David Wilson, 188–209. London: Macmillan Press LTD, 1996;
23. Trabucco, Fabio Ratto. „The evolution of national referendum tools in Czech Republic and Slovakia’s comparative case“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N° 2, Octubre 2020, 633–659, DOI: 10.20318/cdt.2020.5624;
24. Trlin, Davor. „Problem referenduma u BiH“, *Sveske za javno pravo*, broj 6, decembar 2011, 55–61;
25. Uleri, Vincenzo Pier. „The institutionalisation of the referendum in the Italian political system: from the national to regional and local levels“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 75–112. Wiesbaden: Springer, 2011;
26. Čizmić, Mirsad, Aida Čizmić. „Uporednopravna rješenja referendumske demokratije sa osvrtom na Bosnu i Hercegovinu“, *DHS*, 1(18), 2022, 395–420;
27. Wollman Hellmut. „Rebuilding local democracy and administration in East Germany - a ‘special case’ of post-communist transformation?“, 29–60. *Local Democracy in Post-Communist Europe*, Hellmut Wollmann, Harald Baldersheim, Peter John (eds.), Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2003.

## Правни прописи и документа

1. Вјеће Европе, *Bosna i Hercegovina – Priručnik o otvorenoj lokalnoj vlasti i javnoj etici*, Strasbourg: 2022, <https://rm.coe.int/handbook-bhs-final-/1680a6a8ed>, приступљено: 22. 9. 2023.
2. Конгрес локалних и регионалних власти Савета Европе, Европска повеља о локалној самоуправи, <https://rm.coe.int/european-charter-of-local-self-government-ser-a6/16808d7afc>, приступљено: 16. 9. 2023.
3. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Revised Code of Good Practice on Referendum*, CDL-AD(2022)015, Strasbourg 20. June 2022, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)031-e), приступљено: 14. 9. 2023;
4. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Revised Guidelines on the holding of referendum*, CDL-AD(2020)031, Strasbourg, 8. October 2020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)015-e), приступљено: 14. 9. 2023
5. Закон на локалната самоуправа, *Сл. весник на Р. Македонија*, бр. 5/02.
6. Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 129/07, 83/14 – др. закон, 101/16 – др. закон, 47/18, 111/21 – др. закон;
7. Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 97/2016, 36/2019 и 61/2019;
8. Закон о референдуму и народној иницијативи, *Службени гласник РС*, бр. 111/21 и 119/21;
9. The Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 459(2021), Holding referendums at local level, <https://rm.coe.int/rec-459-2021-en-local-referendums-monitoring-committee-rapporteur-vlad/1680a2dfe4>, посећено: 3. 10. 2023;
10. The Congress of Local and Regional Authorities, Holding referendums at local level, Report CG(2021)40-41, 18 May 2021, <https://rm.coe.int/holding-referendums-at-local-level-monitoring-committee-rapporteur-vla/1680a287be>, приступљено: 3. 10. 2023;
11. Statut glavnog grada (Podgorice), доступно на веб-страни: <https://skupstina.podgorica.me/opsti-akti-skupstine/>, посећено 15. 9. 2023.
12. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Амандмани I–XXIX и 16/22.
13. Закон о референдуму и другим облицима особног судјеловања у обављању државне власти и локалне и подручне (regionalne) самоуправе, *Narodne novine*, 33/96, 99/01, 44/06, 58/06, 69/07, 38/09, 100/16, 73/17;
14. Закон о локалној и подручној (regionalnoj) самоуправи, *Narodne novine*, 33/01, 60/01, 12 9/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17, 98/19, 144/20.
15. Закон о принципима локалне самоуправе у Федерацији Босне и Херцеговине, *Službene novine Federacije BiH*, br. 49/06 i 51/09;
16. Закон о локалној самоуправи, *Službeni list CG*, br. 2/2018, 34/19, 38/2020.

## LITERATURE

1. Alman, Tomáš. „Local referendum and assembly of municipality inhabitants in the Slovak Republic“, *Central European Papers*, 2, 56–65, <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=823738>, приступљено: 12. 8. 2023.
2. Altman, David. *Direct Democracy Worldwide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011;
3. 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](https://www.democracy.uci.edu/files/docs/conferences/grad/Boyd_Referenda%20around%20the%20World.pdf), приступљено: 13. 10. 2023;
4. Guérard, Stéphane. „Local referendums in France: a disappointing experience“. In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 226–236. Wiesbaden: Springer, 2011;
5. Jüptner, Petr, Pavla Valušová, Ilona Kruntorádová. „Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I“, *Viešoji politika ir administravimas (Public policy and Administration)*, Vol. 13, No 4, 2014, 644–658, <https://ojs.mruni.eu/ojs/public-policy-and-administration/article/view/3937/3781>, приступљено: 14. 8. 2023;
6. Koprić, Ivan, Mirko Klarić. „New Developments in Local Democracy in Croatia.“ *Croatian and comparative public administration*, 15 (2), 2015, 389–414;
7. Koprić Ivan, Tijana Vukojičić Tomić, „Local political system after the introduction of direct election of the head - situation and controversies“, *Twenty years of local self-government in Croatia*, edit. Ivan Koprić, Vedran Đulabić, Zagreb: Institut za javnu upravu, 2013, 55–100;
8. Laviniu, Florin Uşvat. „Local Referendum – mechanism of the participative Democracy“, *European Journal of Social Sciences* 11(2)/2017, 206–218. doi: 10.26417/ejser.v11i2.p205-217;
9. Martinović, Drago. „Participation of citizens in local self-government in Bosnia and Herzegovina“, *HKJU - CCPA*, vol. 13(2013), no. 2, 593–609;
10. Marczevska-Rytko, Maria (edit.). *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*, Berlin – Toronto: Barbara Budrich Publishers, 2018;
11. Milošević, Boris. „The most important newspaper in the system of local self-government“, *Twenty years of local self-government in Croatia*, edit. Ivan Koprić, Vedran Đulabić, Zagreb: Institut za javnu upravu, 2013, 1–33;
12. Nežmah Bernard, „Direct democracy in Slovenia – poor practice at the local level“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 245–253. Wiesbaden: Springer, 2011;
13. Popović, Dragoljub. *Modern democracies under the onslaught of populism*. Belgrade: Dosije studio, 2023;
14. Radojević, Mijodrag. „Judiciary and the change of the Constitution“, *Judicial proceedings - justice and fairness*, Proceedings of the 35th Meeting of the Kopaonik School of Natural Law - Slobodan Perović, Volume III, edit. Jelena S. Perović Vujacić, 625–643. Beograd: Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, 2022;

15. Radojević, Mijodrag. "Paradoxes of referendums in modern legal systems", *Proceedings "Law between creation and interpretation"*, volume I, edit. Dimitrije Čeranić et al., 311–340. Pale: Faculty of Law in East Sarajevo, 2023;
16. Radojević, Mijodrag. "Local democracy and forms of direct participation of citizens in government (example - Serbia)". *Srpska politička misao*, vol. 81, 3/2023 (2023).
17. Radojević, Mijodrag. "On the forms of direct democracy - between ideals, tradition and the present", *Law between ideals and reality*, edit. Duško Čelić, Strahinja Miljković, 91–110. Kosovska Mitrovica: Faculty of Law of the University of Pristina with temporary headquarters in Kosovska Mitrovica, 2023;
18. Rešetar, Vojko. "Local referendum as an institutional mechanism of participation in Croatia", *HKJU - CCPA*, vol. 14. no. 3/2014 (2014), 703–730;
19. Spasevski, Darko et al. Referendum at the local level: reality or fiction? A condition assessment study. Skopje: Institute for Strategic Research and Education - ISIE, 2019;
20. Schiller, Theo. „Local Direct Democracy in Europe – a comparative overview.“ In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 9–29. Wiesbaden: Springer, 2011;
21. Schiller, Theo. „Local direct democracy in Germany – varieties in a federal State“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 54–74. Wiesbaden: Springer, 2011;
22. Stoker, Gerry. „Redefining Local Democracy“, In *Local Democracy and Local Government*. eds. Lawrence Pratchett and David Wilson, 188–209. London: Macmillan Press LTD, 1996;
23. Trabucco, Fabio Ratto. „The evolution of national referendum tools in Czech Republic and Slovakia's comparative case“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N° 2, Octubre 2020, 633–659, DOI: 10.20318/cdt.2020.5624;
24. Trlin, Davor. „Problem referenduma u BiH“, *Sveske za javno pravo*, broj 6, decembar 2011, 55–61;
25. Uleri, Vincenzo Pier. „The institutionalisation of the referendum in the Italian political system: from the national to regional and local levels“, In *Local Direct Democracy in Europe*, ed. Schiller Theo, 75–112. Wiesbaden: Springer, 2011;
26. Čizmić, Mirsad, Aida Čizmić. „Comparative legal solutions of referendum democracy with reference to Bosnia and Herzegovina“, *DHS*, 1(18), 2022, 395–420;
27. Wollman Hellmut. „Rebuilding local democracy and administration in East Germany - a 'special case' of post-communist transformation?“, 29–60. *Local Democracy in Post-Communist Europe*, Hellmut Wollmann, Harald Baldersheim, Peter John (eds.), Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2003.
28. Council of Europe, *Bosnia and Herzegovina - Handbook on open local government and public ethics*, Strasbourg: 2022, <https://rm.coe.int/handbook-bhs-final-/1680a6a8ed>, 22. 9. 2023.
29. Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe, European Charter on Local Self-Government, <https://rm.coe.int/european-charter-of-local-self-government-ser-a6/16808d7afc>, 16. 9. 2023.
30. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Revised Code of Good Practice on Referendum*, CDL-AD(2022)015, Strasbourg 20. June 2022, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)031-e), 14. 9. 2023;



31. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Revised Guidelines on the holding of referendum*, CDL-AD(2020)031, Strasbourg, 8. October 2020, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)015-e), 14. 9. 2023
32. Law on Local Self-Government, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, no. 5/02.
33. Law on Local Self-Government, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 129/07, 83/14, 101/16, 47/18, 111/21;
34. Law on Local Self-Government, *Official Gazette of the Republic of Srpska*, no. 97/2016, 36/2019, 61/2019;
35. Law on Referendum and People's Initiative, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 111/21, 119/21;
36. The Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 459(2021), Holding referendums at local level, <https://rm.coe.int/rec-459-2021-en-local-referendums-monitoring-committee-rapporteur-vlad/1680a2dfe4>, 3. 10. 2023;
37. The Congress of Local and Regional Authorities, Holding referendums at local level, Report CG(2021)40-41, 18 May 2021, <https://rm.coe.int/holding-referendums-at-local-level-monitoring-committee-rapporteur-vla/1680a287be>, 3. 10. 2023;
38. Statute of the capital city (Podgorica), <https://skupstina.podgorica.me/opsti-akti-skupstine/>, 15. 9. 2023.
39. Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 98/06, 115/21 – Amendments I–XXIX and 16/22.
40. The Law on Referendum and Other Forms of Personal Participation in the Performance of State Power and Local and Regional Self-Government, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, no. 33/96, 99/01, 44/06, 58/06, 69/07, 38/09, 100/16, 73/17;
41. Law on Local and Regional Self-Government, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, no.33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17, 98/19, 144/20.
42. Law on the Principles of Local Self-Government in the Federation of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of the Federation of BiH*, no. 49/06 i 51/09;
43. Law on Local Self-Government, *Official Gazette of Montenegro*, no. 2/2018, 34/19, 38/2020.

## LOCAL REFERENDUM IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Mijodrag Radojević<sup>57</sup>

*Institute for Political Studies, Belgrade*

*Summary:* A referendum is a form of direct democracy and exercise of citizens' sovereignty that can be organized at different levels of government. In territorial units, such as municipalities or regions, one speaks of a - local referendum. The subject of this study is its theoretical and practical aspects in comparative legal systems, in reference to the territory of the former Yugoslavia. In contrast to most communist countries, the local referendum was applied during the period of Yugoslav socialist 'self-management', especially in decisions on local "self-participation" (self-taxation). Today, however, as in most European countries, this practice is very rare. The local referendum is badly portrayed as a corrective to representative democracy. Criticism of the local referendum stems from attitudes toward decentralization and the belief that it poses a threat to majority-understood democracy, because it is prone to abuse. In legal systems, it can be constitutionalized, regulated by a special law, or not regulated by regulations. Variations of solutions in comparative law are also observed in the types of local referendum, the procedure for determining the referendum question, the conditions for its validity, the bindingness of the decision, etc.

In addition to the analysis of regulations and practice, the research also includes relevant international standards. The theoretical discussion on the local referendum was fueled by the crisis of democracy, and its supporters believe that it is a suitable instrument for increasing the participation of citizens in the exercise of the local government and control of political decisions. The dialogue between citizens on one hand and local authorities on the other, during the referendum process, establishes and strengthens trust in institutions. Therefore, it is necessary to review the legal nature of local referenda and their features and, based on the results of the research, define the models of the rules and assumptions for more effective use of this institution.

**Key words:** direct democracy, local self-government, constitutional systems, referendum question, consultative referendum, people's initiative, digital voting

---

57 Research-associate, Institute for Political Studies, Belgrade. e-mail: mijodrag.radojevic@gmail.com

# КРИТИЧКИ ОСВРТ НА НАЦРТ ЗАКОНА О УНУТРАШЊИМ ПОСЛОВИМА СРБИЈЕ

Бранко Лештанин<sup>1</sup>

Министарство унутрашњих послова Републике Србије

Жељко Никач<sup>2</sup>

Криминалистичко полицијски универзитет

**Апстракт:** Крајем 2022. године МУП Р. Србије објавио је јавну расправу и на веб страници објавио Нацрт Закона о унутрашњим пословима. Одржано је неколико сесија јавне расправе али је Нацрт убрзо повучен из процедуре. Аутори у раду врше анализу текста Нацрта где у првом делу дају осврт на одредбе општег карактера, док у наставку аутори дају сугестије на одредбе и институте појединачног карактера анализирајући их уз примену нормативног, догматског и упоредноправног метода. На крају аутори закључују да је предложеном тексту неопходна темељна измена и усклађивање са релевантним прописима.

**Кључне речи:** закон, полиција, унутрашњи послови, људска права, Србија, ЕУ.

## 1. УВОД

Полиција као орган јавне (извршне) власти задужена је за извршавање закона. Њена улога у српском друштву одређена је позитивно-правним прописима. Апстракцијом одредби прописа теоретичари су дошли до закључка да, према материјалном гледишту, постоји управна, кривична, прекршајна и нормативна функција полиције.<sup>3</sup> Исти аутори наглашавају да је ова подела „условна“ и да се у појединим ситуацијама не може повући јасна граница.

Посматрано упоредно-правно већина држава евроконтиненталног правног поретка законом уређује област полиције. Немачка је нпр. изабрала да покрајине имају надлежност за уређивање области полиције.<sup>4</sup> Швајцарска је такође децентрализовано уредила област полиције тако да сваки кантон има свој закон о полицији.<sup>5</sup> Ако погледамо наше суседство

<sup>1</sup> Мајор, полицијски службеник, Министарство унутрашњих послова Републике Србије, тел: +381648928023, e-mail: b.lestanin@gmail.com

<sup>2</sup> Редовни професор, Криминалистичко полицијски универзитет, тел: +381648927654, e-mail: zeljko.nikac@kpu.edu.rs

<sup>3</sup> Слободан Милетић, Сретен Југовић, *Право унутрашњих послова*. (Београд: КПУ, 2019), 54.

<sup>4</sup> <http://www.landesrechtbw.de/jportal/?quelle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true&az=true>

<sup>5</sup> <http://srl.lu.ch/frontend/versions/2580?locale=de>

Хрватска<sup>6</sup> и Словенија<sup>7</sup> имају посебан закон о полицији на нивоу државе, док Црна Гора уређује унутрашње послове.<sup>8</sup> Енглеска и Велс не припадају евро-континенталном правном режиму али имају јединствен закон о полицији.<sup>9</sup> Закон има централну улогу и показује спремност државе да води бригу о безбедности и заштити својих грађана, њихове имовине, јавног реда и сл. Легитимитет полицијског посла зависи од тога како је и на који начин уређен прописима који је директно везан са концептом владавине права у демократском друштву.<sup>10</sup>

Друштвена улога полиције, као службе за извршавање закона, се постепено мења у времену транзиције где од једне затворене и строго централизоване службе постаје отворени и децентрализовани сервис грађана који разуме потребе локалне заједнице. Посебно се мора адаптирати на нове трендове у употреби компјутера и других дигиталних средстава, друштвених мрежа које се често употребљавају за вршење веома тешких кривичних дела (тероризам, порнографија, трговина људима и дрогом). То је нарочито битно гледано кроз призму људских и мањинских права, слобода и могућности њиховог законитог ограничавања.<sup>11</sup>

## 2. ОДРЕДБЕ ОПШТЕГ КАРАКТЕРА

Уколико је опредељење законописца да уређује појмове у једном члану онда чл. 10 треба брисати, а унутрашње послове дефинисати у чл. 2. То се односи и на чл. 25 којим се уређује појам полиције. Постојали су предлози научне и стручне јавности да појам унутрашњих послова и полиције треба оставити науци и теоријским промишљањима, те не уређивати их законом.<sup>12</sup>

Директору полиције дати овлашћење да издаје обавезне инструкције и стручна упутства. Подзаконски акти као што су уредбе и правилници доносе се од стране политичких органа власти, а то су Влада и министар. Ови правни акти објављују се у Службеном гласнику и могу се односити на све грађане. С друге стране, обавезне инструкције и стручна упутства су интерни акти којима се одређена област или одређено поступање полицијских службеника ближе уређује, дају прецизније процедуре за вршење одређених послова и због тога треба да их издаје директор полиције (стручни орган руковођења полицијом).

Сарадњу полиције са јавним тужиоцем потребно је додатно ојачати, у кривичним стварима дати апсолутни примат јавном тужиоцу у руковођењу полицијом, предвидети вођење дисциплинског поступка за непоступање по налозима јавног тужиоца итд. Истина

6 <https://www.zakon.hr/z/282/Zakon-o-policiji>

7 <http://www.uradni-list.si/1/content?id=46008>

8 <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-unutrasnjim-poslovima.html>

9 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/16>

10 Жељко Никач, Бранко Лештанин, „Кратак осврт на новеле у Закону о полицији“, *Безбедност*, LVIII, 1 (2016), 125.

11 *Ibid.*

12 Видети: Сретен Југовић, Дарко Симовић, „Закон о полицији Републике Србије од 2016. године - критички поглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, L, 1 (2016), 74-75; Пане Мојаноски, Вук Кулић, „Прилог расправи о појму полиције, полицијске професије и право политичког организовања припадника полиције“, *Култура полиса Посебно издање*, IX, 2 (2012), 45.

чл. 26 Нацрта закона уређује се однос полиције, јавног тужилаштва и суда али веома штуро и декларативно. Мора постојати јасна и недвосмислена императивна норма која би се односила на све полицијске службенике, а посебно на руководиоце.<sup>13</sup>

У циљу унапређења јавности рада и децентрализације рада полиције потребно је обавезати Дирекцију полиције и подручне полицијске управе да најмање једном месечно, а по потреби и чешће организују редовне конференције за новинаре уз обавезну анализу стања безбедности за подручје за које су надлежне. Исто важи и за Сектор унутрашње контроле (даље: СУК).

Чл. 25 Нацрта закона даје дефиницију речи „полиција“ и начин употребе. Употреба речи „полиција“ у демократском друштву не треба бити ограничена на овај начин, нити да буде инкриминисана овим законом. У кривичном законодавству постоји читав сет инкриминација којима се полиција штити (нпр. Лажно представљање).

Одредбе о Стратегији полиције у заједници коју доноси Влада на период од 5 година, доношење Акционог плана за спровођење стратегије није препознато у овом тексту. Ово је нарочито битно ако се узме у обзир да Стратегија полиције у заједници није ажурирана од 2016. године, нити постоји Акциони план за њено даље спровођење.<sup>14</sup>

Чл. 29 Нацрта закона прописује се стање повећаног ризика али не постоји никакво ограничење у погледу трајања овог стања, нити обавеза процене трајања овог стања након извесног времена (нпр. месец дана од проглашења). Ово је неопходно јер ово стање изискује посебан начин употребе јединица полиције што може утицати на остваривање слобода и права грађана и полицијских службеника као запослених, због чега је неопходно временско ограничење. Веома је похвално што постоји просторно ограничење.

Чл. 35 код постављања директора на други узастопни мандат предлог министра, који се упућује Влади, мора бити доступан јавности пре доношења одлуке Владе и како би се јавност у раду полиције побољшала. Разлози за разрешење директора полиције морају бити детаљно уређени како не би долазило до злоупотреба. Примера ради услед тешке и дуге болести није способан да обавља дужност директора, због теже повреде службене дужности, ако изгуби компетенције за то радно место.<sup>15</sup>

13 Шипе: Snežana Soković, Veljko Turanjanin & Dragana Čvorović, „Cooperation between Police and Public Prosecutor – Law and Practice in Serbia”, *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law L*, 2 (2017): 337–352.

14 Шипе: Жељко Никач, *Полиција у заједници 2 издање* (Београд: КПУ, 2019)

15 У почетној верзији Нацрта закона као један од услова за постављање директора наводио се и „најмање 15 година ефективниг рада на пословима безбедности на руководећим радним местима“ али остаје услов да мора бити „овлашћено службено лице“. Овако формулисана одредба тешко је примењива јер по томе би кандидат за директора у тренутку расписивања конкурса мора да буде радник МУП-а (Дирекције полиције) али са искуством на пословима безбедности на руководећем радном месту. Увођење могућности да директор полиције постане неко из безбедносних служби не води професионализацији полиције, већ је удаљава. Директор полиције мора бити полицајац, са великим искуством, који је у току каријере показао да има компетенције за обавља овако одговорну функцију.

### 3. ОДРЕДБЕ ПОЈЕДИНАЧНОГ КАРАКТЕРА

Чл. 40 Нацрта закона посвећен је полицијским пословима. Приликом одређивања који су то послови „полицијски“ мора се строго водити рачуна о критеријумима за њихово одређивање. Посебно се морају имати на уму циљ послова, природа послова, начин обављања и др. Циљ полицијских послова је заштита и унапређење јавне безбедности што је јасно и директно назначено, док је безбедносни циљ унутрашњих послова само индиректно/посредно наведен. Природа полицијских послова је таква да су они оперативно – безбедносни, уско везани за полицију као струку, где се примењују посебне – полицијске мере и радње и посебна – полицијска овлашћења. Све то уз могућност легалне употребе силе, док су унутрашњи по природи управни односно управно – надзорни, тј. послови државне управе као и код осталих државних органа. Начин обављања полицијских послова је конкретан и непосредан где постоји и могућност употребе принуде за споровођење тих послова, док унутрашњи послови по начину вршења нису непосредни и могу их обављати други државни органи.<sup>16</sup>

На основу овако постављених критеријума поједини послови и то: 1) надзор у саобраћају на путевима и други послови из прописа о безбедности саобраћаја на путевима; 2) реадмисија и послови у вези са кретањем и боравком странаца и послови азила; 3) послови утврђени прописима о приватном обезбеђењу, детективској делатности и прописима о оружју; и 4) послови руковођења организационим јединицама у МУП-у евидентно је да нису полицијски послови у ужем смислу те речи.<sup>17</sup>

Приликом прописивања овлашћења свако преклапање са било којим другим системским законом (кривично-процесно, безбедност саобраћаја, заштита лица са менталним сметњама, странци, азил) треба се избећи и самим тим брисати овлашћења која су већ уређена другим законом (улазак у стан и друге просторије, вршење увиђаја и сл.). Ако је потребно ближе уредити овлашћења уређена другим законом то је могуће кроз институт двоструке сагласности. Она овлашћења која нису „полицијска“ већ спадају у ред специфичних овлашћења по другим законима, такође не треба прописивати овим законом (одређивање боравка странцу).

Чл. 71 Нацрта закона уређује препознавање на основу карактеристика лица, односно употреба камера за препознавање лица. У одредбама све три тачке законописац говори о проналажењу. Систем за анализу биометријских података требало би да омогућава трагање за лицима. Наиме постоји одређени узорак фотографија лица, фото-робот или делимични узорак који се биометријски анализира и такви подаци уносе се у софтерски програм, који затим тражи то лице. Самим тим ове одредбе нису пронашле своје право место у Нацрту закона и треба да стоје уз Мере циљане потраге (чл. 147 Нацрта закона), а да се наредба за спровођење ове мере издаје као за мере циљане потраге. Имајући у виду да се ради о нарочито осетљивим подацима о личности који се могу обрађивати само изузетно ова радња мора бити ограничена на тежа кривична дела (нпр. кривична дела за које се може изрећи казна затвора преко 5 година), као и просторно и временски. Просторно ограничење се односи на одређено подручје које покрива полицијска управа/станица, али може и на подручје целе

<sup>16</sup> Бранко Лештанин, Жељко Никач, *Коментар Закона о полицији* (Београд: Пословни биро, 2016).

<sup>17</sup> Жељко Никач, Бранко Лештанин, „Критички осврт на Закон о полицији“, *Култура полиса XV*, 32, (2017):228.

Републике у зависности од података о бекству, кретању, контактима и сл. Временски се мора ограничити до месец дана с могућношћу продужења наредбе од стране надлежног суда.

Чл. 73 ст. 4 Нацрта закона прописује да ако се приликом радњи из ст. 3. овог члана утврди да се ради о прекршају из закона за чије спровођење није надлежно Министарство, овлашћено службено лице о томе обавештава подносиоца пријаве и сачињава службену белешку коју доставља надлежном органу. Сматрамо да не треба сачинити службену белешку, већ треба примити пријаву и проследити је надлежном органу. На овај начин унапређује се сарадња са грађанима, смањује бирократизација управе, убрзава поступање надлежних органа и афирмише једнакост грађана пред органима управе.

Чл. 72 Нацрта закона посвећен је позивању које се предузима када је то неопходно за обављање полицијских и других послова, а у садржају прописује обавезно упозорење да позвано лице може бити принудно доведено ако се не одазове позиву. По овом испада да свако лице које се не одазове позиву а које је у вези са унутрашњим пословима, као што су држављанство или ЈМБГ, може бити приведено. Позивање би требало ипак ограничити само на полицијске послове.

Улазак у стан и друге просторије из чл. 93, 94. и 95. Нацрта закона већ је регулисано ЗКП-ом и треба је брисати. Одредба којом се „отклањање непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину” изједначава са постојањем основа сумње да се припрема, врши или да је извршено кривично дело је неуставно и подобно за злоупотребу и злонамерно тумачење. Оваква одредба прешироко је постављена у ситуацији када се овом радњом нарушава приватност другог лица која се гарантује уставом, као највишим правним актом. Ова одредба је проблематична и због ниског нивоа вероватноће који се тражи за потенцијални улазак у стан и друге просторије без наредбе суда.

Чл. 109 ст. 1 тач. 5 Нацрта закона требало би брисати, јер условна осуда не може ни под којим условима бити основ за наступање правних последица осуде (исто у чл. 229 ст. 1 тач. 8 и чл. 347 ст. 1 тач. 4 Нацрта закона). Достојност за вршење полицијских послова, односно недостојност као безбедносу сметњу треба уредити тако да постоји у закону као општа одредба, а онда је подзаконским прописима конкретизовати које су то тачно навике, склоности и понашања које једног кандидата чине недостојним. Достојност се може објаснити са аспекта поузданости лица за обављање посебно ризичних (безбедносних) послова у МУП-у. Како би се то утврдило неопходно је проверити одређене животне навике, посвећеност ранијем послу, (не)склоност ка учењу и усавршавању, породичне прилике, (не)дружење са лицима из криминогене средине, присуство на местима где често долази да кривичних дела и прекршаја, чланство у формалним и неформалним удружењима, друштвено користан рад и многе друге околности.<sup>18</sup> Факултативни основи као безбедносна сметња представљају простор за злоупотребу јер је остављено руководиоцу организационе јединице да оцени да ли у конкретном случају постоји безбедносна сметња или не. Тако нам се може десити ситуација да у једној полицијској управи исти животни догађај буде сметња за једног кандидата, док у другој полицијској управи такав животни догађај може бити посматран да безбедносна сметња не постоји. Изостале су одредбе да се о извршеној безбедносној провери сачињава

<sup>18</sup> Бранко Лештанин, Жељко Никач, „Анализа карактеристичних новела у Закону о полицији – критички осврт“, *Безбедност* LX, 2, (2018):58.

извештај, што је обавеза законописца. Осим тога извештај мора бити означен одређеним степеном тајности, у складу са законом који регулиште ту област.

Неопходно је одмах на почетку уређивања средстава принуде поставити јасну разлику између употребе средстава принуде у случају активног и пасивног отпора. Конкретно, у случају пасивног отпора може се применити само физичка снага и средства за везивање док у случају активног отпора сва средства принуде, од блажег ка тежем у зависности од процене.

Чл. 120 ст. 4 Нацрта закона треба изменити тако да комисија која врши оцену оправданости и правилности употребе средстава принуде буде сачињена од представника полицијске управе у којој ради полицијски службеник који је употребио средства принуде, представник Сектора унутрашње контроле (даље: СУК) и представник локалних невладиних организација које се баве заштитом људских и мањинских слобода и права (ови последњи морају проћи обавезну едукацију у области употребе средстава принуде од стране полиције а посебно правне и практичне аспекте средстава принуде). На овај начин може се подићи степен ауторитета одлуке коју доноси ова комисија и на крају крајева значај ове одлуке за будући судски поступак. Ова комисија требала би да врши оцену оправданости и правилности средстава принуде у другом степену, у случају да лице према коме је употребљено средство принуде има примедбе (приговор) на одлуку руководиоца организационе јединице. Руководилац организационе јединице је једини који може у првом степену вршити оцену, док прикупљање „доказа“ могу вршити и остале старешине у организационој јединици у којој полицијски службеник ради.

Ако се употреба средстава принуде оцени као неправилна или неоправдана поступање преузима СУК, а не „надлежни руководиоца“. Ово из разлога јер то може значити и да су прекршене одредбе о забрани мучења, тортуре и уопште злоупотребе полицијских овлашћења, што самим тим изискује да се СУК укључи у рад. Следствено томе у рад се укључује и надлежни јавни тужилац. У поступку оцене мора постојати могућност подношења правног средства како од стране лица према коме је средство употребљено, тако и од стране полицијског службеника у случају неправилне и неоправдане употребе.<sup>19</sup> Поступак оцене требало би да буде двостепен.

Увођење нових средстава принуде у право и праксу полиције мора да буде праћено претходним научним и стручним истраживањима, проценом утицаја на остваривање основних људских права и грађанских слобода. Средства за тренутно везивање спадају у посебну опрему коју могу употребљавати посебне и специјална јединица полиције. Употреба средстава за тренутно везивање од стране „редовне“ полиције може довести до значајног угрожавања људских права грађана у погледу заштите интегритета.<sup>20</sup> Поред тога, основе и начин употребе појединих средстава принуде треба поново размотрити. На пр. уређаји за емитовање звучних таласа не могу бити употребљени у урбаним условима, али могу бити употребљени приликом обављања послова обезбеђења државне границе. Средства за привремено онеспособљавање нису потребна јер могу нанети озбиљне повреде лицима према којима се употребљавају.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Позната латинска изрека *Audiatur et altera pars* – Нека се саслуша и друга страна.

<sup>20</sup> Упореди са Жељко Никач, Бранко Лештанин, „Нови Закон о полицији и примена средстава принуде“, *Војно дело LXIX*, 1, (2017):191-209.

<sup>21</sup> Видети: <https://web.archive.org/web/20070614124728/http://web.amnesty.org/report2003/fra-summary-eng>; Jean Hiquet & Sophie Gromb-Monnoyeur, „Severe craniocerebral trauma with sequelae caused by Flash-Ball“ shot, a



Полицијски службеник може, у случајевима када је то неопходно, употребити средства за принудни улазак у туђи стан, друге просторије и превозна средства али само када је то одлуком суда наређено, у случајевима када се основано очекује отпор употребом ватреног оружја или када је то неопходно за отклањање непосредне или озбиљне опасности за људе или имовину.

Чл. 148 Нацрта закона није добро систематизован јер не представља никаву меру и радњу, већ општу обавезу и дужност полицијских службеника приликом вршења полицијских послова (тзв. генерална клаузула о полицији).

Чл. 156 ст. 1 Нацрта закона уређује да полиција употребом система аудио и видео-надзора у циљу обављања полицијских и других послова врши надзор и снимање лица, објеката, догађаја и појава на јавном месту. Формулација „и других послова” је прешироко постављена имајући у виду да употреба видео-надзора подразумева обраду биометријских података лица и самим тим нарушавање права на приватност лица. Зато би ову меру требало ограничити на полицијске послове који се односе на борбу против криминала, обезбеђење стабилног јавног реда и мира, обезбеђење одређених лица и објектата, обезбеђење јавних скупова и спортских приредби повећаног ризика и сл.

Чл. 165-179 Нацрта закона посвећени су овлашћењима ватрогасаца али ове одредбе треба инкорпорирати у системске законе којима се уређује противпожарна заштита.

Неопходност надзора рада полиције уведена је *Резолуцијом Уједињених нација 1979. године*, када је усвојен и *Кодекс понашања службених лица одговорних за примену закона*.<sup>22</sup> У поступању по притужбама укључити СУК ако се притужбом указује на извршење кривичног дела и то у првом степену. Комисија сачињена од представника подручне полицијске управе, представника јавности и СУК-а свакако поступа у првом степену, осим ако се не ради о кривичном делу. Трбало би размислити о томе да се сузи поступања СУК-а на полицијске службенике, док би за друге запослене била задужена криминалистичка полиција. Трбало би повећати оперативну независност СУК-а и то тако да начелник СУК-а самостално уређује одређена питања обавезним инструкцијама и стручним упутствима.

Негативан тест интегритета суштински не представља повреду службене дужности, већ основ за предузимање адекватних антикорупцијских мера као што су: привремени или трајни премештај на друго радно место мање ризично по питању корупције, поновно вршење провере услова за останак у радном односу у полицији, покретање предистражног поступка ради утврђивања постојања кривичног дела корупције.<sup>23</sup>

Чл. 215 Нацрта закона уређује кадровски план који доноси министар а који истовремено сам себи уређује начин и методологију доношења, што треба изменити тако да начин и методологију уређује Влада као непосредно виши орган. Алтернатива је да се кадровски

---

less-lethal weapon: Report of one case and review of the literature”, *Medicine, Science and the Law* LVI, 3, (2016):237-240; Rodolphe Lartizien, et al. ”Yellow vest social protests: a new era of facial injuries induced by rubber bullet from non-lethal hand-held weapons”, *The Lancet*, 394, 10197, (2019):469-470; Ouyang Dihua, et al. ”Numerical study on the blocking effect of skin on Flash-Ball Impact and damage assessment”, *Defence Technology*, 2023.

<sup>22</sup> Бобан Симић, Жељко Никач, „Контрола полиције у Републици Србији у функцији заштите људских права“, *Култура полиса Посебно издање IX*, 2, (2012):309-310

<sup>23</sup> Шире: Бранислав Симоновић, Зоран Ђурђевић, Снежана Соковић, „Тест интегритета као мера сузбијања корупције у полицији“, *Правни живот LXV*, 9, (2016):699-712

план спусти на ниво директора полиције, а начин и методологију доношења оставити у надлежност министру.

Појам полицијских службеника треба уредити много боље него што је то предложено. Полицијски службеници су само запослени који врше полицијске послове и примењују полицијска овлашћења, мере и радње. Синтезом упоредно-европског законодавства, закључујемо да је појам полицијског службеника веома узак и подразумева службеника полиције који обавља послове који се односе на јавну безбедност и има могућност да, у законом прописаним случајевима, примени одређена овлашћења у која спада и примена средстава принуде.<sup>24</sup> Уколико се процени да запослени у области заштите и спасавања треба да буду овлашћена службена лица то урадити системским законом у тој области, а не овим законом.<sup>25</sup> Све остале чланове ускладити са овим решењем (службена легитимација, чинове, звања – брисати, радни односи). Самим тим и чл. 217 Нацрта закона ускладити тако да државни службеници обављају друге унутрашње и све остале послове у полицији. У том смислу категорију тзв. посебне дужности (ПД) треба укинути у потпуности.

Чл. 226-228. Нацрта закона посвећен је подели радних места на руководећа и извршилачка, што је начелно у реду. Међутим у пракси су формирана тзв. хибридна радна места која су извршилачка а која поседују поједина руководећа овлашћења, као што је контрола рада. Ова могућност, ако је потребна у служби, мора бити прописана законом али као изузетак и дати јасне критеријуме за њихово прописивање.

Чл. 264-269 Нацрта закона уређују безбедност и здравље на раду које је уређено посебним прописом, па је преклапање непотребно. Ако постоје неке посебности у односу на полицију онда то као изузетак треба уредити и овим прописом.

У правни систем полиције уведен је и додатни рад где, само изузетно, руководилац унутрашње организационе јединице може забранити такав рад ако се њиме онемогућава или отежава рад запосленог или организационе јединице, штети угледу Министарства, ствара могућност сукоба интереса или утиче на непристрасност рада запосленог. Овде се мора омогућити запосленом право на улагање правног средства на одлуку руководиоца унутрашње организационе јединице и двостепеност у одлучивању, у како би се у потпуности контролисао поступак забране додатног рада.

Директору полиције и начелнику подручне полицијске управе дати овлашћење да одлучују о привременом удаљењу, платама полицијских службеника и свим осталим управним стварима без посебног овлашћења министра.

Казнене одредбе брисати из овог закона јер се вредности које се штите прописаним прекршајима штите на други начин, пре свега кривичним законодавством.

Предвидети одложену примену закона тако да сви подзаконски акти буду донети у моменту почетка примене закона, како би се постигла пуна правна снага закона и избегло погрешно тумачење.

<sup>24</sup> Лештанин, Никач, „Анализа карактеристичних новела у Закону о полицији – критички осврт“, 53

<sup>25</sup> Ако је процењено да вагрогасац треба да има одређена овлашћења, нпр. улазак у стан и друге просторије ради пружања помоћи и отклањања опсаности, онда се то треба прописати *Законом о заштити од пожара*

## ЗАКЉУЧАК

Област унутрашњих послова подразумева широк дијапазон послова државне управе који је немогуће уредити једним општим правним актом. Унутрашњи послови су пре свега уређени чл. 13 *Закона о министарствима* где се наводе послови који се односе на сузбијање криминала, јавни ред и мир, окупљање грађана, спортске приредбе па све до издавања докумената грађанима, пребивалиште и боравиште, противпожарна заштита, заштита и спасавање и други послови. Самим тим није јасна намера законописца да пред јавност изнесе Нацрт Закона о унутрашњим пословима, а не Нацрт Закона о полицији. Уколико је потребно уредити одређена питања у појединчаним областима унутрашњих послова као што је заштита од пожара, за то постоје системски закони који уређују конкретну област. Самим тим непотребно се проширује област уређивања.

Законски акт треба да буде сконцентрисан на уређивање полиције као централног органа у области унутрашњих послова и као једног од органа са принудним овлашћењима. У образложењу се као разлог за доношење закона наводи прецизирање одређених одредби што није спорно, али за то апсолутно није потребно ширење области уређивања. Упоредно-правно посматрајући, постоје државе које су се „вратиле“ на Закон о унутрашњим пословима (Црна Гора) као тековину традиције, али је Закон о полицији, конкретно у Србији, постао тековина традиције јер две деценије (18 година) екзистира у нашем правном систему.

У МУП-у па и у Дирекцији полиције треба да постоје само две основне врсте запослених: 1) полицијски службеници (запослени који врше полицијске послове и примењују полицијска овлашћења, мере и радње) и 2) државни службеници и други запослени у складу са *Законом о државним службеницима* (даље: ЗДС). Прву групу запослених као што је то наведено чинили би тзв. овлашћена службена лица (униформисани и неуниформисани полицијски службеници) чији би радно-правни статус био уређен *Законом о полицији*. Друга група запослених били би сви остали запослени на осталим (унутрашњим) пословима и њихов радно-правни статус био би уређен *ЗДС-ом*.

Смањити могућност за тзв. дискреционо одлучивање на најмању могућу меру и свуда где је то могуће уредити критеријуме за доношење одлуке. Уколико то није могуће општим одредбама у том случају донети подзаконски акт којим ближе уредити овакав начин одлучивања. Процес одлучивања у полицији децентрализовати што је могуће више и самим тим подићи одговорност начелника подручних полицијских управа

Одредбе Закона о полицији и других закона не преклапати. Улога полиције у кривичном поступку уређена је *Закоником о кривичном поступку* (даље: ЗКП) и само изменама и допунама ЗКП-а могућа је промена улоге полиције у кривичном поступку. Уколико су потребна додатна овлашћења полиције у кривичном поступку то учинити ЗКП-ом, а не овим законом. Немогуће је прецизирати одредбе ЗКП-а *Законом о полицији* (унутрашњим пословима). Сваки закон садржи норме општег карактера које морају бити језички, логички, граматички и на сваки други начин уподобљене за практичну примену за сваки појединачни случај. Прецизирање одредби закона врши се доношењем подзаконских аката, које сагласно могу донети министри унутрашњих послова и министар правде, а не другим законом. Речено важи и за остале области правног уређивања.

Такође је непотребно преклапање одредби овог закона са било којим другим законом (нпр. *ЗДС*) који се супсидијарно примењује и на полицијске службенике. Свака могућа

субсидијарна примена (нпр. *Закона о општем управном поступку*) мора бити изричито прописана овим законом, а не подзаконским прописом (нпр. код дисциплинског поступка) и не би требала да се подразумева.

У области употребе средстава принуде обавезно увести право на правно средство грађанима/грађанкама према којима су средства принуде употребљена и двостепеност приликом оцене оправданости и правилности употребе средстава принуде. Размислити о могућности учешћа грађана у том поступку. Закон треба да уређује права, обавезе и дужности само полицијских службеника, док на права и обавезе других запослених треба применити ЗДС.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Dihua Ouyang, et al. "Numerical study on the blocking effect of skin on Flash-Ball Impact and damage assessment", *Defence Technology*, 2023
2. Југовић Сретен, Дарко Симовић. „Закон о полицији Републике Србије од 2016. године - критички поглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, L, 1, (2016)
3. Lartizien Rodolphe, et al. "Yellow vest social protests: a new era of facial injuries induced by rubber bullet from non-lethal hand-held weapons", *The Lancet*, 394, 10197, (2019)
4. Лештанин Бранко, Жељко Никач, „Анализа карактеристичних новела у Закону о полицији – критички осврт“, *Безбедност LX*, 2, (2018): 50-66
5. Лештанин Бранко, Жељко Никач, *Коментар Закона о полицији*. Београд: Пословни биро, 2016
6. Милетић Слободан, Сретен Југовић. *Право унутрашњих послова*. Београд: КПУ, 2019
7. Мојаноски Цане, Вук Кулић. „Прилог расправи о појму полиције, полицијске професије и право политичког организовања припадника полиције“, *Култура полиса Посебно издање*, IX, 2 (2012): 37-52
8. Никач Жељко, Бранко Лештанин. „Кратак осврт на новеле у Закону о полицији“, *Безбедност LVIII*, 1 (2016): 104-128
9. Никач Жељко, Бранко Лештанин, „Критички осврт на Закон о полицији“, *Култура полиса XV*, 32, (2017):223-236
10. Никач Жељко, Бранко Лештанин, „Нови Закон о полицији и примена средстава принуде“, *Војно дело LXIX*, 1, (2017):191-209
11. Никач Жељко, *Полиција у заједници*, 2. издање. Београд: КПУ, 2019
12. Симић Бобан, Жељко Никач, „Контрола полиције у Републици Србији у функцији заштите људских права“, *Култура полиса Посебно издање IX*, 2, (2012): 309-310
13. Симоновић Бранислав, Зоран Ђурђевић, Снежана Соковић, „Тест интегритета као мера сузбијања корупције у полицији“, *Правни живот LXV*, 9, (2016): 699-712
14. Soković Dragana, Veljko Turanjanin, Dragana Čvorović, „Cooperation between Police and Public Prosecutor – Law and Practice in Serbia“, *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law L*, 2 (2017): 337–352

15. Hiquet Jean & Gromb-Monnoyeur Sophie, „Severe craniocerebral trauma with sequelae caused by Flash-Ball® shot, a less-lethal weapon: Report of one case and review of the literature”, *Medicine, Science and the Law* LVI, 3, (2016):237-240
16. <http://srl.lu.ch/frontend/versions/2580?locale=de>
17. <https://web.archive.org/web/20070614124728/http://web.amnesty.org/report2003/fra-summary-eng>
18. <https://www.zakon.hr/z/282/Zakon-o-policiji>
19. <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawuepr od.psml&max=true&aiz=true>
20. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/16>
21. <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-unutrasnjim-poslovima.html>
22. <http://www.uradni-list.si/1/content?id=46008>

## LITERATURE

1. Dihua Ouyang, et al. “Numerical study on the blocking effect of skin on Flash-Ball Impact and damage assessment”, *Defence Technology*, 2023
2. Jugović Sreten, Darko Simović. “Law on the Police of the Republic of Serbia from 2016 - a critical view”, Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad, L, 1, (2016)
3. Lartizien Rodolphe, et al. “Yellow vest social protests: a new era of facial injuries induced by rubber bullet from non-lethal hand-held weapons”, *The Lancet*, 394, 10197, (2019)
4. Branko Leštanin, Željko Nikač, “Analysis of characteristic amendments in the Law on Police - a critical review”, *Bezbednost*, LX, 2, (2018): 50-66
5. Branko Leštanin, Željko Nikač, *Commentary on the Police Law*. Belgrade: Poslovni biro, 2016
6. Miletić Slobodan, Sreten Jugović. *Internal Affairs Law*. Belgrade: KPU, 2019
7. Mojanoski Cane, Vuk Kulić. “Contribution to the debate on the concept of police, police profession and the right to organize politically by members of the police”, *Kultura polisa Special Edition*, IX, 2 (2012): 37-52
8. Nikač Željko, Branko Leštanin. “A brief review of the amendments to the Law on Police”, *Bezbednost* LVIII, 1 (2016): 104-128
9. Nikač Željko, Branko Leštanin, “Critical Review of the Law on Police”, *Kultura polisa* XV, 32, (2017): 223-236
10. Nikač Željko, Branko Leštanin, “The New Law on the Police and the Application of Coercive Means”, *Vojno delo*, LXIX, 1, (2017):191-209
11. Nikač Željko, *Police in the community, 2nd edition*. Belgrade: KPU, 2019
12. Simić Boban, Željko Nikač, “Control of the police in the Republic of Serbia in the function of human rights protection”, *Kultura polisa Special Edition*, IX, 2, (2012): 309-310
13. Simonović Branislav, Zoran Đurđević, Snežana Soković, “Integrity test as a measure to combat corruption in the police”, *Pravni život*, LXV, 9, (2016): 699-712

14. Soković Dragana, Veljko Turanjanin, Dragana Čvorović, „Cooperation between Police and Public Prosecutor – Law and Practice in Serbia”, *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law L*, 2 (2017): 337–352
15. Hiquet Jean & Gromb-Monnoyeur Sophie, „Severe craniocerebral trauma with sequelae caused by Flash-Ball® shot, a less-lethal weapon: Report of one case and review of the literature”, *Medicine, Science and the Law LVI*, 3, (2016):237-240
16. <http://srl.lu.ch/frontend/versions/2580?locale=de>
17. <https://web.archive.org/web/20070614124728/http://web.amnesty.org/report2003/fra-summary-eng>
18. <https://www.zakon.hr/z/282/Zakon-o-policiji>
19. <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawuepr od.psml&max=true&aiz=true>
20. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/16>
21. <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-unutrasnjim-poslovima.html>
22. <http://www.uradni-list.si/1/content?id=46008>

## CRITICAL REVIEW OF SERBIAN DRAFT INTERNAL AFFAIRS LAW

**Branko Leštanin**<sup>26</sup>  
**Željko Nikac**<sup>27</sup>

***Abstract:** At the end of 2022, the Serbian MoI published a public hearing and published the Draft Internal Affairs Law on its website. Several public discussion sessions were held, but the Draft was soon withdrawn from the procedure. In the paper, the authors analyze the text of the Draft, where in the first part they give an overview of the provisions of a general nature, while in the following the authors give suggestions on the provisions and institutes of an individual nature, analyzing them with the application of normative, dogmatic and comparative legal methods. At the end, the authors conclude that the proposed text needs a thorough amendment and harmonization with the relevant regulations.*

***Key words:** Law, police, internal affairs, human rights, Serbia, EU*

---

<sup>26</sup> Police officer, Ministry of Interior of Republic of Serbia, tel: +381648928023, email: b.lestanin@gmail.com

<sup>27</sup> Full professor, University of Criminal Investigation and Police Studies, tel: +381648927654, email: zeljko.nikac@kpu.edu.rs





## ВИСОКИ САВЕТ СУДСТВА У НОВОМ НОРМАТИВНОМ РУХУ<sup>1</sup>

Ђорђе Марковић<sup>2</sup>

Правни факултет Универзитета у Београду

**Апстракт:** Почетком 2022. године, грађани Републике Србије су на референдуму усвојили амандмане на Устав од 2006. године, поводом дела који се тиче правосуђа, односно избора и положаја судија и тужилаца. Ово је прва промена тзв. Митровданског устава, после 15 година његове примене. Унапређење овог дела Устава је дуго биле најављивано и припремано, те не чуди да је њиме значајно измењен положај носилаца правосудних функција. С тим у вези, крупне измене доживели су и независни органи који у овом поступку учествују, као што су Високи савет судства и Државно веће тужилаца (нови назив: Високи савет тужилаштва). Годину дана касније, почетком 2023. године, усвојено је тзв. пратеће законодавство, односно „сет правосудних закона“. Другим речима, усвојени су закони којима се уставне одредбе конкретизују и оживотворују. У раду ћемо пружити анализу нових уставних и законских решења и дати оцену њиховог квалитета у поређењу са онима која су била примењивана деценију и по. Због обима рада, фокус ће бити усмерен ка променама које се тичу Високог савета судства, као органа који је задужен за очување судске независности.

**Кључне речи:** Република Србија, Устав Србије, Закон о Високом савету судства, независност судства, Високи савет судства.

„За неколико тренутака у одаји је владала тишина. Онда међу себрима отпоче гунђање и жагор:

Неправда! Безакоње! Проклетство! Ђавоље судије! – Зачуше се гласови.

Ко убија, да се убије! – Викну калуђер и лупи шаком по Законику.

Вук устаде и мирним гласом се обрати скупу: Чули сте пресуду неумитног суда!

Камо докази? – повика Теодос. – За разбојништва треба да одговарају и Драгутина Леворуки, Пејуш Иванишевић и остали...

Тако је“ – добаци Спасенија. – Закон важи за све!<sup>3</sup>

1 Рад је резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду за 2023. годину: „Савремени проблеми правног система Србије“, подтема: *Претходна и накнадна анализа правних прописа*.

2 Мастер, асистент, Универзитет у Београду – Правни факултет, djordje.markovic@ius.bg.ac.rs.

3 Сцена средњовековног суђења на двору Вука Бранковића, из романа Славомира Настасијевића. Славомир Настасијевић, Деспот Стефан (Београд: Обрадовић, 2016.), 79.

## 1. УВОД

Амандмани на Устав Републике Србије од 2006. године<sup>4</sup>, у делу који се тиче правосуђа, ступили су на снагу 9. фебруара 2022. године.<sup>5</sup> Тада је Народна скупштина (у даљем тексту: Скупштина) донела Одлуку о проглашењу Акта о промени Устава Републике Србије.<sup>6</sup> Истог дана, проглашен је и Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије.<sup>7</sup> У чл. 2 ст. 1 овог акта предвиђено је да ће неколико важних закона за функционисање правосуђа, од којих и Закон о Високом савету судства (у даљем тексту: Закон о ВСС)<sup>8</sup>, бити усклађено са Амандманима у року од годину дана од дана њиховог ступања на снагу. Тачно годину касније, 9. фебруара 2023. Скупштина је усвојила тзв. сет правосудних закона, међу којима се налазио и Закон о ВСС.<sup>9</sup> Усвајању овог, али и осталих закона из овог „сета“, претходила је занимљива предисторија. Наиме, током јесени 2022. године, Венецијанска комисија се два пута изјашњавала о њиховим нацртима. Први пут у октобру<sup>10</sup>, а потом и у децембру<sup>11</sup> 2022. године. Пред народне посланике је дошао владин Предлог Закона о ВСС<sup>12</sup>, чије одредбе су углавном биле у складу са препорукама Венецијанске комисије. Међутим, светлост дана је угледао другачији текст, пошто су током скупштинске расправе били усвојени бројни амандмани, али не опозиционих, већ посланика која припадају владиној већини. Ти амандмани су значајно променили физиономију Закона о ВСС, па самим тим и Високог савета судства (у даљем тексту: Савет).

Идеја водиља током читавог, вишегодишњег, процеса уставне ревизије<sup>13</sup>, била је доношење таквих уставних и законских решења која ће створити предуслове за независан рад Савета, који треба да буде гарант независности<sup>14</sup> судија и судова у Републици Србији. Ипак,

4 Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021.

5 О томе како је извршена уставна ревизија и недоумицама које су постојале, вид. Irena Pejić, “Constitutional Referendum and Judicial Reform in Serbia”, у Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXI, 94 (2022): 77-79.

6 Одлука о проглашењу Акта о промени Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 16/2022.

7 Одлука о проглашењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 16/2022.

8 Закон о Високом савету судства, „Службени гласник РС“, бр. 10/2023.

9 „Прво ванредно заседање Народне скупштине Републике Србије у Тринаестом сазиву“, Народна скупштина Републике Србије, приступљено: 10. октобра 2023, [http://www.parlament.gov.rs/Prvo\\_vanredno\\_zasedanje\\_Narodne\\_skup%C5%A1tine\\_Republike\\_Srbije\\_u\\_Trinaestom\\_sazivu.46457.941.html](http://www.parlament.gov.rs/Prvo_vanredno_zasedanje_Narodne_skup%C5%A1tine_Republike_Srbije_u_Trinaestom_sazivu.46457.941.html).

10 “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, приступљено: 15. октобра 2023, [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)030-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)030-e).

11 “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, приступљено: 15. октобра 2023, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)043-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)043-e).

12 „Предлог Закона о Високом савету судства“, приступљено: 15. октобра 2023, [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/13\\_saziv/66-23%20-%20Lat..pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/66-23%20-%20Lat..pdf).

13 О стању и препорукама за унапређење српског судства непосредно пред уставну ревизију, вид: Slobodan P. Orlović, “Constitutional Issues of the Judicial Career in Western Balkan States (Serbia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, North Macedonia)”, *Central European Journal of Comparative Law*, II, 1 (2021), 165-168.

14 Аврамовић и Јованов пишу о независности судства као „миту“ и „фантазму“, те се залажу за „непристрасност“ као прикладнији термин, док истовремено сматрају да се независност може схватити само у једном „суженом смислу“, као судијска независност приликом одлучивања у конкретним случајевима. Драгутин С. Аврамовић, Илија Д. Јованов, „Мит о независности судства“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, LV, 2 (2021), 507.

нека од најнових истраживања доносе занимљиве податке у овој области. Показало се да *de jure* и *de facto* независност судства не морају увек да буду у корелацији, да постојање адекватних правних прописа не мора нужно да води ка фактичкој независности, већ да је много чешће пресудан културолошки образац.<sup>15</sup> Постсоцијалистичке државе су се углавном определиле за успостављање посебног, независног тела, као једног од неколико модела за управљање правосуђем.<sup>16</sup> Тако је Србија 2001. (односно 2002. када је Закон о Високом савету правосуђа почео да се примењује), основала тело под називом Високи савет правосуђа, које се бавило статусним питањима и судија и тужилаца.<sup>17</sup> Устав од 2006. установио је два тела Високи савет судства и Државно веће тужилаца. Због обима рада, у наставку ћемо се бавити анализом само оних законских решења која се тичу поступка и услова за избор, као и трајања и престанка функције чланова Високог савета судства, као најважнијих за остварење независности овог тела, а последично и читавог српског судства. При томе, осврнућемо се на законска решења која је садржао стари закон, као и на неке од препорука Венецијанске комисије. На одговарајућим местима ћемо указати и на решења која је садржао Предлог Закона о ВСС, пре амандирања.

## 2. ПОСТУПАК ИЗБОРА ЧЛАНОВА ВИСОКОГ САВЕТА СУДСТВА

Број чланова Високог савета судства остао је непромењен у односу на уставно решење од 2006. године. Међутим, променила се њихова структура. Од укупно 11 чланова, сада је само један по функцији – председник Врховног суда, док су сви остали тзв. изборни чланови – шест судија и четири истакнута правника (Амандман XIII/чл. 151 ст. 1).<sup>18</sup> Прве бирају њихове колеге – судије, док се други бирају у Народној скупштини. До 2022., Устав је предвиђао да све изборне чланове бира Скупштина (стари чл. 153 ст. 3 Устава), а законом је било прецизирано да су овлашћени предлагачи за изборне чланове из реда судија – Савет (који је био обавезан да предложи Народној скупштини кандидате који су непосредно изабрани од стране судија), а истакнуте правнике предлагали су Адвокатска комора Србије, односно

15 Jerg Gutmann, Stefan Voigt, "Judicial independence in the EU: a puzzle", *European Journal of Law and Economics*, XLIX, 1 (2020), 95-96. О значају правне културе код нас, вид. Владан Петров, „Уместо парламентарне хронике: Трећа фаза српског правосуђа“, Архив за правне и друштвене науке, CXVIII, 1 (2023), 117 и 119.

16 Више о овим моделима и историјату правосудних савета упор. Vladan Petrov, „Избор судија упоредно и у Republici Србији – предлози за промену Устава“, у *Sudije u pravnom sistemu: Izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, ured. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 40-49. Irena Pejić, „Institucionalne garancije nezavisnosti sudstva: Visoki savet sudstva“, у *Sudije u pravnom sistemu: Izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, ured. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 115-120. Miloš Stanić, „Sudski saveti u Poljskoj i Estoniji“, у *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović*, ured. Jovana Rajić Čalić (Beograd: Institut za uporedno pravo u Beogradu i PF Univerziteta u Kragujevcu) 2023, 497-498.

17 Ljiljana Blagojević, „Visoki savet sudstva kao garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Србији (u svetlu Nacionalne strategije za reformu pravosuđa)“, у *Sudije u pravnom sistemu: Izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, ured. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 18.

18 Овима је испуњена тежња да састав ВСС буде уравнотежен, односно да најмање половина чланова буду судије, изабране од стране својих колега, који долазе са свих инстанци. Упор. "Judges: independence, efficiency and responsibilities: Recommendation CM/Rec(2010)12 and explanatory memorandum", Council of Europe, приступљено: 20. октобар 2023, <https://rm.coe.int/cmrec-2010-12-on-independence-efficiency-responsibilities-of-judges/16809f007d>, 10. Vladan Petrov, „Избор судија упоредно и у Republici Србији – предлози за промену Устава“, 66.

заједничка седница декана правних факултета у Републици Србији (чл. 20, старог Закона о ВСС)<sup>19</sup>. За прегледније поређење видети Табелу 1.

Табела 1. Састав Високог савета судства: поређење старих и нових уставних решења

		СТАРО УСТАВНО РЕШЕЊЕ (ЧЛ. 153)	НОВО УСТАВНО РЕШЕЊЕ (АМАНДМАН XIII/ЧЛ. 151)
Чланови по функцији		- председник Врховног касационог суда - министар надлежан за правосудје - председник надлежног одбора НС	- председник Врховног суда
Изборни чланови	Из реда судија	- шест судија (један са територије аутономних покрајина)	- шест судија
	Из реда истакнутих правника	- један адвокат - један професор правног факултета	- четири истакнута правника
		Укупно: 11	Укупно: 11

## 2.1. Поступак избора судија

Када је реч о изборним члановима Савета из реда судија, уставотворац је прописао да се приликом њиховог избора мора водити рачуна о „најширој представљености судија“, као и да председници судова не могу бити бирани у Савет, док је сва остала питања резервисао за законодавца (Амандман XIII/Члан 151. ст. 2, 3 и 6 Устава). Важећи Закон о ВСС у свом чл. 26 предвиђа нешто другачију „изборну основу“ од оне коју је прописивао стари Закон (видети детаљније у Табели 2.).

Табела 2. Заступљеност судова – „изборна основа“

СТАРО УСТАВНО РЕШЕЊЕ (ЧЛ. 153)	НОВО УСТАВНО РЕШЕЊЕ (АМАНДМАН XIII/ЧЛ. 151)
Стари Закон о ВСС (чл. 22)	Нови Закон о ВСС (чл. 26)
- 1 судија из Врховног касационог, Привредног апелационог и Управног суда; - 1 судија из апелационих судова; - 1 судија из виших и привредних судова; - 2 судија из основних, прекршајних и Прекршајног апелационог суда; - 1 судија из судова са територије аутономних покрајина.	- 1 судија из Врховног суда; - 1 судија из апелационих судова и Управног суда; - 1 судија из виших судова; - 1 судија из привредних судова и Привредног апелационог суда; - 1 судија из основних судова; - 1 судија из прекршајних судова и Прекршајног апелационог суда.

<sup>19</sup> Закон о Високом савету судства (неважећи текст), „Службени гласник РС”, бр. 116/08, 101/10, 88/11, 106/15 и 76/21.

Оваквим решењем уставотворчев налог о „најширој представљености судија“ је делимично спроведен у дело. Наиме, несумњиво је да ће по новом решењу, са аспекта стварне надлежности, судови бити представљени на адекватнији начин него што је то до сада био случај. Међутим, чини нам се да, у зависности од изборних резултата, територијална представљеност судова може да буде доведена у питање. Такође, када смо пре неколико година писали о предлозима за реструктурирање састава Савета, определили смо се за решење према којем би у састав улазиле само судије највиших судова у земљи, уз поштовање заступљености судова из свих делова државе.<sup>20</sup> Насупрот овоме, Венецијанска комисија се противи „елитистичком моделу судске управе“ и залаже за присуство и судија нижих судова, па је стога оценила да је поменута одредба Закона у складу са уставним захтевом о најширој представљености.<sup>21</sup>

У складу са чл. 27. ст. 1 Закона о ВСС, сваки судија може да буде кандидат за члана Савета из реда судија. Кандидате за чланове могу да предложи: седница свих судија једног или више судова (у зависности о којим судовима је реч), или најмање 20 судија према врсти и степену суда у којем врши судијску функцију (чл. 27 ст. 2 и 5 Закона о ВСС). Када је реч о кандидатима из редова судија Врховног, Прекршајног апелационог, Привредног апелационог и Управног суда, они овај статус стичу подношењем пријаве (чл. 27 ст. 6 Закона о ВСС). Из непрецизне формулације предвиђене чл. 28 ст. 1 Закона о ВСС, закључује се да се избори у судовима одвијају на основу општег и једнаког бирачког права, на слободним, непосредним и тајним изборима. Изборе спроводи изборна комисија као (стално) радно тело Савета (чл. 19 и 29 Закона о ВСС). У њен састав улазе председник и четири члана (као и њихови заменици), који су судије, и које бира Савет, али они истовремено не смеју да буду чланови Савета (чл. 29 ст. 2 и 4 Закона о ВСС). Мандат чланова изборне комисије траје пет година, при чему они могу поново да буду бирани на ту функцију, али се не могу кандидатовати за члана Савета (чл. 29 ст. 5 и 6 Закона о ВСС). Ни Закон, ни Правилник о раду Изборне комисије Високог савета судства<sup>22</sup>, не предвиђају, ко и на који начин, предлаже судије за чланове изборне комисије. У складу са чл. 37 ст. 2 Закона о ВСС, изборна комисија именује по три члана бирачких одбора из реда судија, за свако бирачко место. С обзиром да чланови изборне комисије на тој функцији могу да остану практично неограничено (нема забране реизбора), уз недореченост у поступку њиховог предлагања, јасно је да се ради о проблематичнијим одредбама овог Закона, које у нашим приликама могу лако да буду злоупотребљена.

## 2. 2. Поступак избора истакнутих правника

У складу са претходном уставном одредбом (стари чл. 153 ст. 2 и 3 Устава), Народна скупштина је бирала два „угледна и истакнута правника“, који су морали да поседују најмање 15 година искуства у струци, од којих је један био адвокат, а други професор правног факултета. Некадашњи Закон о ВСС је предвиђао да су овлашћени предлагачи ових кандидата за

<sup>20</sup> Ђорђе Марковић, „Независност судства у Републици Србији – предлози за промену уставног оквира за избор судија и престанак судијске функције“, Српска политичка мисао – посебно издање (2017), 212-214.

<sup>21</sup> “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, 16.

<sup>22</sup> Вид. чл. 3. Правилника о раду Изборне комисије Високог савета судства, „Службени гласник РС“, 83/2015.

Савет, Адвокатска комора Србије и заједничка седница декана правних факултета у Републици Србији (чл. 20 ст. 4 и 5 старог Закона о ВСС). Скупштина је ове изборне чланове бирала апсолутном већином (стари чл. 105 ст. 2 алинеја 15 Устава) и практично је била везана предлозима овлашћених предлагача (чл. 38 старог Закона о ВСС). Пошто је предлаган један кандидат за једно упражњено место, одабир су практично вршили овлашћени предлагачи, а Скупштина је могла само да потврди или оповргне њихов предлог.

Важећи амандмани доносе значајну новину. У складу са Амандманом XIII/чл. 153 ст. 4 Устава, Скупштина двотрећинском већином бира четири „истакнута правника“ (изостављен је пређашњи атрибут „угледни“), који морају да имају најмање десет година искуства у струци. У истој одредби је предвиђено да после спроведеног јавног конкурса, надлежни скупштински одбор предлаже осам кандидата Скупштини, а да ће читав овај процес бити прецизиран законом. У ст. 5 поменутог амандмана предвиђен је тзв. алтернативни поступак за избор истакнутих правника. Наиме, уколико Народна скупштина не изабере четири кандидата у року, који не сме да буде краћи од 15, ни дужи од 30 дана од дана пријема предлога надлежног одбора (чл. 50 ст. 2 Закона о ВСС), избор (преосталих) чланова извршиће посебна петочлана комисија (њу сачињавају: председник Народне скупштине, председник Уставног суда, председник Врховног суда, Врховни јавни тужилац и Заштитник грађана). Овај тзв. антидедлок механизам (*anti-deadlock*), односно механизам против блокаде у одлучивању, критикован је у делу наше стручне јавности<sup>23</sup>, док је Венецијанска комисија изразила „разумевање поводом тешкоће да се дизајнира одговарајући и ефективан механизам“ који би спречавао блокаде, при чему она ипак упућује на постизање политичког консензуса у парламенту као најпожељнију опцију.<sup>24</sup>

Закон о ВСС доноси неопходна прецизирања изборног поступка, али се чини да је у овоме законодавац изашао из оквира које му је уставотворац поставио. После спроведеног конкурса<sup>25</sup>, размотрених пријава и разговора са кандидатима, сваки члан скупштинског одбора има право да предложи кандидата за избор члана Савета. Одбор утврђује предлоге кандидата двотрећинском, односно, ако она не буде постигнута, тропетинском већином од укупног броја чланова одбора (чл. 49 ст. 3 и 4 Закона о ВСС). С обзиром да уставотворац ово питање није прецизирао, законодавац је добро резоновао када се по угледу на уставотворца определио за квалификовану двотрећинску већину којом ће одбор одлучивати (иначе по правилу се у одборима одлучује кворумском већином – чл. 80 ст. 1 Пословника Народне скупштине)<sup>26</sup>. Резервно решење које предвиђа тропетинску већину, као алтернативу, такође

23 Симовић наглашава да би смисао таквог механизма требало да буде подстицање доносиоца одлуке да свој посао обави, јер му у противном следи одређена санкција. Дарко З. Симовић, „Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, LVI, 1 (2022), 111.

24 “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, 14.

25 Током претходних година у нашој стручној јавности је преовладала идеја да истакнуте правнике треба да предлажу професионалне и струковне организације. Petrov, „Избор судија уредно и у Републици Србији – предлози за промену Устава“, 66. Упор. Ратко Марковић, „Нека судије и тужиоци мисле својом рођеном главом“, у Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка, уред. Друштво судија Србије, (Београд: Друштво судија Србије, 2018), 233. Марко Станковић, „Слабости положаја судске власти у Уставу Републике Србије од 2006. и у радном тексту амандмана од 2018.“, у Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка, уред. Друштво судија Србије, (Београд: Друштво судија Србије, 2018), 353.

26 Пословник Народне скупштине, „Службени гласник РС“ бр. 20/2012 - пречишћен текст.

би могло да се прихвати, с обзиром да је и ту реч о квалификованој већини, али проблем настаје поводом ситуације која је предвиђена у ст. 5 чл. 49 Закона о ВСС. Њиме је законодавац прописао да, уколико у одбору поводом одређеног (или можда и свих пријављених) лица, не би била постигнута ниједна од поменутих квалификованих већина, тј. не би дошло до утврђивања предлога кандидата, долази до примене чл. 51 Закона о ВСС (који разрађује примену алтернативног уставног механизма – рад петочлане комисије). Другим речима, уколико би дошло до блокаде у раду одбора, законодавац је предвидео заобилажење редовног (и јединог) пута, тј. одлучивање у самој Народној скупштини (на пленарној седници) и процедуру изместио пред комисију. Ова одредба је веома упитне уставности, јер је уставотворац био јасан. Само у случају да Скупштина не изабере сва четири члана, одлучивање се преноси у надлежност комисије. Дакле, процедура никако не може да се директно из надлежног одбора измести пред комисију, а да се тако заобиђе одлучивање на пленарној седници.

Иначе, спорни чл. 49 Закона о ВСС је оба пута био предмет анализе Венецијанске комисије (у октобру и децембру 2022). У децембарском Мишљењу, Комисија је „обазриво поздравила“ (*cautious welcome*) иницијативу српских власти да пропишу одлучивање одбора квалификованом већином.<sup>27</sup> Наиме, последња верзија чл. 49 Закона о ВСС, која се нашла пред Комисијом у децембру 2022, а пред народним посланицима у фебруару 2023, разликовала се од важеће. Према предложеној одредби, скупштински одбор је требало да одлучује гласовима две трећине од укупног броја његових чланова (чл. 49 ст. 3 Предлога Закона о ВСС), а уколико та већина не би била постигнута, одбор је у року од 15 дана требало да одлучује апсолутном већином (чл. 49 ст. 4 Предлога Закона о ВСС). У тој верзији, упућивање на петочлану комисију, директно из одбора, уопште се није помињало. Ту могућност, тј. нови (садашњи) ст. 5 поменутог члана, додали су владини посланици путем амандмана током скупштинске расправе о Предлогу Закона о ВСС.<sup>28</sup> Комбинацијом уставне и поменуте нововусвојене законске норме, произлази да чланови Савета који долазе из редова истакнутих правника могу да буду изабрани на чак пет различитих начина (видети Табелу 3). Тако је замислива ситуација да сваки од четворо истакнутих правника буде изабран на другачији начин, што потенцијално може да доведе и до разлике у њиховом легитимитету, што касније може да узрокује неповерење јавности у њихов рад.<sup>29</sup>

27 “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, 14.

28 „Привремене стенографске белешке (нередиговане и неауторизоване)“, Прво ванредно заседање Народне скупштине Републике Србијеу Тринаестом сазиву (Четврти дан рада), 01 Број 06-2/14-23, 8. фебруар 2023. године, Београд, приступљено: 25. октобра 2023, [http://www.parlament.gov.rs/Prvo\\_vanredno\\_zasedanje\\_Narodne\\_skup%C5%A1tine\\_Republike\\_Srbije\\_u\\_Trinaestom\\_sazivu.46457.941.html](http://www.parlament.gov.rs/Prvo_vanredno_zasedanje_Narodne_skup%C5%A1tine_Republike_Srbije_u_Trinaestom_sazivu.46457.941.html).

29 Р. Марковић пише да је основ легитимности судске власти поверење правне струке у њу. Додали бисмо, да за то најпре неопходно поверења у чланове тела које бира судску власт, односно судије. Марковић, „Нека судије и тужиоци мисле својом рођеном главом“, 231.

Табела 3. Могући начини избора истакнутих правника

	ФАЗА ПРЕДЛАГАЊА	ФАЗА ИЗБОРА
Прва могућност	Одбор предлаже 2/3 већином	НС бира 2/3 већином
Друга могућност	Одбор предлаже 2/3 већином	НС не постиже 2/3 већину – Комисија бира
Трећа могућност	Одбор предлаже 3/5 већином	НС бира 2/3 већином
Четврта могућност	Одбор предлаже 3/5 већином	НС не постиже 2/3 већину – Комисија бира
Пета могућност	Одбор не успева да предложи	Комисија врши проверу пристиглих пријава и бира

Венецијанска комисија је подвукла да је једна од „најзначајнијих компоненти реформе Високог савета судства потреба да се обезбеди да лаичка компонента Савета не буде политички хомогена“.<sup>30</sup> Обесмишљавањем поменутих квалификованих већина<sup>31</sup> и пребацавањем читавог поступка на петочлану комисију, сва је прилика да ће се ова бојазан Венецијанске комисије обистинити. Томе у прилог говори и први избор четири истакнута правника, од којих је само један изабран у Скупштини.<sup>32</sup> Механизам којим се избегава блокада сам по себи није лош, о чему говоре упоредна искуства.<sup>33</sup> Међутим, он је тада више у домену претње, опомене, јер је степен политичке културе такав, да је политички компромис пожељна и уобичајена ствар, те се процедура спроводи на начин на који је за то примарно предвиђен, а изузетак остаје само изобичајена могућност. За наше прилике, можда је боље размишљати да се у будућности изостави постојање комисије, већ да санкција за непостизање двотрећинске већине у одбору или самој Скупштини, буде њено распуштање. Тиме би се извршио притисак на све парламентарце, а ако би до распуштања дошло, онда би на изборима једна од доминантних тема морао да буде и избор истакнутих правника.

30 “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, 16.

31 Симовић критикује уставно решење о избору истакнутих правника квалификованом већином, јер сматра да је у нашим приликама она тешко достижан циљ. Симовић, „Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти“, 111. Супротно о томе: Драган М. Стојановић, „Осврт на радни текст амандмана о судској власти на Устав Републике Србије“, у *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, уред. Друштво судија Србије, (Београд: Друштво судија Србије, 2018), 264.

32 „Одлука о првом избору три члана Високог савета судства које бира Народна скупштина“, приступљено: 20. октобра 2023, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/dokumenta/odluka%20o%20izboru%20clanova%20VSS.pdf>.

33 Вид. чл. 7а немачког Закона о Савезном уставном суду, који предвиђа резервно решење уколико се судија Савезног уставног суда не изабере на уобичајени начин (сам Суд предлаже кандидата). Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), приступљено: 17. септембар 2023, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).



### 3. УСЛОВИ ЗА ИЗБОР ЧЛАНОВА ВИСОКОГ САВЕТА СУДСТВА

Поменули смо да сваки судија може да буде кандидат за члана Савета (чл. 27 ст. 1 Закона о ВСС). Уколико би се одбацио модел према којем чланове Савета из реда судија бирају само судије највиших судија, као превише елитистички, онда би могло да се размишља о увођењу услова да судије нижих судова могу да постану кандидати за чланове Савета тек по протеклу одређеног (разумног) броја година на тој функцији. Тиме би се избегла потенцијална ситуација да неко ко је тек ступио на функцију судије неког нижег суда буде предложен и биран за члана Савета. Као полазна основа за креирање ових услова би могло да послужи решење из чл. 49 Закона о судијама.<sup>34</sup>

За разлику од старог уставног решења којим је било прецизирано да два угледна и истакнута правника долазе из редова адвоката и професора права, који су морали да поседују најмање 15 година искуства у струци, ново уставно решење предвиђа блаже критеријуме. Више не постоји ограничење у погледу правничке професије, док је број година искуства у струци смањен на десет (Амандман XIII/чл. 151 ст. 4 Устава). У истом члану Устава, у ст. 7 и 8, прописано је да истакнути правник мора да буде достојан да би обављао функцију члана Савета и да не може да буде члан политичке странке. Поред ових уставних услова, заинтересована лица из редова истакнутих правника морају да испуне листу од десет додатних законских услова (чл. 44 Закона о ВСС). Пошто чл. 48 ст. 4 изричито наводи да ће се пријава сматрати недозвољеном ако заинтересовано лице не испуњава један или више тачно одређених услова, ми ћемо све услове поделити на формалне (разлози за одбацивање пријаве) и материјалне (разлози за неусвајање пријаве и неутврђивање предлога кандидата). У прву, групу формалних услова спадају: постојање општих услова за рад у државном органу, високо образовање на основним академским студијама на правном факултету (најмање 240 ЕСПБ или у трајању од четири године), горња старосна граница (да није навршило 65 година живота), да не обавља судијску или јавнотужилачку функцију, односно да не обавља тачно наведену функцију на коју се долази путем избора (непосредних или „посредних“). Другу групу услова представљају они који су подложни слободној процени коју спроводи надлежни скупштински одбор. Лице које жели да постане кандидат за члана Савета, мора да поседује искуство и знање од значаја за рад правосуђа, „да није вршио непримерен утицај на рад судије, суда или носиоца јавнотужилачке функције и јавног тужилаштва“, да у јавном иступању није заступало став који угрожава независност судства или самосталност јавног тужилаштва, да је достојно за обављање поменуте функције и коначно, „да снажно не утиче на доношење политичких одлука“. Последња два услова завређују више пажње, пошто их је и Агенција за спречавање корупције означила као проблематичне (у даљем тексту: Агенција).

У веома обимном ст. 2 поменутог чл. 44, законодавац најпре дефинише достојност као поседовање моралних особина и понашање које је у складу са тим особинама, а потом таксативно наводи које су то особине и понашања које су у складу са критеријумом достојности. Упитно је да ли је оваквој дескриптивној одредби уопште место у закону, а уколико јесте, недоумица је зашто и остали услови нису ни приближно овако детаљно описани (нпр. која су то знања од значаја за рад у правосуђу). Из мишљења Венецијанске комисије

<sup>34</sup> У овом члану су прописан минимални период радног искуства у правној струци које је потребно да лице постане судија одређеног суда. *Закон о судијама*, „Службени гласник РС“, бр. 10/2023.

закључује се да је овај покушај законског прецизирања достојности настао под утицајем ове институције, пошто је у Мишљењу из октобра указала да је „концепт достојности прилично магловит“<sup>35</sup>, што је у потоњем Мишљењу поновила и констатовала да њене препоруке нису сасвим уважене<sup>36</sup>. Забринутост Венецијанске комисије је оправдана, само је питање да ли се овако гломазним законским одредбама проблем смањује или додатно повећава, и да ли уопште и може да буде решен прецизирањем услова за избор, ако је сам поступак мањкав.

Једно од најконтроверзнијих решења овог Закона налази се у чл. 44 ст. 1 алинеја 8. Њиме је прописано да лице које жели да постане кандидат за члана Савета мора да се понаша тако „да снажно не утиче на доношење политичких одлука“. Ово законско решење је требало да прицизира двосмислену, али чини се ипак довољно јасну уставну одредбу из Амандмана XIII/чл. 151 ст. 8, према којој члан Савета из редова истакнутих правника не може да буде члан политичке странке. Уставотворац је оставио простора за двојака тумачења: да политички активно лице може да се кандидује за члана Савета, па да се по избору ишчлани из странке; односно, да је ова одредба заправо препрека и за само кандидовање.<sup>37</sup> Нама се чини да је уставна одредба морала да се тумачи тако, да лице које је члан политичке странке не може уопште да учествује у јавном конкурс за избор чланова Савета. Законодавац се очигледно служио сасвим другом логиком. Тумачењем важећег решења, произлази да члан политичке странке који „утиче“ на доношење политичких одлука, али то не чини „снажно“, може да буде кандидат за члана Савета, само је потребно да се у случају избора ишчлани из политичке странке. Ова одредба у комбинацији са оном која омогућава потпуно заобилажење Народне скупштине, прилично широко отвара врата „непримереном утицају“ на рад Савета, а посредно и читавог судства. Венецијанска комисија је предлагала као једно од решења за успостављање „безбедне дистанце у односу на партијску политику“, прописивање одређеног временског периода, који би морао да протекне од престанка политичке функције до момента избора за члана Савета.<sup>38</sup> У последњем, трећем ставу чл. 44 Закона о ВСС, предвиђено је да се приликом избора кандидата посебно „цени стручни или научни рад од значаја за рад правосуђа, као и разумевање правосуђа и залагање у професионалном раду или јавном деловању за независност судства“. Чини нам се да је овде реч о непотребном понављању нечега што је већ садржано у ст. 1 алинеја 3 и 10.

Агенција је у јануару 2023. године донела Мишљење о тзв. сету правосудних закона, међу којима се нашао и нацрт Закона о ВСС.<sup>39</sup> Нажалост, приликом усвајања тог, али и других закона из овог „пакета“, законодавац није уважио неке од примедба које је Агенција у

35 “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, 16.

36 “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, 15.

37 На ову двосмисленост је указала и Венецијанска комисија. “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, 17.

38 “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, 17.

39 „Мишљење о процени ризика од корупције у Нацрту закона о јавном тужилаштву, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о Високом савету тужилаштва и Нацрту закона о Високом савету судства“, Агенција за спречавање корупције, приступљено: 20. октобра 2023, <https://www.acas.rs/cyf/opinions/all>.

овом документу изнела.<sup>40</sup> Агенција је истакла да „употреба недефинисаних појмова“, „нејасне формулације“ и „дискрециони основ за одлучивање“, представљају факторе ризика за наста-нак корупције, а да, пошто синтагме из алинеје 8, 9 и 10 не представљају „правне стандарде“, „остаје нејасно на који начин ће надлежни одбор за правосуђе“ успети да оцени све наведе-не критеријуме.<sup>41</sup> Агенција сматра да се поменуте особине и понашања „не могу егзактно измерити, већ само проценити кроз одговарајуће показатеље“, што би могло да се оствари „подношењем одговарајућих доказа који би поткрепљивали оваква понашања кандидата“.<sup>42</sup> Као пример доказа Агенција наводи оцене о радној успешности или могућност увођења провера „понашајних компетенција“, а по узору на одредбе које регулише Закон о држав-ним службеницима.<sup>43</sup> Нисмо сигурни да положај истакнутог правника може да се сведе на компетенције државног службеника, односно, он би требало да буде и то, али и много више од тога. Особине које треба да има истакнути правник је тешко нормативно прописати и казуистички прецизирати.<sup>44</sup>

#### 4. ТРАЈАЊЕ И ПРЕСТАНАК ФУНКЦИЈЕ ЧЛАНОВА ВИСОКОГ САВЕТА СУДСТВА

Када је реч о мандату чланова Савета, пређашње уставно решење (стари чл. 153 ст. 6 Устава) је оставило простора законодавцу да пропише могућност поновног избора, што је он и био искористио, па су чланови Савета могли да буду више пута бирани, али не уза-стопно (чл. 12 ст. 2 старог Закона о ВСС). Важећа уставна одредба преузима старо решење о петогодишњем мандату чланова Савета<sup>45</sup>, али укида могућност реизбора (Амандман XIV/чл. 152 ст. 2). Међутим, ово добро решење је релативизовао Уставни закон. У чл. 8 ст. 1 Устав-ног закона прописано је одступање од нереизборности председника Врховног (раније и касационог) суда (Амандман XI/чл. 149. Устава), чиме је створена могућност да једно лице суштински буде два пута члан Савета. С обзиром да уставна промена од 2022. године следи и формални и материјални уставни континуитет Устава од 2006. године, нејасно је зашто је

40 Владимир Шебек, „Реформа правосудних закона Републике Србије – анализа коруптивних ризика“, у *Раскрића међународног кривичног и кривичног – Реформа правосудних закона Републике Србије*, уред. Милан Шкулић et al. (Палић: Удружење за међународно кривично право и Универзитет у Београду – Правни факултет, 2023), 352.

41 „Мишљење о процени ризика од корупције у Нацрту закона о јавном тужилаштву, Нацрту закона о судија-ма, Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о Високом савету тужилаштва и Нацрту закона о Високом савету судства“, 3.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.* Вид. чл. 44б и 44в Закона о државним службеницима, „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022.

44 Петров сматра да истакнути правник мора да има „врхунске правничке квалитете“, али да се сам појам никада не може да краја правно дефинисати. Vladan Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma ‘istaknuti pravni’ u Ustavu Srbije od 2006.“, у *Ko bira sudije ustavnog suda?: regionalni bilans teorije i prakse: BiH, Srbija, Hrvatska i Makedonija*, уред. Edin Šarčević (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2012), 240.

45 Иако су постојале препоруке да то буде дужи период, у трајању од шест година. Pejić, „Institucionalne garancije nezavisnosti sudstva: Visoki savet sudstva“, 125.

посегнуто за оваквим решењем, јер Високи савет судства не почиње свој (правни) живот из почетка. Тим пре што је истим актом (чл. 4 ст. 2 Уставног закона) прописано да чланови Савета из реда судија, који су на функцију ступили пре уставне промене, остају на својим функцијама. То имплицира да је „нови“ Савет и у правном и у персоналном смислу – „стари“, односно реформисани наследник, оног који је постојао пре усвајања уставних амандмана, посебно што би председник Врховног (касационог) суда свакако остао члан Савета, као члан по положају, до истека своје примарне функције (чл. 8 ст. 1 Уставног закона).

У складу са Амандманом XIV/чл. 152. ст. 5 Устава, одлуку о престанку функције свога члана, доноси Савет. Уставни суд се јавља као својеврсни другостепени орган, коме је могуће упутити жалбу, која искључује право на подношење уставне жалбе. За разлику од пређашњих уставних решења, амандмани су конституционализовали разлоге за престанак функције чланова Савета. Пре истека времена на које су бирани, члановима Савета мандат може да престане на лични захтев (оставком) и уколико буду осуђени на казну затвора у трајању од најмање шест месеци (Амандман XIV/чл. 152 ст. 4 Устава). Члановима из реда судија, функција престаје и с престанком судијске функције, док члановима из реда истакнутих правника, функција престаје и када трајно изгубе радну способност (Амандман XIII/чл. 152 ст. 4 Устава), постану недостојни њеног вршења или постану чланови политичке странке (Амандман XIV/чл. 151 ст. 7 и 8 Устава). Законодавац понавља ове услове, али додаје и један, који Устав изричито не познаје. У чл. 54 ст. 3 Закона о ВСС прописано је да пре истека мандата, члану Савета функција може да престане и „ако учестало не учествује у раду Савета без оправданог разлога“. Ова одредба се нашла у Закону под утицајем Венецијанске комисије. Она је била заузела став, да је одредба првобитног нацрта Закона, која је била преузета из старог Закона о ВСС, да члан Савета може да буде разрешен са функције уколико је не врши у складу са Уставом и законом, сувише неодређена. Због тога је њена препорука била да се изврши прецизирање уношењем решења о поновљеном неучествовању у раду Савета, без „озбиљног и објективног разлога“.<sup>46</sup> Упркос томе што је законодавац усвојио ову препоруку, Агенција је пак изнела став да таква одредба доприноси настанку ризика од корупције, јер је због њене нејасноће могуће „дискреционо одлучивање Савета у вези са поступањем члана Савета, без стварног утврђивања разлога немогућности присуствовања члана Савета његовом раду“.<sup>47</sup> Нама се чини да је овај део законске одредбе сувишан, јер је законодавац у поменутом чл. 44 ст. 2 Закона о ВСС, између осталих, као моралне компоненте достојности истакао „истрајност и узорност“. Тешко да неко може да носи епитет истакнутог правника који је истрајан и узоран, уколико без оправданог разлога не учествује (или то чини ретко) у раду тела за чијег се члана својевољно пријавио. Овде је законодавац додатно прецизирао нешто што је већ претходно покушао да прецизира (достојност). Такође, рекло би се да су и Венецијанска комисија<sup>48</sup> и Агенција упале у замку претераног улажења у детаље, које не

46 “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, 18.

47 „Мишљење о процени ризика од корупције у Нацрту закона о јавном тужилаштву, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о Високом савету тужилаштва и Нацрту закона о Високом савету судства“, 4.

48 О улози Венецијанске комисије у процесу доношења уставних амандмана, вид. Maja Nastić, “Amending the Constitution of Serbia: Searching for Balance Between National Constitutional Identity and European Identity”, in *Constitutional Identity and European Union axiology – perspective of Central European States*, ed. Grzegorz Pastuszko (Warszawa, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Wymiaru Sprawiedliwości, 2022.), 238.

би требало да буде својствено законској норми. Додатно, навођењем само овог разлога за разрешење, ма колико он био (не)одређен, произлази да члан Савета не би могао да буде разрешен уколико упркос томе што редовно присуствује седницама, опструира рад Савета на други начин (нпр. понаша се недолично). Другим речима, тешко је, или готово немогуће да законодавац или ма који нормотворац предвиди све могуће разлоге због којих би члан Савета могао оправдано да буде разрешен функције, већ је важно ко ту одлуку доноси. Тиме се враћамо на почетак, на начин избора, који би требало да гарантује да они који су изабрани, поседују такве квалитет да уопште и не дођу у ситуацију да буду разрешени.

Још занимљивије од поменуте одредбе је начин на који је законодавац разврстао одлучивање о разлозима за престанак функције члана Савета пре истека мандата. У чл. 55 Закона о ВСС прописано је да у случају испуњења једног од таксативно прописаних разлога (оставка, осуђујућа пресуда, престанак држављанства, трајни губитак радне способности, стицање услова за старосну пензију, престанак судијске функције), Савет доноси „одлуку о престанку функције члана Савета у року од 15 дана од дана сазнања за разлог престанка функције“. Дакле, може се закључити да ова одлука има декларативно дејство, јер је функција престала по сили Устава/Закона. У наредном, чл. 56 Закона о ВСС наведени су разлози за доношење конститутивне одлуке о превременом престанку функције члана Савета: „ако постане члан политичке странке, ако постане недостојан за вршење функције члана Савета или ако учестало не учествује у раду Савета без оправданог разлога“. О последњем разлогу смо се већ изјаснили, а сматрамо да би једино о чему би Савет могао да одлучује требало да буде достојност. С обзиром на неодређеност овог термина, нужно је да се његов пун домашја дефинише самом праксом Високог савета. Међутим, потпуно је нејасно, зашто је законодавац „чланство у политичкој странци“, подвео под разлоге о којима Савет треба да донесе „одлуку о предлогу за престанак функције“, односно намеће се питање о чему овде Савет уопште има да одлучује.<sup>49</sup> Овај разлог је требало да буде смештен у претходни члан Закона, о којем се доноси само декларативна одлука, јер у случају да истакнути правник, члан Савета, постане члан одређене политичке странке, његова функција у Савету престаје по сили Устава, у складу са забраном из Амандмана XIII/чл. 151 ст. 8 Устава. Овако, следећи законско решење, произлази да Савет може и да одбије предлог о престанку функције члана Савета који је постао члан политичке странке (чл. 56 ст. 4 Закона о ВСС), и да тако помену-та уставна одредба у потпуности буде изиграна. Због тога су и делови чл. 55 и 56 Закона о ВСС упитне уставности.

Према чл. 56 ст. 2 Закона о ВСС, предлог за престанак функције члана Савета из поменута три разлога, може да поднесе само неко од чланова Савета. Стари Закон о ВСС је садржао боље решење, јер је некадашњи чл. 42 предвиђао институт иницијативе за разрешење изборног члана Савета. Њу су могли да поднесу: сви његови чланови; председник било ког суда, на основу одлуке седнице свих судија, када су у питању чланови Савета из реда судија; овлашћени предлагачи за истакнуте правнике (адвоката и професора). Савет је ценио вероватност разлога за покретање ове иницијативе, па уколико би пронашао да су они вероватни, могао је да покрене поступак разрешења (чл. 43 – 45 старог Закона о ВСС).

<sup>49</sup> Да је уставотворац био је прецизнији у формулисању одредбе о инелегитимитету, законодавац би имао лакши задатак. Вид. Симић, „Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти“, 109.

Старо решење, макар када је круг оних који су могли да иницирају покретање поступка разрешења, било много прикладније него што је то случај са важећим одредбама. Садашње је сувише уско постављено, с тим да треба похвалити избацавање иницијативе, односно што је самим подношењем предлога поступак покренут. У некој будућој реформи, овлашћени предлагачи за покретање поступка разрешења могли би да буду председници судова или одређен број судија (нпр. исти онај који може да предложи кандидатуру судије за члана ВСС), односно одређен број народних посланика (нпр. њих 25, по аналогији са бројем посланика који могу да покрену поступак оцене уставности и законитости пред Уставним судом), када је реч о члановима из редова истакнутих правника.

## 5. ЗАКЉУЧАК

После 15 година примене Устава, Република Србија је делимично изменила свој највиши правни акт. Промене Митровданског устава у делу који се тиче правосуђа, биле су гласно најављиване као камен темељац независнијег судства. Почетком 2023. године, Народна скупштина је усвојила пратеће законодавство, тзв. сет правосудних закона. У овом раду акценат је био на анализи новог Закона о Високом савету судства. Иако формално нов, овај Закон се у одређеној мери ослања на решења која су постојала у старом Закону о ВСС. Општи утисак је да је законодавац морао на много бољи начин да оживотвори уставне одредбе које се тичу Високог савета. Поједина решења представљају корак назад у односу на стари Закон, поједина су двосмислена и компликована за примену, а неколицина њих је и упитне уставности. У раду је указано на кључне мањкавости, и где је било могуће, дати су предлози како би евентуална унапређења могла да изгледају. Иако су уставни амандмани уливали наду да ће, у комбинацији са адекватним пратећим законима, моћи да трасирају пут ка праведнијем и независнијем правосуђу, анализирани Закон о Високом савету судства те наде своди на најмању меру.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамовић, Драгутин С., Илија Д. Јованов. „Мит о независности судства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, LV, 2 (2021), 495–510.
2. Blagojević, Ljiljana. „Visoki savet sudstva kao garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Srbiji (u svetlu Nacionalne strategije za reformu pravosuđa)“, u *Sudije u pravnom sistemu: Izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona*, ured. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 11-39.
3. Gutmann, Jerg, Stefan Voigt. “Judicial independence in the EU: a puzzle”, *European Journal of Law and Economics*, XLIX, 1 (2020), 83–100.

4. Марковић, Ђорђе. „Независност судства у Републици Србији – предлози за промену уставног оквира за избор судија и престанак судијске функције“, *Српска политичка мисао – посебно издање* (2017), 211-229.
5. Марковић, Ратко. „Нека судије и тужиоци мисле својом рођеном главом“, у *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, уред. Друштво судија Србије, (Београд: Друштво судија Србије, 2018), 231-236.
6. Nastić, Maja. „Amending the Constitution of Serbia: Searching for Balance Between National Constitutional Identity and European Identity“, in *Constitutional Identity and European Union axiology – perspective of Central European States*, ed. Grzegorz Pastuszko (Warszawa, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Wymiaru Sprawiedliwości, 2022.), 201-241.
7. Orlović, Slobodan P. „Constitutional Issues of the Judicial Career in Western Balkan States (Serbia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, North Macedonia)“, *Central European Journal of Comparative Law*, II, 1 (2021), 163-184.
8. Pejić, Irena. „Constitutional Referendum and Judicial Reform in Serbia“, у *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXI, 94 (2022): 75-90.
9. Pejić, Irena. „Institutionalne garancije nezavisnosti sudstva: Visoki savet sudstva“, у *Sudije u pravnom sistemu: Izbor sudija u Srbiji i zemaljama regiona*, уред. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 113-127.
10. Петров, Владан. „Уместо парламентарне хронике: Трећа фаза српског правосуђа“, *Архив за правне и друштвене науке*, CXVIII, 1 (2023), 117-119.
11. Petrov, Vladan. „Izbor sudija uporedno i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava“, у *Sudije u pravnom sistemu: Izbor sudija u Srbiji i zemaljama regiona*, уред. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 39-71.
12. Petrov, Vladan. „Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma ‘istaknuti pravni’ u Ustavu Srbije od 2006.“, у *Ko bira sudije ustavnog suda?: regionalni bilans teorije i prakse: BiH, Srbija, Hrvatska i Makedonija*, уред. Edin Šarčević (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2012), 229-248.
13. Симовић, Дарко З. „Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, LVI, 1 (2022), 85-118.
14. Stanić, Miloš. „Sudski saveti u Poljskoj i Estoniji“, у *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović*, уред. Jovana Rajić Čalić (Beograd: Institut za uporedno pravo u Beogradu i PF Univerziteta u Kragujevcu) 2023, 497-511.
15. Станковић, Марко. „Слабости положаја судске власти у Уставу Републике Србије од 2006. и у радном тексту амандмана од 2018.“, у *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, уред. Друштво судија Србије, (Београд: Друштво судија Србије, 2018), 342-357.
16. Стојановић, Драган М. „Осврт на радни текст амандмана о судској власти на Устав Републике Србије“, у *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, уред. Друштво судија Србије, (Београд: Друштво судија Србије, 2018), 259-277.
17. Шебек, Владимир. „Реформа правосудних закона Републике Србије – анализа коруптивних ризика“, у *Раскришћа међународног кривичног и кривичног права –*

- Реформа правосудних закона Републике Србије*, уред. Шкулић, Милан, et al. (Палић: Удружење за међународно кривично право и Универзитет у Београду – Правни факултет, 2023), 343-353.
18. Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), приступљено: 17. септембар 2023, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).
  19. Закон о Високом савету судства (неважећи текст), „Службени гласник РС”, бр. 116/08, 101/10, 88/11, 106/15 и 76/21.
  20. Закон о државним службеницима, „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022.
  21. Закон о судијама, „Службени гласник РС“, бр. 10/2023.
  22. “Judges: independence, efficiency and responsibilities: Recommendation CM/Rec(2010)12 and explanatory memorandum”, Council of Europe, приступљено: 20. октобар 2023, <https://rm.coe.int/cmrec-2010-12-on-independence-efficiency-responsibilities-of-judges/16809f007d>.
  23. „Мишљење о процени ризика од корупције у Нацрту закона о јавном тужилаштву, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о Високом савету тужилаштва и Нацрту закона о Високом савету судства“, Агенција за спречавање корупције, приступљено: 20. октобра 2023, <https://www.acas.rs/cyr/opinions/all>.
  24. „Одлука о првом избору три члана Високог савета судства које бира Народна скупштина“, приступљено: 20. октобра 2023, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/dokumenta/odluka%20o%20izboru%20clanova%20VSS.pdf>.
  25. „Прво ванредно заседање Народне скупштине Републике Србије у Тринаестом сазиву“, Народна скупштина Републике Србије, приступљено: 10. октобра 2023, [http://www.parlament.gov.rs/Prvo\\_vanredno\\_zasedanje\\_Narodne\\_skup%C5%A1tine\\_Republike\\_Srbije\\_u\\_Trinaestom\\_sazivu.46457.941.html](http://www.parlament.gov.rs/Prvo_vanredno_zasedanje_Narodne_skup%C5%A1tine_Republike_Srbije_u_Trinaestom_sazivu.46457.941.html).
  26. „Предлог Закона о Високом савету судства“, приступљено: 15. октобра 2023, [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/13\\_saziv/66-23%20-%20Lat..pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/66-23%20-%20Lat..pdf).
  27. “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, приступљено: 15. октобра 2023, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)043-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)043-e).
  28. “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, приступљено: 15. октобра 2023, [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)030-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)030-e).
  29. Одлука о проглашењу Акта о промени Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 16/2022.
  30. Одлука о проглашењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 16/2022.
  31. Пословник Народне скупштине, „Службени гласник РС“ бр. 20/2012 - пречишћен текст.
  32. Правилник о раду Изборне комисије Високог савета судства, „Службени гласник РС“, 83/2015.



33. Привремене стенографске белешке (нередиговане и неауторизоване), Прво ванредно заседање Народне скупштине Републике Србијеу Тринаестом сазиву (Четврти дан рада), 01 Број 06-2/14-23, 8. фебруар 2023. године, Београд, приступљено: 25. октобра 2023, [http://www.parlament.gov.rs/Prvo\\_vanredno\\_zasedanje\\_Narodne\\_skup%C5%A1tine\\_Republike\\_Srbije\\_u\\_Trinaestom\\_sazivu.46457.941.html](http://www.parlament.gov.rs/Prvo_vanredno_zasedanje_Narodne_skup%C5%A1tine_Republike_Srbije_u_Trinaestom_sazivu.46457.941.html).

## LITERATURE

1. Avramović, Dragutin S., Ilija D. Jovanov. "The Myth of the Independence of the Judiciary", *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, LV, 2 (2021), 495–510.
2. Blagojević, Ljiljana., "The High Council of the Judiciary as a guarantor of the independence of the judiciary in the Republic of Serbia (in the light of the National Strategy for Judicial Reform)", in *Judges in the legal system: Selection of judges in Serbia and the countries of the region*, edit. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 11-39.
3. Gutmann, Jerg, Stefan Voigt. "Judicial independence in the EU: a puzzle", *European Journal of Law and Economics*, XLIX, 1 (2020), 83–100.
4. Marković, Đorđe. "Independence of the judiciary in the Republic of Serbia - proposals for constitutional framework change concerning the election of judges and the termination of judicial function", *Srpska politička misao - Special Issue* (2017), 211-229.
5. Marković, Ratko. "Let judges and prosecutors think with their own head", in *Evidence of preparations for the change of the Constitution since 2006 and the profession*, ed. Society of Judges of Serbia, (Belgrade: Judges Association of Serbia, 2018), 231-236.
6. Nastić, Maja. "Amending the Constitution of Serbia: Searching for Balance Between National Constitutional Identity and European Identity", in *Constitutional Identity and European Union axiology – perspective of Central European States*, ed. Grzegorz Pastuszko (Warszawa, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Wymiaru Sprawiedliwości, 2022.), 201-241.
7. Orlović, Slobodan P. "Constitutional Issues of the Judicial Career in Western Balkan States (Serbia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, North Macedonia)", *Central European Journal of Comparative Law*, II, 1 (2021), 163-184.
8. Pejić, Irena. "Constitutional Referendum and Judicial Reform in Serbia", у *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXI, 94 (2022): 75-90.
9. Pejić, Irena. "Institutional guarantees of judicial independence: High Council of the Judiciary", in *Judges in the legal system: Selection of judges in Serbia and the countries of the region*, edit. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 113-127.
10. Petrov, Vladan. "Instead of a parliamentary chronicle: The third phase of the Serbian judiciary", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, CXVIII, 1 (2023), 117-119.
11. Petrov, Vladan. "Choice of judges in comparative and in the Republic of Serbia - Proposals for Changing the Constitution" in *Judges in the legal system: Selection of judges in Serbia and*

- the countries of the region*, edit. Edin Šarčević, Vladan Petrov (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2013), 39-71.
12. Petrov, Vladan. "Why does the judge of the constitutional court (not) have to be a prominent jurist? – analysis of the term 'prominent legal' in the Constitution of Serbia since 2006", in *Who elects the judges of the constitutional court?: regional balance of theory and practice: BiH, Serbia, Croatia and Macedonia*, ed. Edin Sarcevic (Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo, 2012), 229-248.
  13. Simović, Darko Z. "Constitutional amendments out of necessity - a critical review of the constitutional reform of judicial power", *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad*, LVI, 1 (2022), 85-118.
  14. Stanić, Miloš. "Judicial councils in Poland and Estonia", in *Comparative legal challenges in contemporary law - in memoriam Dr. Stefan Andonović*, edit. Jovana Rajić Čalić (Belgrade: Institute of Comparative Law and Faculty of Law University of Kragujevac) 2023, 497-511.
  15. Stanković, Marko. "Weaknesses of the position of the judiciary in the Constitution of the Republic of Serbia from 2006 and in the working paper of the amendments from 2018.", in *Evidence of preparations for the change of the Constitution since 2006 and the profession*, ed. Society of Judges of Serbia, (Belgrade: Judges Association of Serbia, 2018), 342-357.
  16. Stojanović, Dragan M. "Review of the working text of the amendment on judicial power to the Constitution of the Republic of Serbia", in *Evidence of preparations for the change of the Constitution since 2006 and the profession*, ed. Society of Judges of Serbia, (Belgrade: Judges Association of Serbia, 2018), 259-277.
  17. Šebek, Vladimir. "Reform of judicial laws of the Republic of Serbia - analysis of corruption risks", in *Crossroads of international criminal and criminal law - Reform of judicial laws of the Republic of Serbia*, ed. Škulić, Milan, et al. (Palić: Association for International Criminal Law and University of Belgrade - Faculty of Law, 2023), 343-353.
  18. Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), приступљено: 17. септембар 2023, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).
  19. Law on the High Judicial Council (invalid text), "Official Gazette of the Republic of Serbia", no. 116/08, 101/10, 88/11, 106/15 и 76/21.
  20. Law on Civil Servants, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 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.
  21. Law on Judges, "Official Gazette of Republic of Serbia", no. 10/2023.
  22. "Judges: independence, efficiency and responsibilities: Recommendation CM/Rec(2010)12 and explanatory memorandum", Council of Europe, приступљено: 20. октобар 2023, <https://rm.coe.int/cmrec-2010-12-on-independence-efficiency-responsibilites-of-judges/16809f007d>.
  23. "Opinion on the assessment of the risk of corruption in the Draft Law on Public Prosecution, the Draft Law on Judges, the Draft Law on the Organization of Courts, the Draft Law on the High Council of Prosecution and the Draft Law on the High Council of the Judiciary", Agency for the Prevention of Corruption, October 20, 2023, <https://www.acas.rs/cyr/opinions/all>.

24. “Decision on the first election of three members of the High Council of the Judiciary elected by the National Assembly”, October 20, 2023, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/dokumenta/odluka%20o%20izboru%20clanova%20VSS.pdf>.
25. “First Extraordinary Session of the National Assembly of the Republic of Serbia in the Thirteenth Convocation”, National Assembly of the Republic of Serbia, October 10, 2023, [http://www.parlament.gov.rs/Prvo\\_vanredno\\_zasedanje\\_Narodne\\_skup%C5%A1tine\\_Republiclike\\_Srbije\\_u\\_Trinaestom\\_sazivu.46457.941.html](http://www.parlament.gov.rs/Prvo_vanredno_zasedanje_Narodne_skup%C5%A1tine_Republiclike_Srbije_u_Trinaestom_sazivu.46457.941.html).
26. “Proposal of the Law on the High Judicial Council”, October 15, 2023, [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/13\\_saziv/66-23%20-%20Lat..pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/66-23%20-%20Lat..pdf).
27. “Serbia – Follow-Up Opinion to the Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary (CDL-AD(2022)030)”, CDL-AD(2022)043, Venice Commission, приступљено: 15. октобра 2023, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)043-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)043-e).
28. “Serbia – Opinion on Three Draft Laws Implementing the Constitutional Amendments on the Judiciary”, CDL-AD(2022)030, Venice Commission, приступљено: 15. октобра 2023, [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)030-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)030-e).
29. Decision on the Promulgation of the Act on Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia”, no. 16/2022.
30. Decision on the Promulgation of the Constitutional Law for the Implementation of the Act on Amending the Constitution of the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia”, no. 16/2022.
31. Rules of Procedure of the National Assembly, “Official Gazette of the Republic of Serbia” no. 20/2012 - revised text.
32. Rulebook on the work of the Election Commission of the High Council of the Judiciary, “Official Gazette of the Republic of Serbia”, 83/2015.
33. Temporary shorthand notes (unredacted and unauthorized), First Extraordinary Session of the National Assembly of the Republic of Serbia in the Thirteenth Convocation (Fourth Day of Work), 01 Number 06-2/14-23, February 8, 2023, Belgrade, October 25, 2023, [http://www.parlament.gov.rs/Prvo\\_vanredno\\_zasedanje\\_Narodne\\_skup%C5%A1tine\\_Republiclike\\_Srbije\\_u\\_Trinaestom\\_sazivu.46457.941.html](http://www.parlament.gov.rs/Prvo_vanredno_zasedanje_Narodne_skup%C5%A1tine_Republiclike_Srbije_u_Trinaestom_sazivu.46457.941.html).

## THE HIGH JUDICIAL COUNCIL IN THE NEW NORMATIVE SETTING

**Dorđe Marković**

University of Belgrade – Faculty of Law<sup>50</sup>

*Summary:* In the first quarter of 2022, the Republic of Serbia has partially changed its 2006 Constitution. Solely certain parts of the Constitution concerning the election of judges and prosecutors were changed, with the aim of providing greater independence in their work. One of the most important novelties is that all judges should be elected by an independent body – the High Judicial Council (hereinafter: HJC). In the spring of 2023, the laws by which these constitutional provisions are implemented were adopted. The focus of this paper is (in fact) the law related to the HJC, the body which is supposed to be the regulator of the independence of the judiciary. The paper analyses the composition, procedure and conditions needed to select the HJC's members, and also the duration and termination of their mandate. The general impression is that the law does not follow the basic intention of the Constitution, which is reflected in the fact that the Council should be truly independent. According to the spirit of the Constitution, the High Judicial Council should have a key role in the process of choosing the judges. Thus, its degree of independence in deciding is directly proportional to the future independence of the judges and the judiciary in general. On the contrary, we are inclined to believe that the legislator tried to limit the range of the independence of the HJC in all aspects. Many of the law provisions are ambiguous, difficult to implement and constitutionally questionable. In the article, the author points out most of the key weaknesses of the law and gives the proposals *de lege ferenda*. Be that as it may, we are afraid that there are few reasons for optimism, because hardly can we expect that such legal solutions will bring true independence to the HJC and, in turn, to Serbian judiciary as a whole. The author sincerely hopes that the reality will show the other side of the coin or that Serbia will bring a better law in this area as soon as possible.

**Key words:** Republic of Serbia, Constitution of Serbia, Law on the High Judicial Council, judicial independence, High Judicial Council.

---

50 LL.M. University of Belgrade – Faculty of Law, djordje.markovic@ius.bg.ac.rs.

# СЛОБОДАН ПОСЛАНИЧКИ МАНДАТ У ПРОПОРЦИОНАЛНИМ ИЗБОРНИМ СИСТЕМИМА – ДЕМОКРАТСКА ТЕКОВИНА ИЛИ МАНИПУЛАЦИЈА БИРАЧА

Никола Перишић<sup>1</sup>

Институт за политичке студије

**Анстракт:** Пропорционални изборни системи користе систем изборних листа које могу бити отворене или затворене за гласаче. У Републици Србији користи се пропорционални изборни систем са затвореним изборним листама за бираче. Додатна специфичност изборног система у Србији је и то што је цела држава једна изборна јединица. Такав изборни систем користи се још у три државе не рачунујући Србију. У таквим изборним системима отвара се питање да ли посланички мандат треба да буде слободан или везан за листу на којој је кандидат изабран за народног посланика. Политичке странке су покушавале да се заштите од одласка посланика из својих редова кроз тзв. бланко оставке које би биле активирани када појединац напусти посланичку групу или политичку странку којој припадају. Међутим, од 2011. изборно право у Србији, на сугестију Венецијанске комисије Савета Европе, експлицитно дефинише мандат као слободан и управо је та промена довела до честих напуштања посланика листа на којима су изабрани, а најдрастичније последице таквог поступка су формирања посланичких клубова странака које нису преишле изборни праг или, чак, нису ни постојале у тренутку одржавања изборног процеса. То отвара питање да ли је на уштрб демократске тековине која прописује да је посланик аутономан у свом деловању у односу на политичку странку којој припада, дошло до манипулације изборне воље грађана исказане на непосредним изборима за скупштински састав. Управо на ту дилему, кроз анализу свих вишестраначких састава Народне скупштине у Србији, одговара овај рад.

**Кључне речи:** пропорционални изборни систем, слободан мандат, везан мандат, посланичке групе, Народна скупштина Републике Србије.

---

<sup>1</sup> Истраживач-приправник, Институт за политичке студије, nikola.perisic.fpn@gmail.com

## 1. УВОД

Тема овог рада је парламентарна репрезентативност политичких странака у Србији које тај статус нису стекле на изборима. Изостанак из парламента може се јавити као последица неучествовања на изборима, неосвајања минималног броја гласова за учествовање у расподели мандата или непостојања политичке странке, покрета или удружења у тренутку одржавања избора. Сведоци смо, да у сваком скупштинском сазиву имамо примере посланика који напуштају посланичку групу листе на којој су изабрани за народне посланике. Од увођења вишестраначког партијског система у Србији 1990. године 90 народних посланика је, у неком тренутку, било део политичке странке која није тај статус обезбедила на парламентарним изборима. На то треба додати и актуелну ситуацију у *Народној страници* где је председник те посланичке групе Мирослав Алексић напустио странку и најавио формирање сопственог покрета и посланичке групе. Нова посланичка група коју предводи Мирослав Алексић зове се *Народни покрет Србије – Еколошки устанак – Ново лице Србије*, и уз Алексића, чланови су још: Борислав Новаковић (изабран на листи *Уједињени* чији је део била *Народна странка*), Славица Радовановић (изабрана на листи *Уједињени* чији је део била *Народна странка*), Ђорђе Станковић (изабран на листи *Уједињени* чији је део била *Народна странка*) и Милош Парандиловић (изабран на лист *Покрет за обнову Краљевине Србије*). Тој посланичкој групи се недавно прикључио и Александар Јовановић Ђута који је изабран на листи *Морамо*. У садашњем сазиву, већ као самостални посланик наступа Дејан Булатовић (изабран на листи *Уједињени* чији је део била *Странка слободе и правде*).

Неретко такво понашање народних посланика је за последицу имало да странке или покрети који су прешли изборни праг, попут *Демократске странке Србије*, *Двери* или *Доста је било* у сазиву (2016-2020), изгубе статус посланичке групе, док су политичке групације попут *Странке слободе и правде* или *Народне странке*, обезбедиле своје посланичке групе иако у тренутку избора, у марту 2016. године, нису постојале под тим називима у регистру политичких партија.

Рад ће бити подељен у неколико делова. На самом почетку ће бити дат теоријски приказ феномена парламентарне репрезентативности која није подржана од стране бирача на изборима, затим ће бити дат уставни оквир који се односи на статус мандата народног посланика. Посебна пажња ће бити поклоњена захтеву Венецијанске комисије из 2011. године, да мандат посланика и одборника буде слободан. Основно истраживачко питање јесте да ли се тренд неизборне парламентарне репрезентативности повећао од када је 2011, законодавац, статус мандата препознао као слободан, док ће у другом делу рада бити анализирани и приказани конкретни примери народних посланика који су променили политичку странку, и тиме утицали на репрезентативност парламента. То ће довести до одговара на истраживачко питање.

Истраживање за циљ има да укаже на то да ли је и колико је тренд неизборне парламентаризације повећан од када је на експлицитан начин децидирано да је мандат слободан. Посебно ће бити указано на евентуална решења која би могла да се примене, како би се успоставила равнотежа између права посланика да искажу своје мишљење, али и поштовања воље грађана, с обзиром на то да се у Србији гласа за листе, а не за појединачне кандидате.

Другим речима речено, у Србији су листе затворене и за бираче и за политичке странке<sup>2</sup>. На крају ће се резимирати како неизборна парламентарна репрезентативност оставља последице на функционисање партијског система.

## 2. ТЕОРИЈСКИ ОКВИР

Политичке странке су се развиле из потребе да се створи медијатор између друштва и државе, што је подстакло и настанак партијских система<sup>3</sup>. Као једна од главних карактеристика политичких система посткомунистичких и постсоцијалистичких држава наводе се стални настанак, расколи и стварање нових политичких странака<sup>4</sup>. Настанак нових политичких странака најчешће се јавља као последица напуштања, појединаца или веће групе припадника, неке политичке партије. Постоји неколико врста разлога којима се може објаснити промена политичке странке. Политичари који „живе за политику”, а не „од политике” странку мењају када увиде да се предизборна обећања не испуњавају. Међутим, имамо и супротну врсту политичара који основни циљ бављења политиком виде у клијентелизму и ти политичари мењају „страначке дресове” искључиво када су исцрпљени сви бенефити у оквиру странке чији су првобитно чланови<sup>5</sup>. Дакле, они мењају политичку опцију тек када су сигурни да ће, од те одлуке, имати више користи него губитака – може се закључити да они политички делају на основу Олсонове Теорије рационалног избора. Основне разлоге преласка у другу политичку странку треба тражити и у непостојању унутарстраначке демократије, односно непостојању плурализма мишљења и наглашеној улози лидера<sup>6</sup>.

Промена посланичке групе, односно напуштање посланичке групе политичке странке, покрета или групе грађана захваљујући којој је појединац добио прилику да буде представник грађана, се врло често, у акемским круговима, назива страначко одметање<sup>7</sup>. Под тим термином се подразумева „свака промена страначке припадности изабраних представника”<sup>8</sup>. Када дође до такве ситуације, како бележи Илић, не мора нужно доћи до преласка у другу политичку странку, одосно посланички клуб. Међутим, то је врло чест случај. Промена страначке припадности може се јавити као последица: 1) нестанка, односно гашења неке странке; 2) партијске поделе и 3) спајања странака<sup>9</sup>. Често мењање „страначких боја” показује да су политичке странке те које доминирају унутар политичког система, иначе се политичари не би

2 Slaviša Orlović, *Politički život Srbije – između partokratije i demokratije* (Beograd: Službeni glasnik, 2008), 47.

3 Vlade Simović, “Političke partije u Bosni i Hercegovini”. *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini – Analiza postdejtonskog političkog sistema* (Sarajevo: Sarajevo Open Centre, 2011), 331.

4 Shabad, Goldie, and Kazimierz M. Slomczynski, “Inter-party mobility among parliamentary candidates in post-communist East Central Europe.” *Party politics* 10 (2004): 159.

5 Despot Kovačević, “Institucionalizacija partijskog sistema u Srbiji”. *Politički život*, 10. (2014): 66.

6 Abdou Leila Hadj, Tim Bale, and Andrew Peter Geddes. «Centre-right parties and immigration in an era of politicisation.» *Journal of Ethnic and Migration Studies* 48 (2022): 329.

7 Vujo Ilić, “Stranačko odmetanje narodnih poslanika u Srbiji 1990-2020.”, u *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020), 961.

8 Heller, William, and Carol Mershon, *Political parties and legislative party switching*. Springer, 2009.

9 Shabad, Goldie, and Kazimierz M. Slomczynski, “Inter-party mobility among parliamentary candidates in post-communist East Central Europe.” *Party politics* 10 (2004): 161.

трудиле да се пребацају<sup>10</sup>. Треба разликовати прелазак у странку која већ има парламентарни статус од преласка у политичку странку која тај статус нема. „Преласком у већ постојеће посланичке клубове се нарушава пропорционалност”. Нарушавање те пропорционалности може довести и до промене односно задржавања скупштинске већине, док се преласком у новоформирану посланичку групу, директно на неки начин, злоупотребљава воља грађана исказана на биралиштима.

Парламентарна представљеност политичких странака, које нису учествовале на изборима или представљеност у највишем законодавном телу одређене државе, политичких опција које нису достигле законом прописани изборни праг, се назива „неизборна парламентаризација”<sup>11</sup> или „постизборна парламентаризација”<sup>12</sup>. Постоје три могућности да политичка странка стекне парламентарну представљеност, иако није учествовала на изборима<sup>13</sup>. Прва, и уједно најчешћа ситуација, је да странка не постоји у тренутку избора, друга могућа ситуација је да странка није скупила довољно гласова да пређе потребан изборни праг, док је трећа ситуација да странка није учествовала на изборима из два разлога: ако није скупила довољан борј потписа како би предала кандидатуру за учешће на изборима или ако, из неког разлога, није желела да учествује у изборном процесу. У Србији најбољи пример за неизборну парламентарну представљеност јесте парламентарни сазив од 2016. до 2020, када су две странке имале своје посланичке групе. У питању су *Народна странка* и *Странка слободе и правде*, али то је била карактеристика и ранијих сазива као на пример када је *Српски покрет обнове* стекао парламентарну представљеност захваљујући посланику Литановићу који је из ДСС-а прешао управо у СПО. Такође, у историји српског парламентаризма јављали су се колективни преласци у друге странке, углавном као последица јављања фракција. Тако је, рецимо, формирању *Српске напредне странке* претходило формирање посланичке групе *Напред Србију*, коју су конституисала 23 посланика изабрана на листи *Српске радикалне странке*, да би им се накнадно прикључио и посланик *Демократске странке Србије* Драган Шормаз.

Оно што може довести до „постизборне парламентаризације” јесте статус мандата народних посланика. Постоје две врсте мандата: императивни и слободан. Теоријско разграничење између слободног и императивног посланичког мандата извршено је према односу посланика и бирача, с обзиром на количину и канале утицаја бирача на посланике, на природу њихове везе (чисто политичка - код слободног, политичкоправна - код императивног мандата), а не с обзиром на то каква је релација према носиоцу процеса кандидовања, у првом реду политичкој странци, односно коалицији<sup>14</sup>. Императивни мандат настао је у периоду скупштинских сталежа, када су делегати имали обавезу да следе прецизну инструкцију како да се одреде приликом скупштинских седница које је монарх арбитрарно сазивао<sup>15</sup>. “Императивни мандат своди посланика на трансмисију, *мегафон* бирачког тела (у ствари,

10 Allen Scott J, «Creative cities: Conceptual issues and policy questions.» *Journal of urban affairs*, 28 (2006): 4.

11 Mirjana Kasapović, *Izborni leksikon* (Zagreb: Politička kultura, 2003) 32.

12 Slaviša Orlović, *Politički život Srbije – između partokratije i demokratije* (Beograd: Službeni glasnik, 2008), 71.

13 Susan Stokes, «Political parties and democracy.» *Annual Review of Political Science*, 2 (1999): 249.

14 Zoran Tomić, “Ustav ipak nije pogažen!”. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 75 (2003): 91.

15 Stefan Surlić, «Pojam, vrste i osnovna obeležja parlamentarnog mandata”. *Godišnjak FPN*, 9 (2013): 53.



партије) која има право да га опозове ако не остварује тај задатак<sup>16</sup>. Императивни мандат сматра се недемократским и управо зато је у многим уставима експлицитно забрањен, као што су Француска, Данска или Немачка. Односно, у државама које имају демократску традицију и могу се сматрати етаблираним демократијама. Јавља се само у појединачним случајевима, као што су Индија, Бангладеш и Панама<sup>17</sup>. Са друге стране, како се развијао концепт либералне демократије, долази до стварања друге врсте мандата, а то је слободан мандат. Код слободног мандата сматра се да грађански представник репрезентује општу вољу (*la volonté général*) и да није обавезан у сваком поједином случају да заступа ставове своје изборне јединице - прецизније речено, партије која га је предложила или подржала. Уколико мандат народног посланика припада овој врсти, сам носилац мандата је појединац који је изабран на ту функцију и сам одлучује на који ће начин управљати њиме, док је на грађанима да после истека одређеног временског периода, оцене да ли је на ваљан начин и у њиховом интересу управљано њиме. "Слободни мандат се сматра супериорним у односу на императивни, јер обезбеђује да уместо априорног става диктираног од стране руководства партије, формира своје мишљење узимајући у обзир аргументе и чињенице које изnose други посланици у демократској расправи". Гоати, такође, говори и о нежељеним ефектима до којих може да доведе институција слободног мандата<sup>18</sup>. Наиме, слободни мандат може повећати "неизборну парламентаризацију", јер се чешће и лакше мења "партијски дрес" од стране посланика, а и пружа се прилика богатим појединцима да финансијски стимулишу "посланичке трансфере" и да тако мењају односе снага у највишем представничком телу и најзад, омогућавање посланицима да, у току трајања мандата, прелазе у партије које су претрпеле неуспех на изборима или на њима нису ни учествовале<sup>19</sup>.

### 3. СТАТУС МАНДАТА НАРОДНИХ ПОСЛАНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Први вишестраначки избори у савременој историји Србије су одржани 1990. године и примењен је двокружни већински изборни систем са једномандатним изборним јединицама<sup>20</sup>. У складу са изборним системом који је примењиван, члан 76 Устава је прописао да „народни посланик представља грађане изборне јединице у којој је изабран“. Од ванредних избора 1992. у Србији се користи пропорционални изборни систем<sup>21</sup>. На изборима те и следеће године (1993) коришћен је пропорционални изборни систем са девет изборних јединица. Многи теоретичари сматрају да се управо у пропорционалном изборном систему

16 Irena Pejić, *Izborni i parlamentarni mandat u Srbiji od 1990. godine* u *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020), 829.

17 Nenad Vuković, "Ustavne garancije partijskog mandata". *Nova srpska politička misao*, 16 (2008): 110.

18 Vladimir Goati, «Parlamentarizam i partijski sistem Srbije», u *Dileme i izazovi parlamentarizma* (Beograd: Konrad Adenauer Stiftung i Fakultet političkih nauka, 2007), 129.

19 Miloš Stanić, "Uticaј francuske discipline i kohezije na slobodan poslanički mandat". *Srpska politička misao*, 4 (2016): 371.

20 Milan Jovanović, *Politički sistem Srbije* (Beograd: Fakultet političkih nauka, 2012), 32.

21 *Ibid.*

чешће јавља промена страначке припадности него што је то појава у већинским<sup>22</sup>. У периоду 1992-1997. године, републичко изборно законодавство регулисало је само добровољно иступање из политичке партије на чији предлог је посланик изабран као правни основ за престанак посланичког мандата. Међутим, у овом политичком раздобљу, у парламентарној пракси, јавља се институција бланко оставки које су партијски кандидати за посланике потписивали и предавали свом страначком руководству<sup>23</sup>.

Митровданским уставом из 2006. године, чланом 102, дефинисан је статус мандата народног посланика „народни посланик је слободан да, под условима предвиђеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији је предлог изабран за народног посланика”<sup>24</sup>. На основу овог члана Устава да се закључити да је мандат императивни. Такође, треба истаћи и “забринутост Венецијанске комисије, која сматра да је концентрисана претерана власт у рукама страначког вођства”<sup>25</sup>. Оваква оцена Венецијанске комисије, али и условљеност “европског пута” Србије од стране Европске комисије, јер у законодавству Европске уније не постоји пракса императивног мандата<sup>26</sup> је утицало на то да у мају 2011. дође до промене Закона о избору народних посланика. Члан 88 овог Закона је прописао да “народни посланик оставку подноси лично председнику Народне скупштине Републике Србије, која мора бити оверена и не старија од три дана”<sup>27</sup>. Слична формулација поновљена је у Кодексу понашања народних посланика који је усвојен у децембру 2020. године. У члану 4 наводи се да “народни посланик, као слободно изабрани представник грађана, делује у јавном интересу грађана којима је одговоран за свој рад”<sup>28</sup>.

Подсећања ради, у Србији су листе затворене и за бираче и за политичке странке<sup>29</sup>. При таквим правилима, јасно је да гласача, приликом гласања, најчешће привлачи политичка странка у целини или њен лидер, а много ређе неки појединац који се налази на листи, јер, на то ко ће бити на листи, много више утичу партијски лидери него грађани<sup>30</sup>. “Што се тиче пропорционалног изборног система, ако политичке организације не би могле да утичу на задобијене посланичке мандате, опасност да се посланик отме од програма и листе посредством које(г) је стекао посланичку позицију, тј. да злоупотреби свој посланички положај биле би осетне”<sup>31</sup>.

22 Carol Mershon, Olga Shvetsova, *Party system change in legislatures worldwide: Moving outside the electoral arena* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 112.

23 Irena Pejić, „Изборни и парламентарни мандат у Србији од 1990. године“ у *Кako, koga i зашто смо бирали: избори у Србији 1990-2020. године* (Београд: Институт за политичке студије, 2020), 833.

24 Устав Републике Србије (2006), члан 102

25 Milan Jovanović, “Мишљење Венецијанске комисије о Уставу Србије – Случај слободних мандата”. *Годишњак FPN*, I (2007): 246.

26 Andre Blais, Louis Massicote, “Electoral systems”. *Comparing democracies*, 2 (1996): 47.

27 Закон о избору народних посланика, *Службени гласник Републике Србије* бр: 36/2011-93

28 Кодекс понашања народних посланика, *Службени гласник Републике Србије* бр: 156/2020-3

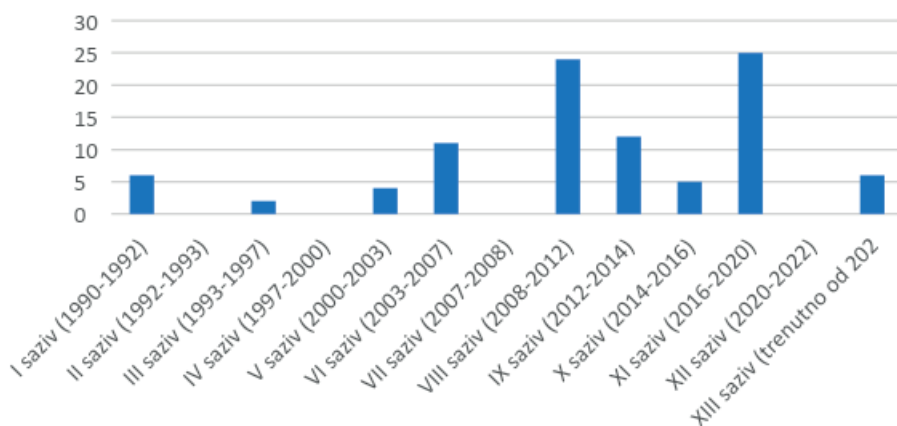
29 Slaviša Orlović, “Теорија коалиција и формирање владе”. *Годишњак FPN* 4 (2010): 102.

30 Despesato Scott, “Parties for rent? Ambition, ideology, and party switching in Brazil’s chamber of deputies.” *American Journal of Political Science*, 50 (2006): 68.

31 Tomić, “Устав ипак није погажен!”, 108.

## 4. АНАЛИЗА ПО СКУПШТИНСКИМ САЗИВИМА ОД 1990. ГОДИНЕ

Број народних посланика по сазивима који су омогућили парламентарно представљање странака које то нису обезбедиле на изборима



Графикон 1: обрада аутора

Као што је већ напоменуто, на првим савременим вишестраначким изборима у Србији 1990. године, коришћен је двокружни већински изборни систем са једномандатним изборним јединицама. С обзиром на то да, као што је већ констатовано, у већинском изборном систему страначко одметање је мање заступљено, то је потврђено и на овом нашем примеру. Ипак, у том периоду је забележено прво напуштање странке на чији су предлог посланици изабрани. Наиме, у јулу 1992, шест посланика *СПС*-а (Момчило Трајковић, Јован Цветковић, Предраг Лазић, Илија Росић, Родољуб Тодоровић и Милан Швабић) су напустили ту странку и формирали *Социјалдемократску партију*. На следећим парламентарним изборима ова новоформирана политичка странка није прешла изборни праг.

Избори 1992. су били први ванредни, што ће се касније показати као једна од главних карактеристика изборног процеса у Србији. Због врло нестабилне ситуације у држави, мандат посланика у том сазиву је прекинут после 10 месеци. У овом сазиву ниједан посланик није променио странку преко чије листе је кандидован за народног посланика. Могуће је да је један од разлога дужина трајања сазива.

Изборни процес 1993. године одржан је по непромењеним правилима у односу на претходни изборни циклус. У овом сазиву ће се јавити једна специфичност. Наиме, једна од странака која је била у саставу коалиције *ДЕПОС – Нова демократија*, по уласку у Народну скупштину, основала је самостални посланички клуб и постала део владајуће коалиције, иако је на изборима наступала као део опозиционог клуба. Поменути случај не можемо подвести под парламентарну представљеност без учешћа на изборима, али свакако је утицало на стварање парламентарне већине. Треба споменути да је једна врста раскола

задесила и СПО, “због неслагања око тога како странка треба да се посвети према горућим питањима која су потресла државу. Међутим, ти посланици нису напустили посланичку групу *Српског покрета обнове* до краја мандата”<sup>32</sup>. С друге стране имамо пример *Српске радикалне странке* која се, исто, суочила са напуштањем групе од шест посланика. Касније су мандати одузети тројници посланика, а тројници нису одузети. Свих шест посланика су формирали своју посланичку групу, али нису представљали неку другу политичку партију и због тога их не можемо квалификовати као постизборну парламентаризацију. Један од примера непарламентарне репрезентативности је Владан Батић, који је напустио ДСС и основао *Демокришићанску странку*, али је остао посланик. Такође, слична ствар је задесила и Странку националних мањина Мађара - *Демократску заједницу војвођанских Мађара* из које је иступио Андраш Агоштон и формирао *Демократску странку војвођанских Мађара*, а остао члан Народне скупштине. Свакако треба имати у виду да су ова два случаја била појединачна и да су ти појединци формирали своје странке, али без обзира на те чињенице, ипак их треба назвати постизборном парламентаризацијом. *Социјалистичка партија Србије* је, у овом сазиву, неколико пута користила могућност постојања бланко оставки. После потписивања *Дејтонског споразума* (1995) посланици Милорад Вучелић и Бранко Баљ остали су без мандата. Касније су мандати узети и Аници Козбашић, Небојши Човићу и Гојку Величковићу.

Избори 1997. године су били први редовни избори у историји наше земље и права реткост у оквиру изборног процеса у Србији. На овим изборима је промењен број изборних јединица, тачније са девет је повећан на 29, а задржан је пропорционални изборни систем. Део опозиције је ову промену протумачио као *церимадеринг* - прекрајање изборних јединица како би се утицало на исход избора и због тога су прогласиле бојкот тих избора<sup>33</sup>. *Демократска странка* и *Демократска странка Србије* су највеће опозиционе странке које нису учествовале на изборима. *Нова демократија* је, због одлуке коалиционих партнера, 1999. године остала без свих пет мандата које су освојили у коалицији са СПС-ом и ЈУЛ-ом. Једна слична ситуација задесила је коалицију *Војводине*, јер су *Лиги социјалдемократата Војводине* и *Реформској демократској странци Војводине* узети мандати и припали трећем члану коалиције – *Народној сељачкој странци*.

Након петооктобарских промена, већ у децембру исте године, су расписани ванредни парламентарни избори. Уочи овог изборног процеса поново је промењено једно правило. Уведена је измена по којој је читава држава једна изборна јединица, док сам начин расподеле мандата није мењан<sup>34</sup>. Сазив су обележиле трзавице унутар ДОС-а и сукоб између две највеће странке ове коалиције *Демократске странке* и *Демократске странке Србије*. Тада је уследио сукоб око 44 мандата која су припадала ДСС-у, Део посланика *Социјалистичке партије Србије* предвођени Браниславом Ивковићем, форумирали су засебну посланичку групу од које је касније настала *Социјалистичка народна странка*. Типичан пример неизборне парламентаризације, којом се бави овај рад, је и апсурдна ситуација да су СПО и Г17+ постале парламентарне странке иако прва није прешла цензус, а друга није учествовала

32 Vujo Ilić, “Stranačko odmetanje narodnih poslanika u Srbiji 1990-2020.”, u *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020), 966.

33 Milan Jovanović, *Politički sistem Srbije* (Beograd: Fakultet političkih nauka, 2012), 91.

34 *Ibid.*

на изборима. То се десило захваљујући Томиславу Литановићу који је прешао из ДСС у СПО и Средоју Михајлову који је као народни посланик прешао у Г17 плус. Слична ситуација је била и са послаником Вуксановићем, који је напустио посланичку групу странке на чији је предлог изабран и основао је своју политичку партију *Народну демократску странку*.

Година 2003. је била врло турбулентна за Србију на политичком плану. После убиства премијера Ђинђића земља је, у једном периоду, који није био кратак, била и без председника и без премијера. Због тога су расписани ванредни парламентарни избори. Већ почетком рада новог сазива, „шест народних посланика СПО су напустили и формирали Демократски српски покрет обнове“<sup>35</sup>. Најбољи пример, онога што је тема овог рада, је поступак посланика *Српске радикалне странке* Живадина Лекића. Он је “2005. године прешао у *Покрет снага Србије* који није учествовао на изборима“<sup>36</sup>. Током 2004. долази до неслагања у опозиционом *Грађанском савезу Србије* због уједињења са ДС-ом и том приликом, два њихова посланика прелазе у ДС, а двоје (Наташа Мићић и Горан Свилановић) настављају парламентарно деловање као самостални посланици. Покушај напуштања посланичких клубова својих посланика Г17 плус и *Демократска странка Србије* су онемогућили активирањем бланко оставки. Касније, 2005. године долази до сукоба измеђа Млађана Динкића и Мирољуба Лабуса унутар Г17 плуса што је за последицу имало страначко напуштање шест посланика, од којих је само двоје задржало статус народних посланика, то су били Сава Урошевић и Предраг Марковић. Петоро посланика који су напустили своје посланичке листе, формирало је сопствену посланичку групу под називом *За Европску Србију*, а чинили су је: Мехо Омеровић, Љиљана Несторовић, Благица Костић, Слободан Живкуцин и Живадин Лекић<sup>37</sup>. Да подсетимо, управо је пет посланика минималан број за формирање посланичког клуба<sup>38</sup>.

Седми сазив Народне скупштине изабран је на изборима фебруара 2007. године. Овај сазив био је други најкраћи после сазива из 1992. године. Разлог краткотрајности сазива треба тражити у сукобу две највеће странке власти (ДС и ДСС) у политици коју треба водити према Европској унији. То је довело до тога да тадашњи председник Владе Војислав Коштуница “врати мандат народу”. Управо због тог кратког временског периода овог сазива није било временског простора за мењање “страначких боја”.

Ванредни избори су одржани 2008. године. *Демократска странка* је однела убедљиву победу и са СПС-ом („после историјског помирења“), ЛДП-ом и Г17 плус, уз подршку странака националних мањина, формирала нову Владу. ДСС се преселио у опозицију, где је био и СРС. Једно од обележја тог сазива био је сукоб унутар *Српске радикалне странке*. Наиме, 23 посланика СРС-а су напустила ту странку и формирала посланички клуб *Напред Србије*. Касније ће из тога настати *Српска напредна странка*. Посланик ДСС Драган Шормаз пришао је овој групи. Весна Пешић и Владан Батић су изашли из посланичке групе странака захваљујући којима су ушли у парламент, али су наставили да делају самостално због чега не могу бити уврштени у предмет овог рада.

35 Vladimir Goati, *Partijske borbe u Srbiji u postoktobarskom razdoblju* (Beograd: Institut društvenih nauka, 2006), 47.

36 Vujo Ilić, “Stranačko odmetanje narodnih poslanika u Srbiji 1990-2020.”, u *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020), 972.

37 Исто

38 Пословник Народне скупштине

Године 2011. измењен је Закон о избору народних посланика на захтев Венецијанске комисије. Члан 88 је прецизирао како се подноси оставка на место народног посланика и тиме су дефинитивно забрањене бланко оставке у парламентарном животу Србије. “Народни посланик оставку подноси лично председнику Народне скупштине Републике Србије, која мора бити оверена и не старија од три дана”<sup>39</sup>. Из овога можемо закључити да је оваквом формулацијом законодавац желео експлицитно да каже да је мандат “у власништву” посланика. Неспорно је да је слободан мандат демократска тековина, међутим, у Србији је то само повећало неизборну парламентаризацију што се може сматрати једном од мана слободног мандата<sup>40</sup>. Да је заиста неизборна парламентаризација у порасту од 2011. показује се у наставку анализе.

Први избори по новом закону су били редовни избори одржани 2012. године. Новоформирана *Српска напредна странка*, предвођена Томиславом Николићем и Александром Вучићем, добила је највише гласова. У деветом сазиву је шест посланика изабраних на листи *Демократске странке* предвођених Душаном Петровићем формирало посланичку групу *Заједно за Србију*, која ће касније прерасти у странку. Такође, седморо посланика *ДС-а* је прешло у новоформирану странку Бориса Тадића, која у тренутку избора 2012. године није постојала, а добила је парламентарну репрезентативност. Вук Јеремић и Јелена Триван изабрани на листи *Демократске странке*, крај сазива дочекали су као самостални посланици, а у истом статусу је завршио и Владимир Цвијан изабран на листи *Српске напредне странке*. *Народна партија* која је у предизборној коалицији била са *УРС-ом*, по уласку у Скупштину су формирали самосталну посланичку групу, да би до краја сазива сви њихови посланици предвођени Мајом Гојковић прешли у *Српску напредну странку*. Међутим, треба истаћи и један позитиван пример. Наиме, Александра Јерков напустила је *Лигу социјалдемократа Војводине* и тек, након оставке на место народне посланице, прешла је у *Демократску странку*<sup>41</sup>.

Ни сазив из 2014. године није прошао без одметања народних посланика. Посланици *ДС-а*, Борко Стефановић и Иван Јовановић су напустили ту странку и формирали *Леву Србију*, која није постојала у тренутку избора. Такође, још један посланик ове странке, Милан Петрић прешао је у *Српску народну партију* и тако јој омогућио парламентарно представљање. Сличан случај је био са Јанком Веселиновићем који је формирао *Покрет за преокрет* и послаником *СНС-а* Сашом Мирковићем који је формирао *Јаку Србију*.

После избора 2016. године парламент је био хиперрепрезентативан што је, сигурно, допринело да у том сазиву имамо највише до тада страначких прелазака. Највише осипања је претрпео покрет *Доста је било*. Од 16 посланика колико је овај покрет имао на почетку сазива, јун 2020. су дочекали са три и без посланичке групе. У фебруару 2017. године троје посланика напушта ову политичку опцију, у питању су: Јован Јовановић, Соња Павловић и Александра Чабраја који формирају *Грађанску платформу*. После избора у Београду 2018. године из странке су искључени: Александар Стевановић, Владимир Ђурић и Ненад Божић. Странку напуштају Татјана Мацура и Љупка Михајловић, које формирају *Странку*

39 Закон о избору народних посланика, бр: 36/2011-93

40 Goati, “Parlamentarizam i partijski sistem Srbije”, 132.

41 Vujo Ilić, “Stranačko odmetanje narodnih poslanika u Srbiji 1990-2020.”, u *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (Beograd: Institut za političke studije, 2020), 979.

модерне Србије и њени су представници у Народној скупштини. Странка није постојала у тренутку избора 2016. године. Један посланик Милош Бошковић подноси оставку, тако да мандат припада Нади Костић, која је у том тренутку већ члан ДС-а. Касније, посланичку групу овог покрета напуштају и посланици Ана Стевановић, Душан Павловић, Јасмина Николић, Ратко Јанков и Бранислав Михајловић. Ти посланици формирају посланичку групу *Политика мора бити другачија*. Убрзо троје од ових петоро посланика подноси оставку, а од нових чланова Народне скупштине само један је у покрету *Доста је било*. Ана Стевановић ускоро прелази у новоформирану *Странку слободе и правде* Драгана Ђиласа, тако да је независно она била представник те странке у Скупштини Србије. Ни та странка није постојала када су одржани избори у марту 2016. године. На толики број посланика који су напустили *Доста је било*, сигурно да је утицала и слаба институционализација политичке опције. Када је политичка странка високо институционализована, могућност за одметањем је мања и обрнуто.

Још две посланичке групе деле судбину покрета *Доста је било*. Пре свега ДСС који напуштају Ђорђе Вукадиновић, Санда Рашковић Ивић, Славиша Ристић и Милан Лапчевић. Првих троје формирају посланички клуб *За спас Србије* којем се придружују Дијана Вукмановић (изабрана на листи СПС-а) и Милан Алексић (избран на листи СДС/ЛДП/ЛСВ). Сви, сем Ђорђа Вукадиновића, су приступили *Народној страници* Вука Јеремића, која није постојала под тим именом у регистру политичких партија када је спровођен изборни процес. *Двери* су остале без посланичке групе, после Срђана Нога и Зорана Радојичића који су искључени и наставили да делују као самостални посланици. Посланичку групу је напустио и нестраначка личност професор Шеварлић који није желео да учествује у бојкоту седница, који је спроводила опозиција готово две године. Мариника Тепић изабрана на листи СДС/ЛДП/ЛСВ, прво је прешла у *Нову странку* да би крај сазива дочекала као потпредседница *Странке слободе и правде*. Једини позитиван пример је посланик СРС-а Марко Миленковић који је после напуштања странке, напустио и посланички клуб радикала.

Не треба заборавити ни посланике Марка Ђуришића, Ненада Константиновића и Гордану Чомић, који су напустили своје посланичке групе и формирали посланичку групу *Србија 21*, што је био увод за заједнички наступ на изборима 2020. године, под називом *Уједињена демократска Србија*, чија ће једна од водећих личности - Гордана Чомић постати министарка, иако ова листа није прешла изборни праг на изборима 2020. године. Још један посланик је помогао да једна непарламентарна политичка странка постане парламентарна. У питању је Верољуб Стевановић који је изабран на листи ДС-а, али је прешао у *Здраву Србију* која је, на тај начин, постала парламентарна. Треба истаћи и пример Жике Гојковића који је напустио СПО и прешао у ПOKC, а задржао мандат. Такође, имамо пример неколико посланика *Нове Србије* који су прешли у *Српску напредну странку*, док је Милан Јовановић (исто ушао преко листе НС) основао сопствену странку *Боља Србија*. Ипак, сазив је обележио рекордни број политичких странака које су биле представљане, а да нису постојале у регистру политичких странака у тренутку изборног дана.

Након избора 2020. године само три листе су прешле изборни праг: *Српска напредна странка*, *Социјалистичка партија Србије* и *Српски патриотски савез (СПАС)* Александра Шапића. Само је Владан Глишић напустио листу захваљујући којој је постао народни посланик (СПАС) и наставио да делује као самостални посланик.

После ванредних парламентарних избора 2022. године знатно већи број листа је ушао у парламент. Напуштање посланичких група које су конституисане на почетку сазива отпочео је током летњег периода 2023. године. Мирослав Алексић напустио је *Народну странку* због неслагања са председником те странке Вуком Јеремићем и најавио формирање сопственог покрета и посланичке групе. Нова посланичка група коју предводи Мирослав Алексић зове се *Народни покрет Србије – Еколошки устанак – Ново лице Србије*, и уз Алексића, чланови су још: Борислав Новаковић (изабран на листи *Уједињени* чији је део била *Народна странка*), Славица Радовановић (изабрана на листи *Уједињени* чији је део била *Народна странка*), Ђорђе Станковић (изабран на листи *Уједињени* чији је део била *Народна странка*) и Милош Парандиловић (изабран на лист *Покрет за обнову Краљевине Србије*). Тој групи се прикључио и Александар Јовановић Ђута који је био изабран на листи *Морамо*. У садашњем сазиву, већ као самостални посланик наступа Дејан Булатовић (изабран на листи *Уједињени* чији је део била *Странка слободе и правде*).

Анализа јасно показује да је тренд броја посланика који представљају странке које нису ушле у парламент повећан, а и да је повећан број политичких странака које су у парламенту иако тај статус нису стекле кроз изборни процес, од када законодавство експлицитно, статус мандата дефинише као слободан. Међутим, било би превише поједностављено закључити да је тренд искључиво повећан због статуса мандата, већ су и сви остали друштвено-политички елементи у Србији имали утицај на то.

## 5. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Треба имати у виду да су се са проблемом постизборне парламентаризације суочиле све посткомунистичке и постсоцијалистичке државе као што су Пољска, Словенија, Словачка или Хрватска. Јовановић објашњава да су државе, на различите начине, покушале да спутају неизборну парламентаризацију, као што је доношење различитих кодексa, смањење времена за дискусију посланика који су напустили посланичке групе листе која их је кандидовала или смањење медијске пажње тим посланицима<sup>42</sup>. Међутим, најзначајнијим елементом који би могао да смањи тренд неизборне парламентарне репрезентативности сматра се развијање политичке културе. Овде се поставља питање зашто у усвојеном Кодексу о поношању народних посланика нема ниједне одредбе која се односи на тренд мењања политичких странака. Други начин за решавање овог проблема јесте да бирачи казне или награде оне који су се одметнули. У историји парламентаризма у Србији имамо оба примера. На пример, одметање дела посланика *Српске радикалне странке*, који су конституисали *Српску напредну странку*, прихваћено је од стране бирача као позитивна промена, то се да закључити на основу подршке коју ова странка бележи. Сличан случај био је и са *Социјалдемократском странком* Бориса Тадића, док велика већина других странака, која је формирана током сазива од народних посланика, није прелазила изборни праг на следећим изборима (*Јака Србија, ПОКС, Народна демократска странка...*). Гоати наглашава да партијски

---

42 Milan Jovanović, "Izborni i partijski sistem u funkciji prezidencijalizacije parlamentarizma u Srbiji" u *Parlamentarizam u Srbiji* (Sarajevo: Centar za javno pravo, 2018), 112.



системи који су институционализовани се ретко суочавају са овим проблемом<sup>43</sup>. Дакле, то би значило да када партијски систем у Србији досегне виши ниво институционалности, за последицу би требало да има смањење овог тренда.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Blais, Andre, and Louis Massicotte. "Electoral systems." *Comparing democracies*, 2 (1996): 40-69.
2. Goati, Vladimir. *Partijske borbe u Srbiji u postoktobarskom razdoblju*. Belgrade: Friedrich Ebert Stiftung, 2006.
3. Goati, Vladimir. „Parlamentarizam i partijski sistem Srbije.“ *Dileme i izazovi parlamentarizma*. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung i Fakultet političkih nauka, 2007
4. Hadj Abdou, Leila, Tim Bale, and Andrew Peter Geddes. "Centre-right parties and immigration in an era of politicisation." *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 48 (2022): 327-340.
5. Heller, William, and Carol Mershon, eds. *Political parties and legislative party switching*. Springer, 2009.
6. Ilić, Vujo. „Stranačko odmetanje narodnih poslanika u Srbiji 1990-2020.“ *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (2020): 959-989.
7. Jovanović, Milan N. „Mišljenje Venecijanske komisije o Ustavu Srbije - slučaj slobodan mandat.“ *Godišnjak FPN*, 1 (2007): 242-255.
8. Jovanović, Milan. *Politički sistem Srbije*. Beograd: Fakultet političkih nauka, 2012.
9. Jovanović, Milan. "Izborni i partijski sistem u funkciji prezidencijalizacije parlamentarizma u Srbiji". *Parlamentarizam u Srbiji* (2018): 85-116.
10. Kasarović, Mirjana. *Izborni leksikon*. Zagreb: Politička kultura, 2003.
11. Кодекс понашања народних посланика, *Службени гласник Републике Србије* бр: 156/2020-3
12. Kovačević, Despot. "Institucionalizacija partijskog sistema u Srbiji". *Politički život*, 10 (2014): 63-72.
13. Mershon, Carol, and Olga Shvetsova. "Party system change in legislatures worldwide." *Cambridge Books* (2013).
14. Orlović, Slaviša. *Politički život Srbije – između partokratije i demokratije*. Beograd: Službeni glasnik, 2008.
15. Orlović, Slaviša. „Teorija koalicija i formiranje vlade.“ *Godišnjak FPN*, 4 (2010): 97-127.
16. Pejić, Irena. „Izborni i parlamentarni mandat u Srbiji od 1990. godine“ u u *Kako, koga i zašto smo birali: izbori u Srbiji 1990-2020. godine* (2020): 826-849.
17. Scott, Allen J. "Creative cities: Conceptual issues and policy questions." *Journal of urban affairs*, 28 (2006): 1-17.

43 Goati, "Parlamentarizam i partijski sistem Srbije", 159.

18. Desposato, Scott. "Parties for rent? Ambition, ideology, and party switching in Brazil's chamber of deputies." *American Journal of Political Science*, 50 (2006): 62-80.
19. Shabad, Goldie, and Kazimierz M. Slomczynski. "Inter-party mobility among parliamentary candidates in post-communist East Central Europe." *Party politics* 10.2 (2004): 151-176.
20. Simović, Vlade. „Političke partije u Bosni i Hercegovini.“ *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini – Analiza postdejtonskog političkog sistema*. Sarajevo Open Centre, (2011): 330-358.
21. Stanić, Miloš. „Uticaj frakcijske discipline i kohezije na slobodan poslanički mandat.“ *Српска политичка мисао*, 4 (2016): 369-383.
22. Stokes, Susan C. "Political parties and democracy." *Annual Review of Political Science*, 2 (1999): 243-267.
23. Surlić, Stefan. „Pojam, vrste i osnovna obeležja parlamentarnog mandata.“ *Godišnjak FPN*, 9 (2013): 51-64.
24. Tomić, Zoran R. „Ustav ipak nije pogažen!“ *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 75 (2003): 107-113.
25. Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 98/2006, 16/2022
26. Vuković, Nenad. „Ustavne granice 'partijskog' mandata.“ *Nova srpska politička misao*, 16 (2008): 109-116.
27. Закон о избору народних посланика, *Службени гласник Републике Србије* бр. 36/2011

## LITERATURE

1. Blais, Andre, and Louis Massicotte. "Electoral systems." *Comparing democracies*, 2 (1996): 40-69.
2. Goati, Vladimir. *Party confrontations in Serbia in the post-October period*. Belgrade: Friedrich Ebert Stiftung, 2006.
3. Goati, Vladimir. "Parliamentarism and the Serbian Party System." *Dilemmas and challenges of parliamentarism*. Belgrade: Konrad Adenauer Stiftung and Faculty of Political Sciences, 2007.
4. Hadj Abdou, Leila, Tim Bale, and Andrew Peter Geddes. "Centre-right parties and immigration in an era of politicisation." *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 48 (2022): 327-340.
5. Heller, William, and Carol Mershon, eds. *Political parties and legislative party switching*. Springer, 2009.
6. Ilić, Vujo. „Legislative party switching in Serbia 1990–2020.“ *How, whom and why we elected: elections in Serbia 1990-2020*. (2020): 959-989.
7. Jovanović, Milan N. „Opinion of the Venice Commission on the Constitution of Serbia - case of free mandate.“ *Yearbook of the Faculty of Political Sciences*, 1 (2007): 242-255.
8. Jovanović, Milan. *Political system of Serbia*. Belgrade: Faculty of Political Sciences, 2012.

9. Jovanović, Milan. "The electoral and party system in the function of presidentialization of parliamentarism in Serbia". *Parliamentarianism in Serbia* (2018): 85-116.
10. Kasapović, Mirjana. *Election lexicon*. Zagreb: Politička kultura, 2003.
11. Code of Conduct for Members of Parliament, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 156/2020-3.
12. Kovačević, Despot. "Institutionalization of the party system in Serbia". *Politički život*, 10 (2014): 63-72.
13. Mershon, Carol, and Olga Shvetsova. "Party system change in legislatures worldwide." *Cambridge Books* (2013).
14. Orlović, Slaviša. *The political life of Serbia - between partocracy and democracy*. Belgrade: Službeni glasnik, 2008.
15. Orlović, Slaviša. „Theory of coalitions and the formation of the government.“ *Yearbook of the Faculty of Political Sciences*, 4 (2010): 97-127.
16. Pejić, Irena. „Electoral and parliamentary mandate in Serbia since 1990“. *How, whom and why we elected: elections in Serbia 1990-2020*. (2020): 826-849.
17. Scott, Allen J. "Creative cities: Conceptual issues and policy questions." *Journal of urban affairs*, 28 (2006): 1-17.
18. Desposato, Scott. "Parties for rent? Ambition, ideology, and party switching in Brazil's chamber of deputies." *American Journal of Political Science*, 50 (2006): 62-80.
19. Shabad, Goldie, and Kazimierz M. Slomczynski. "Inter-party mobility among parliamentary candidates in post-communist East Central Europe." *Party politics* 10.2 (2004): 151-176.
20. Simović, Vlade. "Political parties in Bosnia and Herzegovina." *State, politics, and society in Bosnia and Herzegovina - Analysis of the post-Dayton political system*. Sarajevo Open Centre, (2011): 330-358.
21. Stanić, Miloš. „The influence of factional discipline and cohesion on the free parliamentary mandate.“ *Srpska politička misao*, 4 (2016): 369-383.
22. Stokes, Susan C. "Political parties and democracy." *Annual Review of Political Science*, 2 (1999): 243-267.
23. Surlić, Stefan. „The concept, types and basic characteristics of the parliamentary mandate.“ *Yearbook of the Faculty of Political Sciences*, 9 (2013): 51-64.
24. Tomić, Zoran R. "The Constitution has not been violated after all!" *Gazette of the Bar Association of Vojvodina*, 75 (2003): 107-113.
25. Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 98/2006, 16/2022
26. Vuković, Nenad. „Constitutional limits of the 'party' mandate“. *Nova srpska politička misao*, 16 (2008): 109-116.
27. Law on the Election of Members of Parliament, *Official Gazette of the Republic of Serbia* no. 36/2011.

## FREE REPRESENTATIVE MANDATE IN PROPORTIONAL ELECTION SYSTEMS - DEMOCRATIC ACQUISITION OR MANIPULATION OF VOTERS

Nikola Perišić<sup>44</sup>

*Institute for Political Studies*

**Abstract:** *Proportional electoral systems use a system of electoral lists that can be open or closed to voters. In the Republic of Serbia, a proportional electoral system with closed electoral lists for voters is used. An additional specificity of the electoral system in Serbia is that the entire country is one electoral unit. Such an electoral system is used in three other countries, not including Serbia. In such electoral systems, the question arises as to whether the parliamentary mandate should be free or tied to the list on which the candidate was elected as a deputy. Political parties tried to protect themselves from the departure of MPs from their ranks through the so-called blank resignations that would be activated when an individual leaves the parliamentary group or political party to which they belong. However, since 2011, the electoral law in Serbia, at the suggestion of the Venice Commission of the Council of Europe, explicitly defines the mandate as free, and it was this change that led to the frequent departure of deputies from the lists on which they were elected, and the most drastic consequences of such behavior is the formation of parliamentary clubs of parties that are not passed the election threshold or even did not exist at the time of the election process. This raises the question of whether there has been manipulation of the electoral will of citizens expressed in the immediate elections for the parliamentary composition, to the detriment of the democratic legacy, which prescribes that the deputy is autonomous in his actions in relation to the political party to which he belongs. This paper answers precisely to this dilemma, through the analysis of all multi-party compositions of the National Assembly in Serbia.*

**Key words:** *proportional electoral system, free mandate, tied mandate, parliamentary groups, National Assembly of the Republic of Serbia*

---

44 Trainee researcher, Institute for Political Studies, nikola.perisic.fpn@gmail.com

# OGRANIČENJA POSEBNIH OBLIKA RADA BEZ NARUŠAVANJA OSNOVNOG ODREĐENJA I SADRŽAJA RADNOG ODNOSA

Marinko Đ. Učur<sup>1</sup>

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

**Apstrakt:** *Zakonodavstvo Republike Hrvatske (i drugih država u „okruženju“) na temelju i okviru direktiva i drugih sekundarnih vrela prava Europske unije (EU), sve više, pored osnovnih pojmova, kategorija, pravnih instituta i pravnih odnosa u radnom (socijalnom i drugom) zakonodavstvu uređuje „nove fleksibilne oblike rada“ i na taj način utječe na „statički proračun“ općeg zakona kojim se uređuju ta pitanja i odnosi. U praksi, tako propisanih fleksibilnih oblika rada, standardi uvjeta rada „prepuštaju“ se konkretnim ekonomskim, političkim, socijalnim i drugim odnosima i „prilikama“. U ovom radu nastoji se ukazati na nužnost čuvanja radnog odnosa kao složenog stanja ali i posebnog pravnog odnosa kojega određuju pojmovi, kategorije, radno-pravni instituti i druga pitanja koje, posebnom metodom izučava samostalna pravna disciplina, radno pravo (posebna znanstvena grana prava, pravnog sustava odnosno pravnog poretka). U okviru i na osnovu toga mogu se (i treba) uređivati, ostvarivati i štititi (ostale)fleksibilne oblike rada, bez narušavanja (devastiranja) onoga i onakvoga radnog odnosa kako ga je „postavila“ radnopravna teorija i univerzalna vrela ljudskih prava i sloboda. To se odnosi i na: radni odnos na određeno vrijeme, rad s nepunim radnim vremenom, rad nedjeljom, rad na izdvojenom mjestu rada, dodatni rad, ugovori o radu za prijevremeno obavljanje poslova putem agencije i „druge oblike rada“.*

**Ključne riječi:** *radno zakonodavstvo, fleksibilni oblici rada, očuvanje znanstvenog učenja o radnom odnosu i radni standardi.*

## 1. UVOD

Traje velika preobrazba rada modernog industrijskog doba. Glavno pitanje ostaje status radnika u procesu rada: koje mjesto ima, je li subjekt odnosa, pa makar na rubu radnih odnosa kao društvenih odnosa uređenim pravom. Pravilno je govoriti o njihovim radnim i životnim uvjetima. U toj „preobrazbi“ posebno opasno je toleriranje rasta ugovora o radu na određeno vrijeme jer to ima za posljedicu „dva vremena života i rada“ radnika i njegove obitelji, vrijeme rada i vrijeme nezaposlenosti, ali i druge štetne posljedice koje nezaposlenost „proizvodi“ (neinformiranost, neosposobljavanje, gubljenje staža za stjecanje i korištenje određenih prava na radu i u vezi s radom,

<sup>1</sup> Redoviti profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Rijeci u penziji., dipl. pravnik, znanstveni savjetnik iz Rijeke, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

gubljenje samopouzdanja, kao i dostojanstvenog života i drugo). Druge oznake odnose se na plaću i naknade (reguliranje odnosno određivanje, realiziranje odnosno ostvarivanje i zaštitu u svim „fazama“), pa onda posebno radno vrijeme, odmori i dopusti, kao i sve mjere i sredstva sigurnosti i zaštite zdravlja na radu i druga prava. Sve više se „forsira“ plaća kao bitan element svih ugovora o radu (i drugih pojedinačnih pravnih akata kojima se uređuju prava u radnom (i službeničkom) odnosu), ali na štetu drugih prava na radu i u vezi s radom. Ako poslodavci, udruge poslodavaca povećavaju plaće onda povećavaju i potrošnju, odnosno posredno i proizvodnju, što je, na kraju, opet u korist poslodavca. To, prividno, pokušavaju „uravnotežiti“ socijalni partneri u socijalnom dijalogu i postupku kolektivnog pregovaranja na putu sklapanja kolektivnog ugovora.

Još ima teoretičara koji kolektivni ugovor svrstavaju u kategorije građanskog prava, iako je u svemu riječ o radnopravnoj kategoriji po subjektima, po postupku kolektivnog pregovaranja i postizanja dogovora o sadržaju, njegovom prostornom i vremenskom važenju (potpisivanju, objavljivanju, kontroli primjene, hijerarhiji nad drugim autonomnim općim aktima koji svojim normama daju puniji smisao primjeni načela ili favorem laboratores).

Brojne promjene u svim područjima društvenih (ekonomskih, socijalnih, političkih, kulturnih i drugih) odnosa utječu i na uređivanje pravnih odnosa pa i onih u oblasti rada i radnih odnosa. To je najvidljivije iz Zakona o radu kao općeg propisa (zakona) o radnim odnosima (kolektivnim i individualnim). U sadržaju toga Zakona ima puno odredbi koje zahtijevaju detaljnije uređivanje kako heteronomnim tako i autonomnim pravnim normama. Ima i onih normi koje „izviru“ izravno iz univerzalnih vrela, iz direktiva Europske unije (EU) i drugih vrela na „transnacionalnoj, odnosno europskoj razini“. Neke odnose treba urediti posebnim propisima, u cilju racionalnije primjene i nadzora (obavješćivanje, savjetovanje, suodlučivanje, odlučivanje u europskom društvu odnosno europskoj zadruzi i drugo).<sup>2</sup>

Rad i radni odnosi i odnosi u vezi s radom su prenormirani. Unatoč tome, praksa (kolektivnih i individualnih) radnih odnosa „ide svojim putem“, često drugačije od propisanog (previše je „fleksibilizira“ a radni sporovi su složeni i (sve više) dugotrajni). Brojni su „razlozi“ i „obrazloženja“ toga i takvog „stanja“ ((ne)zaposlenost, siva ekonomija, stanje BDP-a i drugo).

Praksa na „svoj način“ primjenjuje različite oblike fleksibilnog rada: rad s nepunim radnim vremenom, rad na stalnim sezonskim poslovima, rad putem agencije za privremeno zapošljavanje, dodatni rad te naglašeno rad na određeno vrijeme. No, bez posebnog i zahtjevnog istraživanja, teško je ocijeniti raspored radnog vremena, kao posebnog uvjeta rada (varijabilni raspored „u interesu poslovnih potreba“, prekovremenog rada, svođenje radnog vremena (ponderiranje u nekoliko mjeseci i sl.) sve češća preraspodjela i raspodjela radnog vremena autonomnim odlukama poslodavca, jer to Zakon „dozvoljava“.

Pokušava se „vratiti ravnoteža“ nazvana „zakonska zaštita zaposlenja“, putem: otpremnine, „dužih“ otkaznih rokova, zabranom otkazivanja ugovora o radu u određenom „statusu“ radnika i „posebno zaštićenim osobama na radu“, uređivanjem kolektivnog viška radnika (u skladu sa sekundarnim vrelima prava EU) i drugi „oblici“.

<sup>2</sup> Ustav Republike Hrvatske, („Narodne novine“, br. 85/10- pročišćeni tekst) i 5/14); Zakon o radu, („Narodne novine“, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22); Zakon o europskim socijalnim vijećima, („Narodne novine“, br. 93/14, 127/17); Zakon o sudjelovanju radnika u odlučivanju u europskom društvu (46) i europskoj zadruzi (SCE), („Narodne novine“, br. 93/14)

Nepreciznosti se odnose i na pitanja i odnose u području kolektivnog radnog prava (preciznije kolektivnih radnih odnosa) kao što su: socijalni dijalog, industrijske akcije (štrajk i druge), arbitražno rješavanje sporova i drugi.

Treba reći da se radni odnosi ne uređuju samo Zakonom o radu u skladu s Ustavom države Republike Hrvatske, nego i drugim zakonima i međunarodnim ugovorima „sklopljenim i potvrđenim u skladu s Ustavom Republike Hrvatske, te objavljeni, a koji su na snazi...“. Npr., konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO,OIT) koje su na snazi i koje su ratificirane u Republici Hrvatskoj, po pravnoj snazi su iznad zakona. Direktive EU, kao vrela sekundarnog prava EU „prenose“ se i pravni sustav države, a njenim propisima uređuje se način primjene u pravnim odnosima, odnosno u pravnom poretku Republike Hrvatske.

Pojmovi su jednaki (u sadržaju) i u univerzalnim, i u regionalnim i u nacionalnim propisima (radnik, poslodavac, sindikat, sigurnost i zaštita zdravlja na radu, plaća, radno vrijeme, ugovor o radu i drugi).

Posebno pitanje odnosi se na prava, obveze i odgovornosti subjekata radnih odnosa (u reguliranju, u ostvarivanju i u zaštiti), kako ih definirati, kako ih realizirati, ali kako ih zaštititi u reguliranju i u realiziranju (ostvarivanju) i tu treba da važe „posebna pravila“ (metod reguliranja, sadržaj u metoda realiziranja, ali i metoda (postupak) zaštite, ističući subjekte, radnje i rokove u tim postupcima. U pravilu ne treba „posuđivati“ pojmove, kategorije, institucije i pravne odnose iz drugih pravnih disciplina. Radno pravo ima „svoje“ koji određuju ime, predmet i metoda radnog prava, kao samostalne pravne discipline (poslodavac, radnik, sigurnost, uvjeti rada, radno mjesto, mjesto rada, zdravlje radnika, plaća, radno vrijeme, kolektivni ugovor, sindikat, štrajk, dostojanstvo radnika, diskriminacije u području rada i radnih odnosa, posebni uvjeti za zasnivanje radnog odnosa, posebni uvjeti rada, zaštita privatnosti radnika, otkaz ugovora o radu, probni rad, obrazovanje i osposobljavanje, ugovor o radu kao središnja kategorija radnopravnih odnosa, i konkretnim pravima, obvezama i odgovornostima subjekata toga pojedinačnog pravnog akta i drugi).

Na ove pojmove, pitanja i odnose „oslanjaju se“ prava u vezi s radom, prvenstveno ona što se odnose na socijalno pravne odnose u socijalnom osiguranju (zdravstveno, mirovinsko – invalidsko osiguranje i osiguranje za vrijeme nezaposlenosti) ali i druge u vezi socijalne skrbi odnosno socijalne sigurnosti u užem smislu i obratno.

Naglasimo svi „zahvati“ u „fleksibilizaciji“ radnih odnosa izravno utječu na socijalnu sigurnost radnika, a posebno nedefiniranost.

Još teže je primijeniti postavljane radne standarde i uvjete rada, koji su sve neizvjesniji u „poplavi“ različitih oblika ugovora o radu (kako je već navedeno u primjerima dodatnog rada, rad umirovljenika i dr.) što narušava (stogodišnju) „borbu“ i ravnotežu između rada, dokolice i odmora. U pitanju je „visoka stopa amortizacije mimo zakonom propisane stope“, koja neupitno, kao eolska erozija oblikuje život i rad čovjeka, ali i njegove obitelji i drugih socijalnih grupa, kojima čovjek pripada. Posljedice fleksibilizacije je i prekarizacija rada.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Prekarizacija možemo definirati kao strah radnika da će izgubiti posao ili neke prednosti koje sada imaju na osnovi rada kojeg obavljaju... Strah imaju kako radnici «plavih ovratnika» tako i radnici «bijelih ovratnika». Prekarizacija je još vidljivija kada se ima u vidu gubitak nekih ranijih karakteristika zaposlenosti kao što je mogućnost profesionalne promocije, nadzora nad brzinom rada kojeg radnici obavljaju, uložene napora i slično. Pufiz Vlado, «Izazovi fleksibilizacije tržišta rada», u *Isplati li se fleksibilnost: hrvatsko tržište rada*, ured. Jasminka Kulušić., (Zagreb: Tim-press, 2009): 9-12.; Vidi: Vedran Sočić, „Siromaštvo i politika na tržištu rada u Hrvatskoj“, *Financija teorija i praksa* 29/1 (2005): 75–94.

## 2. POKUŠAJI OBRAZLOŽENJA STANJA I ODNOSA

Nastoji se naći obrazloženje (navesti razloge) za takvo stanje i odnose, jer je “svijet zahvaćen globalizacijom, tehnološkim progresom i procesima individualizacije”, a teže je odgovoriti na pitanje “kako uskladiti potrebe za povećanjem produktivnosti rada i kompetitivnosti, na jednoj strani, te za socijalnom kohezijom i egzistencijalnom sigurnošću na drugoj strani”. U tome može pomoći danski model “flexisecuritya”.<sup>4</sup>

Država, zbog toga mora “pojačati” socijalne fondove i izdvajanja za zadovoljavanje socijalnih potreba ljudi. No, to je već područje socijalno pravnih a ne radnopravnih odnosa. To može povećati socijalnu sigurnost, ali ne može nadomjestiti sadržaj prava, obveza i odgovornosti u radnom odnosu. U tom smislu treba obrazlagati socijalni dijalog socijalnih partnera jer se sadržaj dijaloga odnosi na dva različita pravna odnosa i “statusa”. Jedan i drugi odnos se više ili manje prožimaju, ali se ne mogu zamijeniti.

### 2.1. Tranzicija i sve tehnološke promjene ne smiju zanemariti temelje i načela na kojima počivaju radni odnosi

Mora jačati pravna zaštita uređivanja, ostvarivanja i zaštite osnovnih prava na radu. Evidentna erozija tih prava mora se zaustaviti, a osnažiti sadržaj normi u skladu s načelima suvremenog demokratskog radnog prava.<sup>5</sup>

Načela potvrđuju prirodna (pravedna, ljudska čovjekova) prava. Na prirodnim pravima počiva civilizacija čovječanstva. Na načelima radnog prava treba da počivaju norme radnog zakonodavstva (u najširem smislu riječi), kako one heteronomnog, tako i one autonomnog karaktera, odnosno opće i posebne radno-pravne norme. Načela “pokrivaju” sve individualne i kolektivne radne odnose (načelo sloboda rada, načelo prava na rad, načelo humanizacije uvjeta rada, načelo zaštite osobe na radu, načelo participacije, načelo raspodjela prema radu, načelo participacije, načelo raspodjele prema radu (jednak rad = jednaka plaća, plaća bez diskriminacije, plaća prema kvaliteti i kvantiteti rezultata objavljenog rada); načelo neotuđivosti i zaštite prava iz radnog odnosa i druga).

### 2.2. Socijalni dijalog i fleksibilizacija

Najviša vrela radnog prava, univerzalnog i regionalnog karaktera, naglašavaju značaj i uvažavanje socijalnog dijaloga socijalnih partnera (države, udruga poslodavca i udruga radnika) u stvaranju prava, u primjeni stvorenoga prava i u nadzoru primjene. Praksa je svjedok niske razine socijalnog dijaloga i razmimoilaženje socijalnih partnera. Sindikati prigovaraju liberalizaciji radnih odnosa, a poslodavac da je radno zakonodavstvo “rigidno” strogo i neprilagodljivo. “Sukob” na regionalnoj (EU) je kome dati prednost: slobodi tržišta (prometa, novca, rob i rada) ili pravu radnika i njihovu zaštitu. Rad nije roba (sustav MOR-a, ILO, OIT) mora biti osnovni okvir.

<sup>4</sup> Ibid, str. 11.

<sup>5</sup> Načela (principa, maksima) „je neko općeprihvaćeno pravilo koje predstavlja polazište za konkretizaciju normativnih, logičnih i objektivnih odnosa na pravnim normama...ali od pravnih normi imaju pravnu snagu...“ Darko Milković i Goran Trbojević, *Radni odnosi*, (Zagreb: Effectus, 2019), 12.



Nažalost, neki su fleksibilnost shvatili i tako je realiziraju, kao konkurentnost na tržištu svih roba pa i rada. Zanimaraju se brojne posebnosti radnog odnosa kao pravnog odnosa trajanja, osobno pravne veze sa određenim uvjetima rada, sa sigurnim i dostojanstvenim statusom radnika. Tranzicije su neophodne, ali čovjekove radne sposobnosti nisu određene i beskonačne. "Ulazak i izlazak" u radni odnos nije "ulazak i izlazak" u trgovačku maloprodajnu mrežu, a pogotovo to nije sadržaj radnog odnosa i "razgledavanje asortimana". Zanimaruje se napredovanje, razvoj ličnosti, dokazivanje u slobodi, dostojanstvu, sigurnosti na radu, zaštiti zdravlja na radu i drugim pravima na radu i u vezi s radom te uvažavanja privatnog života radnika.

Ne osporava se potreba napretka u drugim sferama društvenog organiziranja na gospodarskom, socijalnom, građanskom, kulturnom i drugom području, ali je neoprostivo "eksperimentiranje" i pretjerano fleksibiliziranje (kvazi fleksibilizacija), sa i u radnim odnosima.

U primjeni propisa, najočitiiji i najčešći kvazi fleksibilni oblici i sadržaji u radnom odnosu su: prekovremeni rad, rad nedjeljom, više izvršitelja na jednom radnom mjestu, radno vrijeme (puno, nepuno, skraćeno, smjenski rad, noćni rad, preraspodjela radnog vremena, ponderiranje radnog vremena), mikro organizacija rada, mjesta rada, rad na izdvojenom mjestu rada i rad kod kuće radnika, izmještanje radnika (outsourcing), pa toliko "zlorabljeni" rad na određeno vrijeme, samozapošljavanje, dodatni rad, rad na digitalnim radnim platformama, svekolika fleksibilizacije svih uvjeta rada, sve do umirovljenja.

### 3. PROPISI MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA (MOR-A, ILO, OIT)

Ustav (statut) Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, OIT) odredbe iz 1919. i 1944.). Ugovor o miru (1919) i Filadelfijska deklaracija (1944) čine polazište za univerzalno i za nacionalno uređivanje rada i radnih odnosa, odnosno uvjete rada, u najširem smislu riječi. Kada su u pitanju načela i osnovna pitanja o tim odnosima nema kolizije između dokumenata MOR-a i Ugovora o EU.

MOR-a, prvenstveno konvencijama i preporukama, uređuje uvjete rada i radne standarde u radnim odnosima i po tome je specijalizirana organizacija. Brojna pitanja i odnosi iz te oblasti uređeni su i direktivama EU. Naglašena su pitanja: radnih standarda, zapošljavanja svih, a posebno određenih kategorija (žena, mladeži, invalida), socijalni dijalog i širenje socijalne politike i politike rada. To je predmet (sadržaj) i direktiva EU. I jedni i drugi su i multilateralni (višestrani) ugovori međunarodnog odnosno regionalnog karaktera, a po pravnoj snazi su iznad nacionalnog zakona.

Zbog toga je nepotrebna tendencija slabljena uloge MOR-a, u odnosu na EU. Na to upućuje i sadržaj Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i slobodama (1948) i Europske konvencije o temeljnim ljudskim pravima i slobodama (1950).<sup>6</sup>

Kada Filadelfijska deklaracija iz 1944. godine, koja je sastavni dio Ustava (statuta) Međunarodne organizacije rada (MOR-A, ILO, OIT) kaže, u osnovnim načelima na kojima se temelji MOR-a, da „radna snaga nije roba“, onda to znači da za radnu snagu, čovjekove radne, stručne i

<sup>6</sup> Univerzalna (opća) deklaracija o ljudskim pravima i slobodama (1948) („Narodne novine – međunarodni ugovori“, br. 12/09); Šime Pavlović, *Europska konvencija o temeljnim ljudskim pravima i slobodama*, (Rijeka: LIBERTIN naklada, 2020).

druge sposobnosti ne vrijede obligaciona pravila prometa roba i usluga, već onaj i onakav režim (radnopravnih) odnosa primjerenih ljudskim slobodama i pravima koja izostaju na ljudskim (prirodnim) pravima, na pravu čovjekovog rada i njegovoj slobodi rada, pravu rada i pravu na rad, te drugim pravima i slobodama koje navedena prava i slobode „prate“ i omogućavaju.

Ovo treba objašnjavati uz načela suvremenog demokratskog radnog prava:

1. Sloboda rada, kojega nema bez drugih oblika rada ljudi. Realizira se u brojnim okolnostima i odnosima (rad za druge, u službi drugoga, rad svojim sredstvima), odnosno determiniranim objektivnim uvjetima života i rada“. Evidentne su „restrikcije“ ovoga načela;
2. Pravo rada bez sprječavanja, ograničavanja ili zabrana radne aktivnosti ako nije protivna javnom redu. Ovo je više projekt, uputa, sugestija, uporište, orijentacija... uvjetovano materijalnim i drugim potrebama i mogućnostima;
3. Humanizacija uvjeta rada – zahtjev da se pri uređivanju odnosa polazi od čovjeka od njegovog dostojanstva („čovjek, „ljudsko dostojanstvo“, „ljudska osobnost“ i dr.). Ljudski faktor je nezamjenjiv u proizvodnji; „Pretjerana specijalizacija zatupljuje proizvodnu moć čovjeka“ (Supek). Povoljni uvjeti u proizvodnji ali i subjektivni uvjeti rada (čovječniji odnos u proizvodnji) uz objektivne fizičke uvjete rada omogućavaju da rad bude svestraniji. Važan je humanizam i u zaštiti okoliša, sigurnosti na radu i zaštiti zdravlja na radu, dokidaciju otuđenja radnika, ne zanemarivanje socijalno zaštitnog zakonodavstva, socijalne funkcije države i socijalni dijalog. Uz to ide naglašavanje načela solidarnosti na što upućuje Ustav države i norme univerzalnoga i regionalnoga prava. Radnikova osoba ne može biti objekt radnog odnosa. Humanizacija je jedna od funkcija radnog odnosa;
4. Pravo na rad (koji odgovara stručnim i radnim sposobnostima radnika, pravo na plaću prema rezultatima rada na zadovoljavanje osobnih potreba i potreba obitelji, pravo na stalnost zaposlenja, te prava na temelju rada i u vezi s radom...);
5. Zaštita osoba – radnika na radu, počev od radnog vremena, odmora i dopusta, zaštite djece i mladeži, posebna zaštita žene – radnice i zaštita majčinstva, zaštita invalida i dr;
6. Načelo oneroznosti (plaća, naknade i drugi);
7. Načelo osobne odgovornosti radnika za rad i druga.

#### **4. RADNO ZAKONODAVSTVO U REPUBLICI HRVATSKOJ I ACQUIS COMMUNAUTAIRE**

Od potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju 29. listopada 2001. u Luxembourg (a i prije toga) Republika Hrvatska, temeljem preuzetih obveza (političkih, gospodarskih, pravnih i drugih, usklađuje radno (i drugo) zakonodavstvo s *acquis communautaire* (pravnom stečevinom Europske unije (EU), kako određuje Ugovor o osnivanju Europske zajednice (Glava VI. Poglavlje 3.).

Pravna stečevina EU nije samo pravo u užem smislu, jer obuhvaća: sadržaj, načela i političke ciljeve osnivačkih ugovora, zakonodavstvo usvojeno na temelju osnivačkih ugovora, te presude Europskog suda pravde, deklaracije i rezolucije koje je EU usvojila, mjere koje se odnose na zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku, mjere koje se odnose na pravosuđe i unutarnje poslove te

međunarodne ugovore koje je sklopila Europska zajednica (EZ), kao i ugovore između država članica s trećim zemljama koji se odnose na područje djelovanja EU.

Proces harmonizacije radnog (i drugog) zakonodavstva Republike Hrvatske s *acquis communautairem* traje. To je, u pravom smislu proces, koji uz brojne utjecaje globalizacije i drugih determinanti, neprekidno otvara nova pitanja u složenim i specifičnim radnim, socijalnim (i drugim) odnosima.

Osjeća se stanovita „tromost“ i manja operativnost Međunarodne organizacije rada (MORA, ILO, OIT), čiji korijeni, načela i sadržaji njenih dokumenata čine osnovu i okvir za postupanje brojnih subjekata u još brojnijim radnim i socijalnim odnosima država – članica.

U pitanju je provedba standarda i prava EU u pojedinim područjima. To je pravni ugovorni odnos po Sporazumu...kao novom i originalnom obliku međunarodnog ugovora. To je osnova reforme u cjelokupnim odnosima Republike Hrvatske, reforme političkog i gospodarskog sustava i prilagodbe. S ukupnim sustavom kriterija „kako bi se osigurala...da prođe što organiziranije, promišljenije i učinkovitije...“. Nijedan propis u Republici Hrvatskoj ne može se donijeti bez „ispunjene izjave o usklađenosti s *acquis communautaire*-om i usporednim prikazom podudarnosti odredaba prijedloga akta s odredbama relevantnih propisa EU“.

Naglašeno je demokratsko načelo dostupnosti i javnosti zakona te jedinstvene primjene za sva i druga načela, a sve „fizičke i pravne osobe...imaju pristup bez diskriminacije... nadležnim sudovima i upravnim tijelima...radi zaštite svojih osobnih i imovinskih prava“.

Za sadržaj ovoga rada bitna su sekundarna vrela prva EU direktive i uredbe. Imaju obvezujuću snagu. Uredbe su obvezujuće cijelosti i izravno se primjenjuju u državama – članicama. Direktive su obvezujuće u pogledu rezultata koji se moraju postići u državi – članici, s time da država – članica sama bira oblik i metode (način) za realizaciju te obveze. U državi – članici to mora biti obvezujuća pravna norma (propis). Direktiva je akt općeg karaktera i sadrži obvezu postizanja rezultata, a ne obvezu na određeno postupanje.<sup>7</sup>

Nacionalne mjere provedbe direktive moraju biti potpune, obvezujuće i transparentne. Povreda i nepoštivanje direktiva ima za posljedicu postupak zbog povrede Ugovora EU, pred Europskim sudom, čija se odluka mora poštovati, pod prijetnjom kazne. U državi – članici obveza sudova je da „interpretiraju“ nacionalno pravo u skladu s ciljem i svrhom direktive. Nakon što su doneseni nacionalni provedbeni propisi. Ovi propisi su provedbeni u odnosu na direktivu i hijerarhijski su joj podređeni. Primjena prava EU u Republici Hrvatskoj u tom smislu, uvažava interpretativna načela favor *conventionis*.<sup>8</sup>

U pitanju je „novi pravni poredak međunarodnog prava“. Socijalna politika je u isključivoj nadležnosti države – članice EU.

Brojna su pitanja i odnosi što se mogu „svrstati“ u radno pravo odnosno radnouppravne odnose EU. Okvir i osnov je pravna stečevina EU, kompromisi socijalnih partnera između fleksibilnosti tržišta rada i sigurnosti radnih mjesta, uz zadovoljavanje interesa radnika, poslodavaca i nacionalnog gospodarstva.

Posebno je pitanje zapošljavanja, sloboda kretanja radnika, uzajamno priznavanje kvalifikacija, poslovni nastan, jednake mogućnosti za žene i muškarce, socijalni dijalog, oblik i sadržaj

<sup>7</sup> Ugovor iz Maastrichta 1992 pod jedan krov stavio je EU (Europsku zajednicu za ugljen i čelik, Europsku ekonomsku zajednicu (EEZ) i Europsku zajednicu za atomsku energiju).

<sup>8</sup> Siniša Rodin, Novi informator 5265 – 52660, Zagreb, 21. i 25.08.2004, str. 1. i 2. Pravo EU ima prednost pred pravom države – članice.

radnog odnosa, organizacija radnog vremena, zabrana diskriminacije, kolektivni višak radnika i otkazi ugovora o radu, rad na određeno vrijeme, ravnopravnost radnika (osoba na radu) i drugo.

To je stalan, planiran, zahtjevan i složen (pa i skup) proces u kome sudjeluju, pored države i poslodavci i radnici odnosno njihove udruge realizirajući tripartizam i socijalni dijalog. Temeljna načela suvremenog radnog prava moraju se uvažavati i dati im odgovarajući praktični sadržaj i osigurati što potpuniju provedbu. Njihovo poštivanje je sve veće i zahtjevnije kada su u pitanju atipični i drugi oblici rada, koji zbog praktičizma i nedorečenosti mogu štetno djelovati na specifičnosti radnog odnosa (npr. rad na određeno vrijeme, dodatni rad, rad putem agencija za zapošljavanje, rad na digitalnim radnim platformama, rad kod kuće radnika, odnosno na izdvojenim mjestima rada i drugo).

## 5. ZAKLJUČAK

Na reformi radnopравnih odnosa (i radnog prava kao pozitivne pravne discipline koja te odnose izučava) već dugo „radi“ Europska Unija (EU), objašnjavajući to brzim tehnološkim promjenama, pojačanom konkurencijom zbog globalizacije, pojavom društva znanja i drugog uvodeći oblike rada „koji su postali raznolikiji i nepravilniji“. Proklamira „punu zaposlenost, kvalitetan i produktivan rad, socijalnu koheziju i drugo“. „Sirova“ praksa često je mimo pravni normi kojima se ti odnosi uređuju. Onda se ti propisi proglašavaju rigidnim, a ne ta praksa o, „različitim varijantama organizacije rada“, radnom vremenu, plaćama, obrazovanja i osposobljavanja, različitim ugovorima o radu i radnom angažiranju. Konkurentnost na tržištu umanjuje karakter i sadržaj radnog odnosa kao složenog stanja i odnosa.

Radni odnosi su u velikoj kušnji. Poslodavci traže veću sigurnost na tržištu i korist od globalizacije pa onda i veću fleksibilizaciju u radnim odnosima, a radnici (radnički sindikat) veću radnu i socijalnu sigurnost. Zahtjeve nije lako „pomiriti“ ali u tome se okviru i osnove moraju uvažavati. Radno pravo ima svoj specifični metod stvaranja, ostvarivanja i zaštite pravnim normama utvrđenog sadržaja. Taj metod je jedan od ključnih oznaka samostalnosti svake pravne discipline. Radno zakonodavstvo (svih razina) u sadržaju svojih odredbi „prenatrpano“ je fleksibilnim oblicima zapošljavanja i rada što je prepušteno surovoj i sirovoj praksi, da „adekvatno primjenjuje“. To se odnosi na: rad na određeno vrijeme, rad s nepunim radnim vremenom, rad kod dva i više poslodavca, sezonsko zapošljavanje, rad na izdvojenom mjestu rada i kod kuće radnika, rad putem agencije za zapošljavanje; degradiranje udruge poslodavaca i radnika, kolektivno pregovaranje i socijalni dijalog, klizni, varijabilni raspored radnog vremena, preraspodjela radnog vremena, prekovremeni rad i drugo. Sve češće se poziva na tržište rada, kao da je rad (radna snaga) roba, a koriste se pojmovi „prilagodba“ i „prema potrebama“.

Posredno (neizravno), ali naglašeno na sadržaj radnog odnosa djeluju različiti oblici rada na određeno vrijeme, privremeno obavljanje poslova, o izmještanju radnika („prateći“ izmještanje djelatnosti i sl.), u slučaju „rada po pozivu poslodavca (kako i kada je potrebno)“ uz garanciju minimalne (garantirane) plaće i sl.

To je još vidljivije kod „fleksibilizacije plaće“, jer plaća predstavlja bitan uvjet rada i obavezan sadržaj ugovora o radu (radno vrijeme, rezultati rada i drugo), a trebala bi da bude primjerena za održavanje standarda radnika i onih koje uzdržava. Nažalost kolektivno pregovaranje ne rezultira

kvalitativnim kolektivnim ugovorima, a radnički sindikati su i dalje nejača strana u kolektivnim radnim odnosima. Fiskalna opterećenja „plaće i njihov udio u bruto – plaći je previsok. Praksa niskih plaća pokazuje da je to sve prisutnije kod rada na određeno vrijeme, ugovora o radu s nepunim radnim vremenom, ugovore o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje radnika, ugovora o radu bez „fiksno“ radnog vremena i drugo.

Narušava se sigurnost radnog odnosa, sigurnost zaposlenja, sigurnost prihoda, a naročito sigurnost na radu i zaštita zdravlja na radu, a time, po pravilima „zakona spojenih posuda“ i na druga prava i obveze, u uzročno posljedičnim vezama sadržaja individualnih i kolektivnih radnih odnosa.

Za socijalni dijalog socijalnih partnera o uvjetima rada treba dobra vjera, treba uvažavanje partnera, ravnopravnost i pravi podaci u postizanju kompromisa do konačnog sadržaja kolektivnog ugovora. Reprezentativni sindikati nemaju izrađenu i primijenjenu unutarnju „infrastrukturu“ (statutarne odredbe) da postignu svrhu sindikalnog organiziranja i osnovnu zadaću sindikata da sklapa kolektivne ugovore.

Sadržaj radnih odnosa ne smije ugroziti (a već ugrožava) globalizacija kao posljedica socijalnog napretka. Sustav privređivanja ne smije zamijeniti (niti zanemariti) socijalnu funkciju države (niti to, po svojoj naravi, može). „Prilagodba“ radnih odnosa nastalim (i budućim) promjenama ne smije poremetiti osnovna određenja, načela i suštinu (sadržaj) radnog odnosa. Pogrešna je tvrdnja da konkurentnost u globalnim procesima može zanemariti snagu radnog odnosa, jer bez stabilnog radnog odnosa nema ni konkurentnosti sustava.

U donošenju propisa to treba biti polazište.

Pogrešno je tvrditi da radni odnos treba vratiti (ili da je vraćen) u okrilje građanskog prava. To je pogrešna tvrdnja a istovremeno jedan od razloga urušavanja toga pravnog odnosa. Ne osporavaju se prava zakonodavca da definira „politiku radnog (i socijalnog) zakonodavstva“, ali time ne narušavajući suštinu radnopravnih kategorija, instituta i odnosa.

## LITERATURA I IZVORI:

1. Darko Milković i Goran Trbojević, *Radni odnosi*, Zagreb: Effectus, 2019.
2. Pufiz Vlado, „Izazovi fleksibilizacije tržišta rada“, u *Isplati li se fleksibilnost: hrvatsko tržište rada*, ured. Jasminka Kulušić., (Zagreb: Tim-press, 2009): 9-12.
3. Šime Pavlović, *Europska konvencija o temeljnim ljudskim pravima i slobodama*, Rijeka: LIBERTIN naklada, 2020.
4. Šošić Vedran, „Siromaštvo i politika na tržištu rada u Hrvatskoj“, *Financija teorija i praksa* 29/1 (2005): 75–94.
5. Univerzalna (opća) deklaracija o ljudskim pravima i slobodama (1948) („Narodne novine – međunarodni ugovori“, br. 12/09)
6. Ustav Republike Hrvatske, („Narodne novine“, br. 85/10- pročišćeni tekst i 5/14)
7. Zakon o europskim socijalnim vijećima, („Narodne novine“, br. 93/14, 127/17)
8. Zakon o europskim socijalnim vijećima, („Narodne novine“, br. 93/14, 127/17)
9. Zakon o radu, („Narodne novine“, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22)

## LITERATURE

1. Darko Milković and Goran Trbojević, *Labor relations*, Zagreb: Effectus, 2019.
2. Pufiz Vlado, "Challenges of the flexibilization of the labor market", in *Does flexibility pay off: the Croatian labor market*, ed. Jasminka Kulušić., Zagreb: Tim-press, 2009: 9-12.
3. Šime Pavlović, *European Convention on Fundamental Human Rights and Freedoms*, Rijeka: LIBERTIN Naklada, 2020.
4. Šošić Vedran, "Poverty and politics on the labor market in Croatia", *Finance Theory and Practice* 29/1 (2005): 75–94.
5. Universal (General) Declaration on Human Rights and Freedoms (1948) ("Official Gazette - International Treaties", No. 12/09)
6. Constitution of the Republic of Croatia, ("Narodne novine", No. 85/10 - revised text) and 5/14)
7. Law on European Social Councils, ("Official Gazette", no. 93/14, 127/17)
8. Law on European Social Councils, ("Official Gazette", no. 93/14, 127/17)
9. Labor Law, ("Official Gazette", no. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22)

## LIMITATION OF SPECIAL FORMS OF WORK WITHOUT VIOLATING THE FUNDAMENTAL PROVISIONS AND THE CONTENTS OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

**Marinko Đ. Učur<sup>9</sup>**

*Faculty of Law, University of Rijeka*

**Abstract:** *Legislation of the Republic of Croatia (and other countries in the „surrounding“) based on and within the framework of directives and other secondary sources of European Union (EU) law, more and more, in addition to basic concepts, categories, legal institutes and legal relations in labor (social and other) legislation regulates „new flexible forms of work“ and thus affects the „static budget“ of the general law regulating these issues and relationship. In practice, with such prescribed flexible forms of work, the standards of working conditions are „left“ to concrete economic, political, social and other relations and „opportunities“. This paper tries to point out the necessity of preserving the employment relationship as a complex situation, but also as a special legal relationship that is determined by terms, categories, labor law institutes and other issues that, with a special method, are studied by an independent legal discipline, labor law (a special scientific branch of law, the legal system, or legal order).*

*In the framework and on the basis of this, (other) flexible forms of work can (and should) be arranged, realized and protected, without disrupting (devastating) the employment relationship as „established“ by labor law theory and universal source of human rights and freedoms. This also applies to: fixed-term employment, part-time work, work on Sundays, work at a separate workplace, additional work, employment contracts for temporary performance of work through an agency and „other forms of work“.*

**Keywords:** *labor legislation, flexible forms of work, preservation of scientific learning about labor relations and labor standards*

---

<sup>9</sup> Full Professor (retired), Faculty of Law, University of Rijeka, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com





## RADNA I SOCIJALNA PRAVA U USTAVU FNRJ 1946. I USTAV NR HRVATSKE 1947.

Marinko Đ. Učur<sup>1</sup>  
Željko Bartulović<sup>2</sup>

Pravni fakultet Univerziteta u Rijeci

**Apstrakt:** U radu autori obrađuju ustavne odredbe Vidovdanskog (1921.) i Oktroiranog ustava (1931.) iz područja radnoga i socijalnih prava. Slijedi analiza tih propisa u Ustavu FNRJ iz 1946. Nakon pregleda rada Ustavotvornog sabora Hrvatske, radi se usporedba s istovrsnim propisima u Ustavu NR Hrvatske iz 1947.

**Ključne riječi:** Ustav FNRJ 1946., Ustav NR Hrvatske 1947., radno i socijalno pravo, Ustavotvorna skupština DFJ, Ustavotvorni sabor FJ Hrvatske.

### 1. UVOD – RADNA I SOCIJALNA PRAVA PRIJE 1946.

Radna i socijalna pitanja u jugoslavenskoj državi po prvi puta su regulirana Vidovdanskim ustavom 1921. u III. odjeljku *Socijalne i ekonomske odredbe*, dijelom pod utjecajem Weimarskog ustava. *Radna snaga stoji pod zaštitom države* (čl. 23.). Žene i nedorasli imaju se posebno zaštititi od štetnih poslova po njihovo zdravlje. Zakon određuje posebne mere za bezbednost i zaštitu radnika i propisuje radno vreme u svima preduzećima (čl. 24.). Država prema solidarističkom načelu treba intervenirati u privatne odnose građana *u duhu pravde* (čl. 26.); brinuti o higijenskim i socijalnim uvjetima koji utječu na narodno zdravlje; *2. o naročitoj zaštiti matera i male dece*; *3. o čuvanju zdravlja svih građana*; *4. o suzbijanju... zaraznih bolesti...*; *5. o besplatnoj lekarskoj pomoći, besplatnom davanju lekova... siromašnim građanima* (čl. 27.). *Obezbeđenje radnika za slučaj nesreće, bolesti, besposlice, nesposobnosti, starosti i smrti, urediće se naročitim zakonom* (31.). Predviđa se zaštita: invalida, ratne siročadi i udovica, siromašnih i nesposobnih roditelja poginulih ili umrlih ratnika, osposobljavanje invalida za rad, odgoj ratne siročadi (čl. 32.); i pomoraca za slučaj bolesti, iznemoglosti, starosti i smrti (čl. 34.).

Oktroirani ustav iz 1931. kratak je po pitanju radnih i socijalnih prava. U *Odeljku II. Osnovna građanska prava i dužnosti* predviđa besplatno osnovno školovanje u državnim školama (čl. 16.), a u *Odeljku III. Socijalne i ekonomske slobode* pravo i dužnost intervencije države u privredne

1 Dr. sc. Marinko Učur, umirovljeni redoviti profesor u trajnom zvanju Sveučilišta u Rijeci, Pravni fakultet, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

2 Dr. sc. Željko Bartulović, redoviti profesor u trajnom zvanju, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, e-mail: zeljko.bartulovic@uniri.hr

odnose građana u duhu pravde (čl. 23.) te osnivanje *Privrednog Veća* kao savjetodavnog tijela u pitanjima privrede i socijale (čl. 24.).<sup>3</sup>

*Zakon o zaštiti radnika* od 28. II. 1922. regulirao je: uglavnom 8-satno radno vrijeme, pitanje prekovremenog rada, odmor radnika, zabranu noćnog rada žena i mladih od 18 godina, porodijski dopust, higijensko-tehničku zaštitu na radu itd. *Zakon o osiguranju radnika* od 14. V. 1922. normira pitanja bolesti i nesreće na radu. Mirovinsko osiguranje uvodi se 1937., samo za neke kategorije radnika. Ni drugi propisi, nisu kvalitetno rješavali ovu materiju.<sup>4</sup>

## 2. RADNA I SOCIJALNA PRAVA U USTAVU FNRJ IZ 1946.

Na III. zasjedanju 1945. AVNOJ se reformirao u Privremenu narodnu skupštinu DFJ. Ona je donijela izborne propise za Ustavotvornu skupštinu na kojima je 11. XI. 1945. pobijedila lista Narodne fronte.<sup>5</sup> Prednacrt ustava napisala je komisija Ministarstva za konstituantu, a Ministarstvo nacrt ustava, Vlada ga je prihvatila i dala Skupštini na raspravu, kao i na općenarodnu raspravu. Ustav je donijet *prema uzoru na Ustav SSSR iz 1936*, ali je i *rezultat dotadašnjeg razvoja pravno-političkog sustava od 1943*.<sup>6</sup>

Neka pitanja aktualna su i danas, ali će se zbog veličine rada tek spomenuti.

Komisija predlaže pravo na samoodređenje i odcjepljenje. Ono je izbačeno iz teksta za javnu raspravu pa je vraćeno na prijedlog Ministarstva: *FNRJ je savezna narodna država republikanskog oblika, zajednica ravnopravnih naroda koji su na osnovu prava na samoopredeljenje, uključujući pravo na otcepljenje, izrazili svoju volju da žive zajedno u federativnoj državi* (čl. 1.). Država je federacija republika, ne naroda, jer se prema sovjetskom modelu suverenost nacije ostvaruje putem republike - suverene nacionalne države. Nacije nisu svedene na republike, već uključuju pripadnike i izvan matičnih republika. *Suverenost republika ograničena je samo pravima koja su ovim Ustavom dana FNRJ* (čl. 9.).<sup>7</sup>

Za razliku od Vidovdanskog i Oktroiranog ustava, Ustav FNRJ važno mjesto dao je ustavnim normama koje su garantirale radna i socijalna prava. Čl. 20. nije prepustio radne odnose privatnoj sferi ugovaranja, jamči pravo sindikalnog udruživanja, zaštitu maloljetnih radnika i brigu o socijalnim pravima: *Država zaštićuje lica u najamnom radnom odnosu, naročito obezbeđenjem prava udruživanja, ograničenjem radnog dana, obezbeđenjem prava na plaćeni godišnji*

<sup>3</sup> Dušan Mrdenović, prir. *Ustavi i vlade Kneževine Srbije, Kraljevine Srbije, Kraljevine SHS i Kraljevine Jugoslavije* (Beograd: Nova knjiga, 1988), 212-215, 249-252.

<sup>4</sup> Hodimir Sirotković i Lujko Margetić, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije* (Zagreb: Školska knjiga 1988), 250, 277-279. Vidi i Neda Engelsfeld, „Socijalno-gospodarski problemi u Vidovdanskom ustavu 1921. god.“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XX, 3-4 (1970): 369-376; Vinko Esih, prir. *Radničko pravo* (Zagreb: vlastita naklada, 1937).

<sup>5</sup> Željko Bartulović, *Povijest hrvatskog prava i države (kompendij)* (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008), 116-117; Zdenko Radelić, *Hrvatska u Jugoslaviji 1945.-1991.* (Zagreb: Školska knjiga, 2006), 77-78. Podatak je da su od 524 člana Skupštine 404 članovi KPJ, a 120 nečlanovi.

<sup>6</sup> Dalibor Čepulo, *Hrvatska pravna povijest u europskom kontekstu* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012), 322.

<sup>7</sup> Neki autori ističu izvornu suverenost republika koje svojevrijedno dijelom prenose svoja prava na federaciju kao saveznu državu, npr. Nevio Šetić, *Ostvarenje suvremene hrvatske države* (Zagreb: Družba Braće Hrvatskog Zmaja, 2017), 104.

*odmor, kontrolom radnih uslova, brigom o stanbenim prilikama i socijalnim osiguranjem. Maloletna lica u radnom odnosu uživaju naročitu zaštitu države.*

I danas važna pitanja položaja i ravnopravnosti žena u radu i plaćama kao i posebnu brigu o djeci uređuje čl. 24. st. 2. i 3.: *Za jednak rad žene imaju pravo na jednaku platu kao muškarci i uživaju posebnu zaštitu u radnom odnosu. Država naročito štiti interese matere i deteta osnivanjem porodilišta, dečijih domova i obdaništa i pravom matere na plaćeno odsustvo pre i posle porođaja.*

Socijalističko društvo smatralo je rad obvezom za ostvarivanje socijalnih prava (čl. 32.): *Svaki građanin dužan je da radi po svojim sposobnostima: ko ne daje zajednici ne može od nje primati.*<sup>8</sup>

Prava invalida i posebnih grupa u društvu ušla su u čl. 35.: *Država obezbeđuje ratnim invalidima dostojan život i besplatno osposobljavanje za rad. Deca palih boraca i žrtava rata pod naročitim su staranjem države.*

Prema čl. 37.: *Obezbeđuje se sloboda naučnog i umetničkog rada*, ali ovo načelo ostalo je u sjeni ondašnjeg državnog, tj. partijskog nadzora.

Država jamči besplatno obrazovanje i brigu o mladima (čl. 38.): *U cilju podizanja opšte kulture naroda, država obezbeđuje da škole i druge prosvetne i kulturne ustanove budu dostupne svima slojevima naroda. Država posvećuje naročitu pažnju omladini i zaštićuje njeno vaspitanje.*

U čl. 44. razgraničene su nadležnosti federacije spram republičkih u pitanjima radnog i socijalnog zakonodavstva, uz isticanje da su to posebno važna pitanja čija načela regulira federacija prema st. 24.: *osnovno zakonodavstvo o radu, radnjama i socijalnom osiguranju; o zadrugama; o privatnom pravu; i st. 25., uz pravo republika da mogu privremeno donositi propise: donošenje opštih načela za zakonodavstvo i za rukovodstvo republika u oblasti poljoprivrede, rudarstva, šumarstva, lova i vodnih snaga; građevinarstva; privrednog poslovanja; politike cena; zdravlja i fizičke kulture; prosvete; socijalnog staranja i organizacije državne vlasti. — Republike mogu same u ovim poslovima donositi svoje propise do donošenja opštih načelnih propisa od strane FNRJ.*

Tintić ovo definira kao drugu etapu razvoja radnog prava koja traje *do uvođenja radničkog samoupravljanja 1950. u kojoj je izvršen opsežan i sistematski rad u oblasti reguliranja radnih odnosa.* Prema njemu: *Regulirana su saveznim okvirima gotovo sva pitanja iz radnih odnosa i osiguranja radnika. Stvoren je i izgrađen cjelovit sistem institucija radnog prava, u kome je reguliranje radnih odnosa od strane federacije i s obzirom na plansku privredu i na administrativno upravljanje privredom na socijalističkom sektoru postalo gotovo sveobuhvatno.* Ustav proglašava i jamči brojna radna i socijalna prava, ali je *nametnuta potreba državnog reguliranja gotovo svih pitanja iz oblasti radnih odnosa, zapošljavanja, stabilizacije radne snage, stručnog osposobljavanja itd.* Zakonima su regulirana brojna pitanja ovih odnosa što je davalo *originalnost po nosiocu političke vlasti, po društveno-privrednoj osnovici radnih odnosa, po sadržaju pravnih pravila i po cilju pravnog reguliranja radnih odnosa.*<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Čepulo, *Hrvatska prava povijest u europskom kontekstu*, 324, piše da je Ustav proglasio tek slobodu rada, a ne i pravo na rad koje je pretpostavljao obvezu države da postavi pretpostavke za njegovu realizaciju, jer se smatralo da bi u uvjetima razrušene zemlje i konsolidacije to bilo posve nerearno, ali nije precizirao na koji članak Ustava misli.

<sup>9</sup> Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva – radni odnosi* (Zagreb: Narodne novine, 1969), 144-147.

### 3. USTAV NR HRVATSKE IZ 1947. – IZBORI I RAD USTAVOTVORNOG SABORA

Krajem 1944. u nadležnosti odjela ZAVNOH-a bili su poslovi narodnog zdravlja i socijalne politike.<sup>10</sup> Na IV. zasjedanju 1945. ZAVNOH se konstituirao kao Sabor Federalne Jedinice Hrvatske i 26.-30. VIII. 1946. donio: Zakon o Ustavotvornom saboru i Zakon o izboru narodnih zastupnika za Ustavotvorni sabor (dalje US). Izborni zakon ima specifičnosti spram saveznoga. Aktivno pravo glasa imaju državljani FNRJ sa stalnim boravkom u Hrvatskoj, a pasivno samo državljani Hrvatske. Hrvatsko državljanstvo priznato je državljaninu FNRJ koji živi u Hrvatskoj duže od 10 godina, ne računajući ratno doba. Neki autori tvrde da na izborima 10. XI. 1946. nije istaknuta, tzv. *kutija bez liste* jer se glasalo za pojedince.<sup>11</sup> No, moglo ih je biti više, ali svi iz redova *Narodne fronte* (NF).<sup>12</sup>

U US NR Hrvatske (dalje: NRH) izabrano je 176 zastupnika (140 Hrvata, 34 Srbina i 2 Čeha; 65 seljaka, 52 radnika, 39 intelektualaca, 12 namještenika i 8 obrtnika). U vladi je bilo 14 Hrvata i 3 Srbina; 10 članova Komunističke partije (KP), 4 Hrvatske republikanske seljačke stranke (HRSS) i 3 nestranačka člana. Svi izabrani bili su članovi NF, od kojih je oko 30 članova HRSS. Njih 150 bili su članovi KP (78%), a 41 (22%) izvanpartijac. Među članovima HRSS-a njih 17 već su bili u KP ili su ušli nakon izbora. Izabrano je i 15 predstavnika Istre i Rijeke,<sup>13</sup> krajeva koji su bili u sastavu Italije pa oni nisu članovi Sabora već samo predstavnici naroda bez prava odlučivanja. Službeni izbori u Istri, Lastovu, Rijeci i Zadru održani su 30. XI. 1947., nakon što su ti krajevi Pariškim mirovnim ugovorom s Italijom priključeni FNRJ i Hrvatskoj. Vladimir Nazor izabran je za predsjednika Prezidijuma, a Zlatan Sremec za predsjednika Sabora čime se htjela istaknuti uloga nekomunista, no te dužnosti nisu imale veća ovlaštenja.

Od 28. XI. 1946. do 18. I. 1947. održano je 9 redovitih i 1 svečana sjednica.<sup>14</sup>

Poslovnik o radu predviđao je zastupničke klubove s najmanje 5 zastupnika, prijedloge, (čl. 48.) mogu podnositi Vlada i zastupnici uz supotpis 20 zastupnika u roku od 10 dana od izbora Ustavotvornog odbora, u obliku predviđenom za Ustav i zakone (čl. 50.). Predsjednik Sabora upućuje prijedlog odborima i zastupnicima (čl. 51.). Svaki zastupnik može davati amandmane Odboru (čl. 55.), nakon čijeg izvješća slijedi 5 dana rasprave (čl. 57.). Tada amandmane predlažu Vlada i Odbor, a zastupnici putem odbora (čl. 59.). Izglasani ustav proglašava se na svečanoj sjednici sabora bez rasprave, aklamacijom, uz izglasavanje Ukaza o proglašenju (čl. 66.).

Izabrano je predsjedništvo US. Na III. sjednici 30. XI. izabran je Prezidijum US s 19 članova. Vlada na čelu s V. Bakarićem podnijela je ostavku, ali su dobili povjerenje pa je nakon pauze od 5 minuta on predložio istu vladu koja je podnijela US nacrt ustava. Ustavni odbor (dalje: UO) će raditi 6 tjedana nakon isteka roka od 10 dana za primanje nacrtu i prijedloge.

<sup>10</sup> Eugen Pusić, *Hrvatska središnja državna uprava i usporedni pravni sustavi* (Zagreb: Školska knjiga, 1997), 174; Hodimir Sirotković, „Državnopravno značenje odluka ZAVNOH-a za izgradnju državnosti Hrvatske u Drugom svjetskom ratu“, *Časopis za suvremenu povijest* 27, 3 (1995): 512.

<sup>11</sup> Radelić, *Hrvatska u Jugoslaviji 1945.-1991.*, 78

<sup>12</sup> Goldstein to nije precizirao, on navodi više kandidata, ali redovito pripadnika Narodne fronte. Ivo Goldstein, *Povijest Hrvatske 1945.-2011.* (Zagreb: EPH Media, 2011), 72; Ivo Goldstein, *Hrvatska povijest* (Zagreb: Novi liber, 2003), 317. Kotarska izborna komisija Sušaka potvrdila je dvije liste za grad i za kotar. Željko Bartulović, *Sušak 1919.-1947.* (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Državni arhiv u Rijeci, Adamić d.o.o., 2004), 321.

<sup>13</sup> Radelić, *Hrvatska u Jugoslaviji 1945.-1991.*, 80. Slično i Šetić, *Ostvarenje suvremene hrvatske države*, 113 piše da su sabski izbori na priključenim područjima održani 30. XI 1947., a u rad Sabora uključili su se 8. XII. 1947.

<sup>14</sup> Ustavotvorni sabor NR Hrvatske (28. XI. 1946. – 18. I. 1947.), *Stenografski zapisnici* (Zagreb: Sabor NRH, 1949).

UO održao je 3 sjednice, primio nacrt Vlade i nakon roka za diskusiju održao još 4 sjednice. UO predložio je izmjenu čl. 2. – *u jedinstvenju s drugim narodima*, čl. 11. mijenja se iz: *Srpski narod u NRH ravnopravan je s hrvatskim narodom u: Srbi u NRH ravnopravni su s Hrvatima!* Spomenimo vrlo zanimljiva i za buduća istraživanja korisna izlaganja o odnosu Hrvata i Srba u Hrvatskoj.

Objasnjeno Nacrtu ističe da čl. 2. ...*vidno podcrtava državni karakter NRH i njena suverena državna prava...* 3. ...*NRH vrši državnu vlast suvereno, izuzevši samo ona prava, koja su ... prenijeta na saveznu državu.... a koja su izrično označena u čl. 33. saveznog ustava. Hrvatski i srpski narod u NRH potpuno su ravnopravni uživajući svaki od njih svoju punu nacionalnu slobodu..., a postupak (pred sudom, op. aut.) se vodi na hrvatskom ili srpskom jeziku.*

Na V. sjednici US 14. I. pročitan je izvještaj UO o nacrtu ustava. Bakarić upozorava da pravo formiranja vojske može biti sredstvo razmirica između Hrvata i Srba. Ustav *sadrži odluku o pitanju nacionalne nezavisnosti, o pitanju federacije.* Raspravljalo se o odnosu Srba i Hrvata u Hrvatskoj (čl. 11.) *jer je to jedna specifičnost naše Republike, to je nešto novo, nedovoljno obrazloženje toga člana u projektu ustava... rezultat novog odnosa između Srba i Hrvata... priznanje one ogromne uloge... igrali naši Srbi i njihove pomoći u izgradnji Hrvatske.* Jugoslavija je federativna država, a Hrvatska je nacionalna jedinica, nacionalna republika. *Srbi bi u tom pogledu, bez obzira na njihove velike zasluge za vrijeme rata... gledajući apstraktno, odvojeno od Jugoslavije, mogli biti samo nacionalna manjina. Mi smo u Jugoslaviji bratska zajednica, u kojoj su Hrvati i Srbi rukovodeće nacije, jednakopravne i ravnopravne nacije, i prema tome ne mogu Srbi u Hrvatskoj biti ništa drugo nego ravnopravni s Hrvatima.* Srba u Hrvatskoj ima 18-20%. Franjo Gaži ističe da je pravo narodnog i društvenog razvoja zajamčeno i *braći Srbima i nacionalnim manjinama koje u Hrvatskoj žive i svojim radom dokazuju da vole ovu zemlju.* Srbin Bogoljub Rapajić ističe da su prvi put hrvatski narod i Srbi u Hrvatskoj došli u mogućnost *da sami bez ičijeg tutorstva na najneposredniji način određuju kakva će biti njihova država,* te će Srbi imati nacionalnu slobodu, sva politička prava, punu mogućnost da njeguju i razvijaju svoju nacionalnu kulturu. U Jugoslaviji će rascijepani Srbi i Hrvati imati pripadnike izvan granica, ali će održavati najtješnje kulturne, prosvjetne i druge veze: *oba naroda imaju svoje države s nacionalnim obilježjem ne zbog toga da bi, ...u Srbiji bili gospodujućim Srbi, a potlačeni Hrvati... (i obrnuto), nego zbog toga što u Srbiji žive u velikoj većini Srbi, a u Hrvatskoj isto tako Hrvati... ti narodi ostaju kompaktna cjelina bez obzira da li su u svojoj nacionalnoj državi jer žive u Jugoslaviji.* Ivan Ribar govorio je o suradnji tijekom rata kada su se Srbi podigli na ustanak i protiv je negiranja nacionalnog imena i zastave kao u povijesti.

NR Hrvatsku su, uz Hrvate konstituirali i Srbi, ali nije spomenuto njihovo zasebno pravo na samoodređenje. Radelić kaže da je iz prijedloga čl. 11. ispala formulacija *srpski narod* i prihvaćena *Srbi*, čime se, pretpostavlja, sugerirala njihova pripadnost hrvatskoj političkoj naciji, shvaćenoj kao državi građana koja obuhvaća sve stanovnike bez obzira na etničku pripadnost.

Na VI. sjednici US 15. I. Todor Ćuruvija ističe suverenost NRH, to je želja i interes kako Hrvata, tako i Srba u Hrvatskoj. Da je NRH *nacionalna hrvatska država... da Srbi... uživaju sva državna i politička prava.... isto tako kao i hrvatski narod ima svoju nacionalnu državu NR Srbiju... Srbi u NRS su potpuno ravnopravni s Hrvatima NRH kao i Hrvati u Srbiji sa Srbima u Srbiji.... NRH ima pravo da potpuno samostalno i potpuno suvereno vrši poslove koji spadaju u kompetenciju jedne države.* Neki Srbi plaše se federacije jer su Srbi *podijeljeni u*

republike. Prostor NRH jedinstven je s drugim republikama i čini FNRJ, ne sprječava se svakodnevno povezivanje nas Srba u Hrvatskoj sa Srbima iz ostalih NR i cjeloviti nacionalni razvoj.

Na IX. sjednici US 18. I. pročitana je pozdravni brzojav Ustavotvorne skupštine NR Srbije koja podržava donošenje ustava. Na X. svečanoj sjednici 18. I. 1947. u ime zastupnika Kluba NF Mika Špiljak daje US prijedlog Odluke o proglašenju Ustava NRH. Svi prihvaćaju aklamacijom, ustajanjem i pljeskanjem. US nastavio je s radom kao Sabor NRH.

## 4. RADNA I SOCIJALNA PRAVA U USTAVU NR HRVATSKE

Ustav je imao tri dijela, glave i članke. Prvi dio su *Osnovna načela*, Gl. I. – NRH. NRH je *narodna država republikanskog oblika* (čl. 1.) koja se *na temelju prava na samoopredjeljenje, uključujući pravo na odcepljenje, izražavajući slobodno izraženu volju svoga naroda, ujedinila na osnovu načela ravnopravnosti s narodnim republikama... u saveznu državu.* – FNRJ (čl. 2.).<sup>15</sup>

Radna i socijalna prava određuje čl. 21. st. 2. i 3.: *Država zaštićuje lica u najamnom radnom odnosu, naročito obezbeđenjem prava udruživanja, ograničenjem radnog dana, obezbeđenjem prava na plaćeni godišnji odmor, kontrolom radnih uslova, brigom o stambenim prilikama i socijalnim osiguranjem. Maloljetne osobe u radnom odnosu uživaju naročitu zaštitu države.*

Čl. 25. definira prava žena i djece: *Žene su ravnopravni građani s muškarcima u svim područjima državnog, privrednog i društvenopolitičkog života. Za jednak rad žene imaju pravo na jednaku plaću kao i muškarci i uživaju posebnu zaštitu u radnom odnosu. Država štiti interese matere i djeteta, naročito, osnivanjem rodilišta, dječjih domova i obdaništa te pravom matere na plaćeni dopust prije i poslije porođaja.*

Kao i savezni ustav, čl. 33. određuje: *Svaki građanin NRH dužan je da radi po svojim sposobnostima; tko ne da zajednici, ne može od nje ni primati.* I čl. 36. ponavlja saveznu odredbu: *Država osigurava ratnim invalidima dostojan život i besplatno osposobljavanje za rad. Djeca palih boraca i žrtava rata pod naročitim su staranjem države.*

Prema čl. 37.: *Država se stara za podizanje zdravlja naroda organizacijom i kontrolom zdravstvene službe, bolnica, ljekarna, liječilišta (sanatorija), oporavilišta i drugih zdravstvenih ustanova. Država vodi brigu o fizičkom odgoju naroda, naročito omladine, radi podizanja zdravlja i radne sposobnosti naroda, kao i jačanja obrambene moći države.*

Obvezu NRH da osigura školovanje i pristup kulturi sadrži čl. 39.: *U cilju podizanja opće kulture naroda država osigurava, da škole i druge prosvjetne i kulturne ustanove budu pristupačne svim slojevima naroda. Država posvećuje naročitu pažnju omladini i zaštićuje njezin odgoj.*

Tijelo izvršne vlasti u NRH bila je Vlada NRH koja se sastojala od 9 savezno-republičkih te 4 republička ministarstva, a među republička spadaju ministarstva za: narodno zdravlje, socijalno staranje (čl. 77.-86.)

<sup>15</sup> Tekst Ustava Narodne Republike Hrvatske, Narodne novine, 7/1947 [https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav\\_Narodne\\_Republike\\_Hrvatske\\_\(1947.\)](https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav_Narodne_Republike_Hrvatske_(1947.)) pristupljeno 30. IX. 2023.

## 5. KRITIKE USTAVA FNRJ IZ 1946. I NR HRVATSKE IZ 1947.

Autori su još u doba socijalizma imali kritičan stav prema ustavima FNRJ i NRH zato što su ih povezivali sa sovjetskim modelom kojeg se smjelo prozivati od razilaženja sa SSSR-om 1948. Ta kritika se dodatno pojačala nakon sloma socijalističkog modela 1990.-ih.

Sruk je pisao o velikoj moći u rukama centralnih saveznih organa državne vladi – centralizmu. Ustav je pod idejnim utjecajem Ustava SSSR-a od 1936. *Nije neko samostalno i originalno djelo* u okviru vladajuće teorije o socijalističkoj državi i ustavnosti, ali ima niz specifičnosti. Ustav 1946. pošao je od *presumiranih izvornih nadležnosti republika delegiranjem federaciji određenog opsega nadležnosti, ali je taj opseg bio vrlo širok i još k tome u praksi prekoračivan na štetu republika*.<sup>16</sup>

Prema Smerdelu i Sokolu *Narodna republika* ili *narodna demokracija* bio je uobičajen naziv za socijalističke države pod dominacijom komunističkih partija. Ustav je napisan po sovjetskom uzoru i deklarirao je novi društveno-ekonomski sustav utemeljen na državnom vlasništvu. No u krajnje centraliziranom sustavu upravljanja, federalizam je u najvećoj mjeri zbiljski ostao mrtvo slovo na papiru.<sup>17</sup> Smerdel kasnije piše: *No u krajnje centraliziranom sustavu upravljanja, federalizam je u najvećoj mjeri zbiljski ostao mrtvo slovo na papiru*.<sup>18</sup>

I prema Markoviću *bitno obeležje ustava od 1946. je ugledanje na sovjetski model ustavnosti iz Ustava SSSR od 1936.* Ustav je uspostavio etatističko i centralističko državno uređenje te isključio pluralizam (ideološki, svojinski, politički).<sup>19</sup> Slično smatra i Bačić.<sup>20</sup>

Pusić ocjenjuje da je pozicija vlade *premašila još u značajnijoj mjeri i ove široke ustavne ovlasti... postala zaista centar političkog utjecaja*. Članovi vlade su politički rukovodioci, članovi CK KPJ. Režim partije i države, odluke se prije pretresa pred organima predstavničke ili izvršne vlasti diskutiraju u vrhovnim organima partije. Vlada i nije centar utjecaja, nego je to bio CK i Politbiro.<sup>21</sup> Isto vrijedi za položaj vlade u narodnim republikama.

Budislav Vukas ml. tvrdi kako je: *Unatoč proklamiranih načela federalizma i narodnog suvereniteta narodna volja teško dolazila do izražaja, a realna moć i praksa Partije federalnim jedinicama bitno je smanjivala suverenost*.<sup>22</sup>

Trnka misli da je primijenjeno *klasično rješenje američkog i sovjetskog federalizma, da državna suverenost pripada federalnim jedinicama koje određene nadležnosti od zajedničkog interesa prenose na saveznu državu pri čemu ostaje pretpostavka nadležnosti u korist federalnih jedinica*.<sup>23</sup>

16 Josip Sruk, *Ustavno uređenje SFRJ* (Zagreb: Informator 1982), 52 i 279.

17 Branko Smerdel i Smiljko Sokol, *Ustavno pravo* (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 2006), 83.

18 Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske* (Zagreb: Narodne novine, 2013), 243-244.

19 Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije* (Beograd: Službeni glasnik 1998), 161.

20 Arsen Bačić, *Principi podjele i jedinstva vlasti u Jugoslaviji* (Split: Književni krug Split, 1990), 190-200.

21 Pusić, *Hrvatska središnja državna uprava i usporedni upravni sustavi*, 173.

22 Budislav Vukas ml., *Hrvatska državnost, Pravno-povijesne prosudbe* (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2017), 111-112.

23 Kasim Trnka, *Ustavno pravo* (Sarajevo: Univerzitetska knjiga, 2000), 98.

Prema Bilandžiću *hrvatski ustav bio je preslikan obrazac saveznoga*.<sup>24</sup> *Ustav NRH kao potvrda državnog postojanja Hrvatske, odnosno njena suvereniteta u sklopu FNRJ. No to je bila puka maska, odnosno fingiranje demokratičnosti po sovjetskom receptu*.<sup>25</sup>

Goldstein piše da je Ustav FNRJ bio *vjerna kopija ustava SSSR-a iz 1936*.<sup>26</sup> *US proglasio je hrvatski ustav kao potvrdu državnog postojanja Hrvatske, njezina suvereniteta u sklopu FNRJ-a. No, to je bilo samo demagoško fingiranje demokratičnosti prema sovjetskom receptu. Sabor, s ostarjelim Nazorom na čelu, ni o čemu važnom nije odlučivao. Osobitost jest definiranje utemeljenosti ustava NR Hrvatske: bratstva i jedinstva hrvatskog i srpskog naroda i ostalih narodnosti. Takvo određenje položaja srpske zajednice u Hrvatskoj ostalo je kao ustavna odredba preko 40 godina i mijenjanje je izazvalo nesporazume 1990/1991*.<sup>27</sup>

Slično i Perić, iako ističe važnost nekih članaka u svrhu potvrđivanja državnosti Hrvatske.<sup>28</sup>

## 6. ZAKLJUČAK

Analizom i usporedbom donošenja Ustava FNRJ 1946. i Ustava NR Hrvatske možemo zaključiti da postoji gotovo preslika odredaba radnog i socijalnog prava u oba akta. Ipak, u postupku izbora ustavotvornih predstavništava i njihovom radu mogu se uočiti specifičnosti, te su spomenuta neka manje poznata pitanja rada Ustavotvornog sabora NRH. Rasprave o njima aktualne su i danas pa je potrebno istražiti izvorne dokumente.

Uzor za oba ustava bio je Ustav SSSR-a iz 1936. i ta istraživanja danas nisu tako zanimljiva. No, kada se radi o pitanjima radnih i socijalnih prava usporedbu treba raditi u odnosu na ustavne odredbe, zakone i praksu u Kraljevini SHS/Jugoslaviji do 1941., a i spram današnjih ustavnih i drugih propisa, uključujući i međunarodne konvencije. Možda u tom slučaju ne bi imali samo kritike utemeljene na današnjem uobičajenom pejorativnom stavu prema vremenu „krutog“ komunističkog režima već bi mogli dati objektivniju ocjenu, osobito u domeni radnih i socijalnih prava.

## LITERATURA

1. Bačić, Arsen. *Principi podjele i jedinstva vlasti u Jugoslaviji*. Split: Književni krug Split, 1990.
2. Bartulović, Željko. *Povijest hrvatskog prava i države (kompendij)*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008.
3. Bartulović, Željko. *Sušak 1919.-1947*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Državni arhiv u Rijeci, Adamić d.o.o., 2004.
4. Bilandžić, Dušan. *Hrvatska moderna povijest*. Zagreb: Golden marketing, 1999.

---

<sup>24</sup> Dušan Bilandžić, *Hrvatska moderna povijest* (Zagreb: Golden marketing, 1999), 219.

<sup>25</sup> Goldstein, *Hrvatska povijest*, 318.

<sup>26</sup> Goldstein, *Povijest Hrvatske 1945.-2011.*, 72; Goldstein, *Hrvatska povijest*, 317.

<sup>27</sup> Goldstein, *Povijest Hrvatske 1945.-2011.*, 73-74.

<sup>28</sup> Ivo Perić, *Hrvatska državotvorna misao u XIX. i XX. stoljeću* (Zagreb: Dom i svijet, 2002), 436-439.



5. Čepulo, Dalibor. *Hrvatska pravna povijest u europskom kontekstu*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012.
6. Engelsfeld, Neda, „Socijalno-gospodarski problemi u Vidovdanskom ustavu 1921. god.“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, XX, 3-4 (1970): 369-376.
7. Esih, Vinko, prir., *Radničko pravo*, Zagreb: vlastita naklada, 1937.
8. Goldstein, Ivo. *Hrvatska povijest*, Zagreb: Novi liber, 2003.
9. Goldstein, Ivo. *Povijest Hrvatske 1945.-2011*. Zagreb: EPH Media, 2011.
10. Marković, Ratko, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd: Službeni glasnik 1998.
11. Mrđenović, Dušan, prir. *Ustavi i vlade Kneževine Srbije, Kraljevine Srbije, Kraljevine SHS i Kraljevine Jugoslavije*. Beograd: Nova knjiga, 1988.
12. Perić, Ivo, *Hrvatska državotvorna misao u XIX. i XX. stoljeću*, Zagreb: Dom i svijet, 2002
13. Pusić, Eugen, *Hrvatska središnja državna uprava i usporedni upravni sustavi*. Zagreb: Školska knjiga 1997.
14. Radelić, Zdenko, *Hrvatska u Jugoslaviji 1945.-1991*. Zagreb: Školska knjiga, 2006.
15. Sirotković, Hodimir. „Državnopravno značenje odluka ZAVNOH-a za izgradnju državnosti Hrvatske u Drugom svjetskom ratu“, *Časopis za suvremenu povijest* 27, 3 (1995); 507-520.
16. Sirotković, Hodimir i Lujo Margetić. *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*. Zagreb: Školska knjiga 1988.
17. Smerdel, Branko. *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. Zagreb: Narodne novine, 2013.
18. Smerdel, Branko i Smiljko Sokol. *Ustavno pravo*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 2006.
19. Sruk, Josip. *Ustavno uređenje SFRJ*, Zagreb: Informator 1982.
20. Šetić, Nevio. *Ostvarenje suvremene hrvatske države*, Zagreb: Družba Braće Hrvatskog Zmaja, 2017.
21. Tintić, Nikola. *Radno i socijalno pravo, knjiga prva – radni odnosi*. Zagreb: Narodne novine, 1969.
22. Trnka, Kasim. *Ustavno pravo*. Sarajevo: Univerzitetska knjiga, 2000.
23. Vukas, Budislav ml. *Hrvatska državnost, Pravnopovijesne prosudbe*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2017.
24. *Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije*, Službeni list FNRJ, 10/1946.,
25. *Ustav Narodne Republike Hrvatske*, Narodne novine NRH, br. 7/1947, [https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav\\_Narodne\\_Republike\\_Hrvatske\\_\(1947.\)](https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav_Narodne_Republike_Hrvatske_(1947.)), pristupljeno 30. 9. 2023.
26. *Ustavotvorni sabor NR Hrvatske (28. XI. 1946. – 18. I. 1947.)* (Zagreb: Sabor NR Hrvatske, 1947).

## LITERATURE

1. Bačić, Arsen. *Principles of division and unity of power in Yugoslavia*. Split: Književni krug Split, 1990.
2. Bartulović, Željko. *Drought 1919-1947*. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka. State Archives in Rijeka, Adamić d.o.o., 2004.

3. Bartulović, Željko. *History of Croatian law and the state (compendium)*. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka, 2008.
4. Bilandzic, Dusan. *Croatian modern history*. Zagreb: Golden Marketing, 1999.
5. Chepulo, Dalibor. *Croatian legal history in the European context*. Zagreb: Faculty of Law, University of Zagreb, 2012.
6. Constituent Assembly of the Republic of Croatia (November 28, 1946 – January 18, 1947) (Zagreb: Parliament of the Republic of Croatia, 1947).
7. Constitution of the Federal People's Republic of Yugoslavia, Official Gazette of the FNRJ, 10/1946.
8. Constitution of the People's Republic of Croatia, *Official Gazette* NRH, no. 7/1947, [https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav\\_Narodne\\_Republike\\_Hrvatske\\_\(1947\)](https://hr.wikisource.org/wiki/Ustav_Narodne_Republike_Hrvatske_(1947)), accessed 9/30/2023
9. Engelsfeld, Neda. "Social-Economic Problems in the Vidovdan Constitution in 1921". *Proceedings of the Faculty of Law in Zagreb*, XX, 3-4 (1970): 369-376.
10. Esih, Vinko, ed. *Workers' rights*, Zagreb: own edition, 1937.
11. Goldstein, Ivo. *Croatian history*. Zagreb: Novi liber, 2003.
12. Goldstein, Ivo. *History of Croatia 1945-2011*. Zagreb: EPH Media, 2011.
13. Marković, Ratko. *Constitutional Law and Political Institutions*. Belgrade: Official Gazette, 1998.
14. Mrđenović, Dušan, ed. *Constitutions and governments of the Principality of Serbia, the Kingdom of Serbia, the Kingdom of SHS and the Kingdom of Yugoslavia*. Belgrade: Nova knjiga, 1988.
15. Perić, Ivo. *Croatian state-making thought in the XIX. and XX. Century*. Zagreb: Dom i svijet, 2002.
16. Pusić, Eugen. *Croatian central state administration and comparative administrative systems*. Zagreb: Školska knjiga, 1997.
17. Radelić, Zdenko, *Croatia in Yugoslavia 1945-1991*. Zagreb: Školska knjiga, 2006.
18. Setic, Nevio. *Realization of the contemporary Croatian state*, Zagreb: Družba Braće Hrvatskog Zmaja, 2017.
19. Sirotković, Hodimir and Lujo Margetić. *History of states and rights of the peoples of SFR Yugoslavia*. Zagreb: Naučna knjiga 1988.
20. Sirotković, Hodimir. "State-legal meaning of ZAVNOH's decisions for the construction of Croatian statehood in the Second World War". *Journal of contemporary history* 27, 3 (1995): 507-520.
21. Smerdel, Branko and Smiljko Sokol. *Constitutional law*. Zagreb: Faculty of Law in Zagreb, 2006.
22. Smerdel, Branko. *Constitutional arrangement of European Croatia*. Zagreb: Narodne novine, 2013.
23. Sruk, Josip. *Constitutional arrangement of SFRY*, Zagreb: Informator 1982.
24. Tintić, Nikola. *Labor and social law, book one - labor relations*. Zagreb: Narodne novine, 1969.
25. Trnka, Kasim. *Constitutional law*. Sarajevo: University Book, 2000.

26. Vukas, Budislav Jr. *Croatian statehood, Legal historical judgments*. Rijeka: Faculty of Law, University of Rijeka, 2017.

## LABOR AND SOCIAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL PEOPLE'S REPUBLIC OF YUGOSLAVIA IN 1946 AND THE CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CROATIA IN 1947

Marinko Đ. Učur<sup>29</sup>  
Željko Bartulović<sup>30</sup>

*Faculty of Law, University of Rijeka*

**Abstract:** *In this paper, the authors deal with the constitutional provisions of the Vidovdanski (1921) and Octroyed constitution (1931) in the field of labor and social rights. The analysis of those regulations in the Constitution of the FNRJ from 1946 follows. After reviewing the work of the Croatian Constituent Assembly, a comparison is made with similar regulations in the Constitution of the People's Republic of Croatia from 1947.*

**Keywords:** *Constitution of the Federal People's Republic of Yugoslavia 1946, Constitution of the People's Republic of Croatia 1947, labor and social rights, the Constituent Assembly of the Democratic Federal Yugoslavia, the Constituent Assembly of the Federal Unit of Croatia.*

---

<sup>29</sup> dr. sc. Marinko Učur, retired full professor with permanent title, University of Rijeka, Faculty of Law, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

<sup>30</sup> dr. sc. Željko Bartulović, full professor with permanent title, University of Rijeka, Faculty of Law, e-mail: zeljko.bartulovic@uniri.hr

# ЗАШТИТА ПРАВА УЧЕСНИКА ОГЛАСА/КОНКУРСА У ПОСТУПКУ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА

Радислав Лале<sup>1</sup>

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

**Апстракт:** У раду се систематично разматра заштита права учесника огласа или конкурса и право на дјелотворно правно средство у поступку заснивања радног односа. Аутор је извршио анализу позитивноправног уређења овог радноправног института у општем режиму радних односа, с обзиром да јавни оглас/конкурс за заснивање радног односа представљају инструменте посредством којих се може остварити уставно начело да сваком под једнаким условима морају бити доступна сва слободна радна мјеста. Примјена тог начела је тјесно повезана са дјелотворним остваривањем слободе рада и права на рад, због чега поступак заснивања радног односа не може бити ван домаћаја контроле која омогућава непосредно уклањање неправилности и незаконитости у овом поступку. У одговарајућим дијеловима рада предмет анализе је и заштита права учесника огласа/конкурса у посебним режимима радних односа у Републици Српској.

**Кључне ријечи:** Право на рад; Радни однос; Јавни оглас/конкурс; Кандидат; Приговор/жалба.

## 1. УВОД

Право на рад је основно социјално људско право, чија је суштина у људском достојанству (на раду) као општечовјечанској вриједности, а које се огледа у слободи избора занимања, односно забрани принудног рада (начело слободе рада), једнакој доступности свих радних мјеста (занимања) под једнаким условима (начело забране дискриминације у запошљавању и на раду), као и обавези државе да ствара услове за пуно запослење – ефективно остваривање права на рад грађана (успостављање бесплатних служби за запошљавање; вођењем активне политике запошљавања; позитивна дискриминација).<sup>2</sup> Право на рад није апсолутно и безусловно право да се добије запослење, и у том смислу право на рад нема строго правно

<sup>1</sup> Ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву, radislav.lale@pravni.ues.rs.ba, radislav.lale.84@gmail.com

<sup>2</sup> Бранко Лубарда, „Концепт социјалног грађанства у праву Европске уније“, у Социјална права и европске интеграције: Зборник радова са саветовања правника, уред. Боривоје Шундерић, et.al. (Београд: Удружење за радно право и социјално осигурање Србије/ Intermex, 2011), 9; Право на рад, насумарније дефинисано, значи: а) право на постизање зајамченог запослења и б) право на заштиту (зајамчену и проведenu од стране друштвене заједнице) од штетних посљедица незапослености. Стога се право на рад означава и као „слобода од незапослености“. Такав његов садржај и чини начело права на рад најважнијим начелом радног права, с обзиром на то да се остварење тог права јавља као основни предуслов са ефективност свих осталих начела радног права.

значење (право појединца да добије запослење и да га задржи) већ политичко-програмско значење.<sup>3</sup> Право на рад није никакво субјективно право, већ представља начело по коме се уређују поједини радноправни институти, чијим посредством се може преточити у неко субјективно утуживо право.<sup>4</sup> Право на рад и слобода рада зајамчени су Уставом,<sup>5</sup> али то не подразумеијева обавезу државе да сваком лицу које је способно за рад, и које жели да ради, обезбиједи и одговарајући посао, већ подразумеијева слободу у којој су обезбијеђени једнаки услови и могућности за остваривање тог права. Међутим, право на рад је једнако право само под једнаким условима, односно то је неједнако право под неједнаким условима.<sup>6</sup> Дакле, право на рад трпи низ ограничења у потреби заштите свих индивидуалних и друштвених интереса у сфери рада и запошљавања. Ограничења су везана за услове под којима је могуће остваривање наведеног права, а који морају бити легални и легитимни.<sup>7</sup> Легални – унапријед предвиђени прописима и са дејством *erga omnes*; легитимни – допуштени и оправдани. Допуштеност и оправданост се везују за потребе и природу процеса рада, али и за сразмјерност према циљу који се жели постићи одређеним ограничењима. Због тога ограничења морају бити сведена на најнужнију могућу мјеру, што се посебно односи на услове за заснивање радног односа, нарочито опште услове.<sup>8</sup> Држава прописујући опште услове за заснивање радног односа, који су сведени на минимум (навршених 15 година живота и одговарајућа здравствена способност) обезбјеђује одговарајуће услове да што већи број људи оствари запослење, односно право на рад. Међутим, услови за заснивање радног односа морају штитити и интересе послодавца, који општим актима прописују посебне услове за запослење, полазећи од потреба процеса рада и својих интереса.<sup>9</sup> Према томе, радни однос може да се заснује са лицем које испуњава опште услове, као и друге (посебне) услове (прописане посебним законом, општим актом послодавца, или посебном одлуком послодавца) за рад на одређеном радном мјесту.<sup>10</sup>

Посматран из угла послодавца, поступак запошљавања<sup>11</sup> има за циљ избор и ангажовање кандидата од којих се може очекивати да ће на најбољи начин обављати послове

О томе види: Никола Тинтић, Радно и социјално право, књига прва: радни односи (I) (Загреб: Народне новине, 1969), 67.

3 Бранко А. Лубарда, Увод у радно право (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), 97.

4 Предраг Јовановић, Радно право (Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 2018), 134-135.

5 Види: Устав Републике Српске, („Службени гласник Републике Српске“, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11) и („Службени гласник БиХ“, бр. 73/19 – одлука УС БиХ), чл. 39.

6 Предраг Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, Радно и социјално право 1/2013, (2013): 49.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*, 50.

10 Види: Закон о раду, („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – одлука УС и 119/21), чл. 26.

11 Поступак заснивања радног односа обухвата неколико основних фаза кроз које се однос између радника и послодавца трансформише од одређене правне везе, преко конституисања грађанскоправног односа до заснивања радноправног односа (доношење одлуке о потреби заснивања радног односа, пријављивање слободних радних мјеста, подношење пријаве на оглас или конкурс, претходна провјера радних способности, одлучивање о пријавама, закључење уговора о раду или доношење одговарајућег управног акта – рјешења о пријему у радни однос и ступање на рад. О томе види: Боривоје Шундерић, Радно право (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2009), 73-77.

и доприносити стварању добити. Гаранције слободe предузетништва и слободe уговарања, као и одговорност за добро функционисање радне средине обезбјеђују послодавцу широку слободу избора сарадника. Ово тим прије што се радни однос заснива с обзиром на одређена својства будућег радника (*intuitu personae*).<sup>12</sup> Дискреционо је право послодавца на који ће начин и кога примити у радни однос. То је и логично, будући да лоше посљедице код избора радника првенствено иду на терет послодавца, те му је у интересу да запошљава кадрове који могу најбоље допринијети успјешности пословања. Битно обиљежје одлуке послодавца је да слиједи економску и радну логику јер ће онда и остваривати очекиване резултате. У супротном, ако је одлука заснована на другим критеријумима (нпр. на корупцији, непотизму и сл.), сигурно неће дати очекиване резултате (барем што се тиче шире друштвене заједнице).<sup>13</sup> Потоња слобода послодавца може угрозити интересе радника, посебно у смислу ризика да не буду изабрани као кандидати за заснивање радног односа због ванпрофесионалних разлога, а нарочито због стварних или претпостављених личних својстава која представљају основ дискриминације.<sup>14</sup> Послодавцу припада читав низ овлашћења, која треба да му омогуће да на најбољи начин оцијени способности учесника огласа или конкурса – од уређивања поступка избора кандидата за заснивање радног односа, преко утврђивања посебних услова за заснивање радног односа, до избора лица која ће ангажовати за обављање послова, будући да расписани оглас или конкурс не стварају обавезу запошљавања чак ни најбољег кандидата. То је и разлог што правна правила која се односе на заснивање радног односа имају велики значај за дјелотворно остваривање права на рад, а посљедично и других економских и социјалних права.<sup>15</sup>

Јавни оглас/конкурс за заснивање радног односа представљају инструменте посредством којих се може остварити уставно начело да сваком под једнаким условима морају бити доступни сви слободни послови. Примјена тог начела најјесније је повезана са дјелотворним остваривањем слободe рада и права на рад, због чега поступак заснивања радног односа не може бити ван домашаја контроле која омогућава непосредно уклањање неправилности и незаконитости у овом поступку.<sup>16</sup>

Наиме, уставном гаранцијом начела права на рад правни поредак је извршио нормативно признање интереса сваког грађанина на запослење под једнаким условима као и свим другим грађанима. Отуд и гаранција оном грађанину који је учествовао у конкурсy за попуњење одређеног радног мјеста (а то може бити сваки грађанин) законског права да уложи приговор (а затим и покрене радни спор), ако држи да је избором другог радника повријеђен поступак за спровођење конкурса или да примљени кандидат не испуњава услове конкурса.<sup>17</sup>

12 Боривоје Шундерић и Љубинка Ковачевић, Радно право (Београд: Службени гласник, 2017), 105.

13 Жељко Мирјанић, Увод у радно право - књига прва (Бања Лука: Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2020), 101-102.

14 Љубинка Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, Зборник радова Правног факултета у Нишу 89/2020, (2020): 264.

15 *Ibid.*, 264-265.

16 Љубинка Ковачевић, Заснивање радног односа (Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет, 2021), 1111.

17 Тинтић, Радно и социјално право, 68.

## 2. ЗАШТИТА ПРАВА УЧЕСНИКА ОГЛАСА/ КОНКУРСА У ОПШТЕМ РЕЖИМУ РАДНИХ ОДНОСА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Иако је заснивање радног односа изузетно значајно за интересе државе, правном нормирању овог питања посвећено је недовољно пажње, те се државна интервенција неријетко своди на уређивање послова запошљавања и заштите незапослених лица и на обезбјеђивање лакшег повезивања понуде и потражње на тржишту рада, док се послодавцима остављају широка овлашћења везана за избор кандидата за заснивање радног односа.<sup>18</sup> У домаћем праву, послодавац није обавезан да јавно огласи слободан посао. Међутим, у складу са одредбама Закона о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености Републике Српске<sup>19</sup>, послодавац доставља Заводу за запошљавање пријаву о потреби за радницима и извјештај о запослењу радника. Завод је дужан да најдаље у року од три дана од дана достављања пријаве потребу за радницима огласи на огласној табли и интернет адреси Завода, а ако послодавац захтијева, и у средствима јавног информисања доступним грађанима у Републици. Након сазнања о могућностима запошљавања једног или више радника, Завод ће непосредним путем о томе информисати незапослена и друга заинтересована лица о условима и могућностима запошљавања. Незапослено лице дужно је да се и само ангажује на тражењу запослења и да у томе сарађује са Заводом, који ће му пружити стручну помоћ и према потреби успоставити контакт са заинтересованим послодавцем (чл. 19, ст. 1 и 2. Закона). Послодавац може, али није дужан, да и сам објави путем конкурса своју потребу за запошљавањем, осим ако у појединим областима одговарајућим законом таква обавеза није предвиђена.<sup>20</sup> Такође, послодавац може захтијевати да му Завод за запошљавање, умјесто јавног објављивања потребе за радницима, непосредно понуди избор кандидата за заснивање радног односа. Ако на евиденцији Завода постоје и незапослена лица и запослена лица која траже промјену запослења, која подједнако испуњавају услове за заснивање радног односа које је одредио послодавац, Завод ће послодавцу приоритетно предложити незапослено лице. Послодавац самостално одлучује о избору кандидата за заснивање радног односа, између оних које је понудио Завод или Агенција и других кандидата, који су се непосредним путем обратили послодавцу ради заснивања радног односа.<sup>21</sup> Међутим, послодавац има право да запосли и лице, без икаквог посредовања Завода, које се њему непосредно обратило ради заснивања радног односа.<sup>22</sup>

Законом о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, као ни Законом о раду нису уређене ни основне фазе поступка заснивања радног односа, нити су потврђена начела вредновања способности учесника огласа/конкурса, што угрожава дјелотворно остваривање слободе рада и права на рад, као и њиховог битног елемента који се

18 Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, 265.

19 Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, („Службени гласник Републике Српске“, бр. 30/10, 102/12 и 94/19), чл. 17, ст. 2.

20 Јовановић, Радно право, 205; Тако, код запошљавања у државним органима, јавним службама, организацијама и установама обавезно је расписивање конкурса у складу са важећим прописима.

21 Види: Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, чл. 18.

22 Јовановић, Радно право, 205.



односи на доступност слободних послова свима под једнаким условима.<sup>23</sup> Поступак заснивања радног односа почива на легитимним, али супротстављеним интересима послодавца и радника – послодавац има интерес да, на основу конкуренције знања и способности учесника огласа/конкурса, међу њима изабере најбољег кандидата за заснивање радног односа. Са друге стране, сваки учесник огласа/конкурса има интерес да обављање слободног посла буде повјерено њему, будући да се заснивањем радног односа остварује право на рад и обезбеђују средства за издржавање, те кроз рад развија личност. Због тога, поступак заснивања радног односа прати ризик повреде права и на праву заснованих интереса учесника огласа/конкурса или других непосредно заинтересованих лица, односно ризик повреде обавеза и дужности које послодавац има у вези са заснивањем радног односа.<sup>24</sup> Услед тога може настати спор, поводом ког се може захтијевати отклањање повреде права или отклањање повреде непосредног интереса заснованог на праву, односно отклањање повреде обавеза или дужности учињене одлуком о избору кандидата за заснивање радног односа.<sup>25</sup> У том смислу, како с правом истиче проф. др Љ. Ковачевић, а с чим се и ми у потпуности слажемо, учесници огласа/конкурса морају имати право на дјелотворно правно средство, и то не само кроз право на правосудне и ванправосудне правне лијекове, већ и кроз право на приговор или жалбу, као средства којима се остварује интерна заштита права.<sup>26</sup> У радном законодавству Републике Српске, ово питање је посебно деликатно, из разлога што Закон о раду не познаје двостепеност у одлучивању, док судска заштита права учесника огласа/конкурса није непосредно уређена, уз изузетак заштите од дискриминације, као и заштите радника којима је код послодавца претходно престао радни однос као вишку запослених, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова. Такво рјешење прате многобројна отворена питања, посебно што учесници огласа/конкурса у посебним режимима радних односа уживају двостепеност у истој ситуацији, чиме се доводи у питање дјелотворна примјена начела једнакости и једнаке законске заштите.<sup>27</sup>

Наиме, одлука о избору кандидата за заснивање радног односа може бити неповољна по учесника огласа/конкурса, првенствено, због неправилне оцјене испуњености услова за заснивање радног односа. То вриједи за случај да је послодавац оцијенио да лице које је поднијело пријаву на оглас/конкурс не испуњава услове за заснивање радног односа и да му због тога не може бити повјерено обављање слободног посла, док то лице сматра супротно.<sup>28</sup> У том случају, учесник огласа/конкурса треба да буде у могућности да оспорава исправност послодавчеве одлуке у погледу оцјене да не испуњава услове за заснивање радног односа.<sup>29</sup> Ако је донијета одлука о избору другог кандидата, учесник огласа/конкурса за ког послодавац сматра да не испуњава услове за заснивање радног односа треба да има могућност да оспорава одлуку о избору, уколико сматра да изабрани кандидат не испуњава услове за

<sup>23</sup> О томе види: Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, 265.

<sup>24</sup> Ковачевић, Заснивање радног односа, 1111.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 1111-1112.; О томе види више: Боривоје Шундерић, „Спор о заснивању радног односа“, Право и привреда, 1-2/1993, (1993): 21-22.

<sup>26</sup> Ковачевић, Заснивање радног односа, 1112.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Андреј Фримерман, Систематизација послова и радних задатака (Београд: Привредна штампа, 1981), 61-62. Цит. према: Ковачевић, Заснивање радног односа, 1112.

заснивање радног односа. Учесници у поступку за заснивање радног односа морају имати право на правно средство и ако су повријеђена правила поступка за заснивање радног односа (нпр. ако је изабран кандидат који се није пријавио на оглас/конкурс у прописаном року, или што у прописаном року није донијета одлука о избору, или што је одлуку о избору донио ненадлежни субјект, или што услови за заснивање радног односа који су објављени у огласу/конкурсу не одговарају условима дефинисаним законом или актом о организацији и систематизацији радних мјеста, или су на други начин повријеђена правила поступка, а што може да утиче на одлучивање по огласу или конкурсу).<sup>30</sup>

Из гаранције доступности послова свима под једнаким условима произлази обавеза послодавца који је расписао оглас или конкурс да о њиховом исходу (о одлуци о избору, или неуспјеху огласа или конкурса) обавијести све учеснике огласа или конкурса, док би они морали имати право да поднесу приговор или жалбу надлежном органу код послодавца.<sup>31</sup> У интерном поступку<sup>32</sup>, одлука о избору кандидата за заснивање радног односа може бити потврђена (ако се утврди да је донијета у складу са важећим прописима), поништена (ако се утврди да је донијета супротно прописима, јер је изабран кандидат који не испуњава услове или кандидат код којег постоје сметње за заснивање радног односа и сл.), преиначена или укинута (ако постоје разлози за поновно одлучивање о пријавама на оглас или конкурс због потребе да се отклоне уочени пропусти у поступку заснивања радног односа).<sup>33</sup> Приговор или жалба, наиме, могу бити деволутивна правна средства, а у случају да код послодавца није формиран другостепени орган, они дјелују као ремонстративна правна средства. Друго рјешење се, са оправданим разлогом, критикује у литератури, јер постоји ризик да исти орган, у истом саставу, неће моћи да објективно поново одлучује о одређеном питању.<sup>34</sup>

Учесници огласа/конкурса имају и право на тужбу против одлуке о избору која је по њих неповољна и за коју сматрају да је неправилно и незаконито донијета. Ово право, као и право на приговор или жалбу представљају важна процесна средства, али и основно људско право радника, јер би у супротном, гаранције слободе рада и права на рад биле само теоретске и илузорне.<sup>35</sup>

Као што је раније речено, послодавац самостално одлучује о избору лица која ће запослити или радно ангажовати, уз обавезу да обезбиједи једнак третман кандидата за запослење.<sup>36</sup> Начело слободе избора кандидата омогућава послодавцу да слободно изврши избор између кандидата који испуњавају услове конкурса, али не може изабрати учесника огласа који не испуњава конкурсне услове. Такав избор био би незаконит, односно имао за посљедицу поништавање одлуке о избору, као и уговора о раду закљученог на основу такве одлуке. Међутим, послодавац има широку слободу при избору између кандидата – учесника

30 Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, 266.

31 *Ibid.* О томе види више: Теофило Поповић, Радно право (Београд: Службени лист СФРЈ, 1990), 102.

32 Интерни поступак представља скуп правила по којима послодавац доноси одлуке које могу бити преиспитиване на нивоу предузећа.

33 Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, 267.

34 *Ibid.* Види: Александар Николић, Радно право (Београд: Научна књига, 1988), 350.

35 Ковачевић, Заснивање радног односа, 1114.

36 О томе види: Александра Т. Поповић, „Сметње за заснивање радног односа: легитимни циљеви и ограничења“, (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016), 71.

огласа који испуњавају услове.<sup>37</sup> Слобода послодавца у избору кандидата је уткана у сам појам послодавца – послодавац је одговоран за организацију процеса рада, чији је битан персонални елемент број и квалификациона структура запослених, а у најтјешњој је вези и са његовом слободом предузетништва кад се та слобода не може реализовати без запошљавања радника, као и у вези са одговорношћу послодавца због избора запосленог. Слобода избора укључује и слободу неизбора, односно право послодавца да не изабере ни једног кандидата.<sup>38</sup>

У циљу обезбјеђења услова за дјелотворну заштиту права учесника огласа/конкурса, послодавац има обавезу да сваког учесника обавијести о донијетој одлуци о избору, да му омогући разматрање материјала о избору и да га поучи да има право да уложи средство за заштиту својих права, у случају да сматра да су она повријеђена у поступку заснивања радног односа. Позитивне радноправне регуле, у општем режиму радних односа не предвиђају ове обавезе послодавца. Када је ријеч о поступку за заштиту права учесника огласа/конкурса, потребно је напоменути да Закон о раду изричито не уређује ово питање.<sup>39</sup> У смислу одредаба Закона о раду, одлука о избору кандидата је коначна, тј. против ње се не може уложити жалба другостепеном органу код послодавца или истом органу који је донио одлуку, ако код послодавца не постоји другостепени орган (не постоји двостепеност у одлучивању).<sup>40</sup> То представља значајан пропуст и правну празнину, на које се у домаћој литератури константно указује. Ово рјешење се, с правом критикује, из разлога што судска заштита права не може да надокнади двостепеност у интерном поступку код послодавца. Наиме, суд пружа заштиту само поводом већ донијетих одлука о правима, обавезама и одговорностима радника, и то у поступку који је и сам двостепен, за разлику од приговора и жалби које омогућавају остваривање права на правно средство у поступку у ком се одлучује о праву или интересу радника.<sup>41</sup> Поред тога, приговор и жалба, у начелу, имају суспензивно дејство, те се њиховим изјављивањем извршење првостепене одлуке одлаже до доношења другостепене одлуке.<sup>42</sup>

Законом о раду није изричито предвиђена могућност судске заштите права учесника у поступку заснивања радног односа (овај закон предвиђа судску заштиту права радника, тј. судску заштиту права из радног односа – судска заштита кроз радни спор).<sup>43</sup> Од овог правила постоје два изузетка: први се односи на заштиту учесника огласа/конкурса од дискриминације<sup>44</sup>, док се други изузетак односи на заштиту учесника огласа/конкурса којима је код послодавца који је расписао оглас/конкурс претходно престао радни однос због смањења обима посла или укидања послова усљед економских, технолошких, структурних

37 Бранко А. Лубарда, Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013), 318.

38 *Ibid.*

39 Ковачевић, Заснивање радног односа, 1116-1117.

40 Јовановић, Радно право, 208.

41 Ковачевић, Заснивање радног односа, 1117-1118; О томе види: Боривоје Шундерић, „Право на приговор“, Радно и социјално право 1-3/1997, (1997): 13-32; Љубинка Ковачевић, Ваљани разлози за отказ уговора о раду (Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет, 2016), 580-581.

42 Ковачевић, Заснивање радног односа, 1118.

43 Јовановић, Радно право, 208; Види: Закон о раду Републике Српске, чл. 201.

44 Види: Закон о раду Републике Српске, чл. 25.

или других сличних промјена у предузећу, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова.<sup>45</sup>

Међутим, при заснивању радног односа остварују се Уставом зајамчена права и слобода (право на рад и слобода рада). Уставом је предвиђено да свако има право на једнаку заштиту својих права, односно свакоме се јамчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на законом заснованом интересу.<sup>46</sup> Пошто право на жалбу, према позитивном радном законодавству, немају ни запослени (против одлуке послодавца којом се одлучује о њиховом праву), исто право немају ни лица која траже запослење. Али и запослени и они који траже запослење имају право на друга правна средства против одлука којима се рјешава о њиховим правима.<sup>47</sup> Наиме, Уставом је обезбијеђена судска заштита слобода и права зајемчених и признатих тим Уставом. То значи да учесник поступка заснивања радног односа, поводом Уставом зајемченог права на рад и слободе рада може да тражи њихову судску заштиту, при чему није битно да ли се та заштита врши у форми радног спора, управног спора или на други начин. Заправо, од природе акта којим се врши избор кандидата за заснивање радног односа, зависи и природа спора који се води поводом тог акта. Законом о судовима Републике Српске<sup>48</sup> предвиђено је да основни суд, као суд опште надлежности, у првом степену суди, поред осталог, у споровима поводом заснивања радног односа. У спору пред судом, суд није овлашћен да врши избор кандидата и да оцјењује мотиве којима се руководи послодавац приликом избора кандидата, већ да оцјењује законитост поступка заснивања радног односа.<sup>49</sup>

Учесници огласа или конкурса могу остварити судску заштиту и на основу Закона о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености. Завод за запошљавање је дужан да најдаље у року од три дана од дана достављања пријаве од стране послодавца потребу за радницима огласи на огласној табли и интернет адреси Завода, а ако послодавац захтијева, и у средствима јавног информисања доступним грађанима у Републици.<sup>50</sup> У том случају, сваки учесник огласа/конкурса мора имати право на судску заштиту, уколико је послодавац донио одлуку да по огласу/конкурсу буде изабрано лице које не испуњава јавно објављене услове за заснивање радног односа.<sup>51</sup> То значи да би без судске заштите учесника огласа/конкурса, била повријеђена Уставом зајемчена гаранција једнаке законске заштите, јер неки грађани већ уживају судску заштиту у истој ситуацији (кандидати у поступцима заснивања радног односа у посебним режимима радних односа).<sup>52</sup>

45 Види: Закон о раду Републике Српске, чл. 190. О томе види и: Ковачевић, „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“, 269-270.

46 Види: Устав Републике Српске, чл. 16.

47 Јовановић, Радно право, 208; О томе види: Душан Р. Паравина, Радно право (Београд: Службени гласник, 1998), 54-55.

48 Закон о судовима, („Службени гласник Републике Српске“, бр. 37/12, 14/14 – одлука УС, 44/15, 39/16 – одлука УС и 100/17), чл. 30.

49 *Ibid.* Види: Пресуда Врховног суда Србије Гзз – 348/68 од 18. фебруара 1969. године. Наведено према: Влајко Брајић, Радно право у пракси: Приручник судске праксе (Београд: Службени лист СФРЈ, 1974), 91-92. Преузето из: Поповић, „Сметње за заснивање радног односа: легитимни циљеви и ограничења“, 73.

50 Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, чл. 17, ст. 2.

51 Ковачевић, Заснивање радног односа, 1119.

52 *Ibid.*

Са друге стране, у посебним режимима радних односа у Републици Српској учесници огласа/конкурса уживају двостепеност у истој ситуацији, односно могу користити право на приговор или жалбу, за разлику од учесника огласа/конкурса у општем режиму радних односа. Тако, према Закону о државним службеницима<sup>53</sup>, заснивање радног односа у републичким органима управе врши се путем јавног конкурса који, на захтјев и у име републичког органа управе, расписује и објављује Агенција за државну управу у средствима јавног информисања. Неблаговремене, недопуштене, неразумљиве или непотпуне пријаве, на приједлог конкурсне комисије одбацује Агенција закључком против кога је допуштена посебна жалба. Такође, кандидати који не испуњавају услове из јавног конкурса не позивају се на интервју, о чему ће на приједлог комисије одлучити Агенција закључком против кога је допуштена посебна жалба. Жалба се подноси Одбору државне управе за жалбе у року од три дана од дана пријема закључка. Одбор одлучује о жалби у року од десет дана од дана пријема жалбе, а жалба одгађа извршење закључка.<sup>54</sup> Обавјештење и рјешење о постављењу, односно избору доставља се свим кандидатима који су учествовали на интервјуу. Кандидат, тј. учесник јавног конкурса има право да у року од 15 дана од дана пријема обавјештења и рјешења о избору изјави жалбу ако сматра да су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода. Жалба се подноси Одбору државне управе за жалбе, изузев ако је ријеч о државним службеницима које поставља Влада, а који против рјешења о постављењу могу покренути управни спор у року од 30 дана од дана пријема рјешења.<sup>55</sup> Одлука Одбора државне управе за жалбе је коначна, а против те одлуке може да се покрене управни спор.

Слично, према Закону о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе<sup>56</sup>, право на жалбу имају кандидати који су учествовали у поступку интерног или јавног конкурса, како у случају избора кандидата, тако и у случају неуспјеха конкурса. Наиме, кандидат који је учествовао у изборном поступку има право да у року од осам дана од дана пријема рјешења о пријему у радни однос изабраног кандидата изјави жалбу Одбору за жалбе ако сматра да изабрани кандидат не испуњава услове за запослење на радном мјесту или да су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода. Одлука одбора за жалбе је коначна и против ње може да се покрене спор пред надлежним судом.<sup>57</sup> Такође, кандидати имају право да у року од осам дана од дана пријема закључка о неуспјеху јавног конкурса изјаве жалбу Одбору за жалбе ако сматрају да испуњавају мјерила прописана за избор или да су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода. Одлука одбора за жалбе је коначна и против ње може да се покрене спор пред надлежним судом.<sup>58</sup>

Према прописима којима се уређује систем образовања (средњег и високог), уколико се у тој области запошљавају лица путем јавног конкурса, та лица уживају и одговарајућу заштиту својих права у вези са заснивањем радног односа сагласно тим посебним прописима

53 Закон о државним службеницима, Службени гласник РС, бр. 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16, чл. 31-32.

54 Види: Закон о државним службеницима, чл. 33.

55 Види: Закона о државним службеницима, чл. 38.

56 Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе, („Службени гласник Републике Српске“, бр. 97/16).

57 Види: Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе, чл. 84.

58 Види: Закона о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе, чл. 87.

и општем акту образовне установе.<sup>59</sup> Тако, у области високог образовања, кандидат, односно учесник конкурса за избор у звање наставника или сарадника, може сенату универзитета поднијети захтјев за преиспитивање одлуке о избору у звање (приговор на одлуку о избору у звање), у року од 15 дана од дана пријема обавјештења о одлуци сената. Одлука сената по захтјеву за преиспитивање је коначна и против ње се може покренути управни спор.<sup>60</sup> Имајући то у виду, како с правом наглашава проф. др П. Јовановић, начело јединствености система радних односа налаже да се у свим областима, гдје се запошљавање врши на основу јавног конкурса, обезбиједи могућност заштите права учесника конкурса (то вриједи не само за запослене у јавним службама, већ и за запослене у општем режиму радних односа). Коначно, како даље наводи П. Јовановић, у прилог става да и учесницима конкурса треба обезбиједити заштиту њихових права, стоји и једна проста правна чињеница, а то је да свако право подразумијева и одређене инструменте заштите. Право без заштите је голо право (*ius nudum*). Код заснивања радног односа ради се о неопходности заштите права на рад и слободу рада, начела једнакости, једнаке доступности послова и законитости.<sup>61</sup> У том погледу се *de lege ferenda* може учинити приједлог да се у матични закон за област радних односа врати двостепеност, у смислу признавања права учесника огласа/конкурса на приговор против одлуке послодавца о избору или одлуке о неуспјеху огласа/конкурса, при чему би предност требало дати нормирању приговора као деволутивног правног средства.<sup>62</sup>

### 3. ЗАКЉУЧАК

Јавни оглас/конкурс за заснивање радног односа представљају инструменте посредством којих се може остварити уставно начело да сваком под једнаким условима морају бити доступни сви слободни послови. Примјена тог начела најтјесније је повезана са дјелотворним остваривањем слободу рада и права на рад, због чега поступак заснивања радног односа не може бити ван домашаја контроле која омогућава непосредно уклањање неправилности и незаконитости у овом поступку. Наиме, уставном гаранцијом начела права на рад правни поредак је извршио нормативно признање интереса сваког грађанина на запослење под једнаким условима као и свим другим грађанима. Отуд и гаранција оном грађанину који је учествовао у конкурс за попуњење одређеног радног мјеста (а то може бити сваки грађанин) законског права да уложи приговор (а затим и покрене радни спор), ако држи да је избором другог радника повријеђен поступак за спровођење конкурса или да примљени кандидат не испуњава услове конкурса. Закон о раду Републике Српске не познаје двостепеност у одлучивању, док судска заштита права учесника огласа/конкурса није непосредно уређена, што је његов велики недостатак и правна празнина. Изузетак представљају одредбе заштите од дискриминације, као и регуле о заштити радника којима је код послодавца претходно престао радни однос као вишку запослених, због чега уживају првенство при запошљавању за

<sup>59</sup> Јовановић, Радно право, 208.

<sup>60</sup> Види: Закон о високом образовању, („Службени гласник Републике Српске“, бр. 67/20), чл. 96.

<sup>61</sup> Јовановић, Радно право, 208-209; О томе види: Ковачевић, Заснивање радног односа, 1128-1129; Драган Симоновић, „Интерна заштита права радника“, Право и привреда 5-8 (2007): 1011-1012.

<sup>62</sup> Ковачевић, Заснивање радног односа, 1129.

обављање истих послова. Такво рјешење прате многобројна отворена питања, посебно што учесници огласа/конкурса у посебним режимима радних односа уживају двостепеност у истој ситуацији, чиме се доводи у питање дјелотворна примјена начела једнакости и једнаке законске заштите.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Брајић, Влајко. Радно право у пракси: Приручник судске праксе. Београд: Службени лист СФРЈ, 1974.
2. Јовановић, Предраг. „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“. Радно и социјално право 1/2013, (2013): 35-57.
3. Јовановић, Предраг. Радно право. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 2018.
4. Ковачевић, Љубинка. „Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа“. Зборник радова Правног факултета у Нишу 89/2020, (2020): 263-284.
5. Ковачевић, Љубинка. Ваљани разлози за отказ уговора о раду. Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет, 2016.
6. Ковачевић, Љубинка. Заснивање радног односа. Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет, 2021.
7. Лубарда, Бранко. „Концепт социјалног грађанства у праву Европске уније“, у Социјална права и европске интеграције: Зборник радова са саветовања правника, уред. Боривоје Шундерић, et al. 7-28. Београд : Удружење за радно право и социјално осигурање Србије/ Intermex, 2011.
8. Лубарда, Бранко. Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013.
9. Лубарда, Бранко. Увод у радно право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014.
10. Мирјанић, Жељко. Увод у радно право - књига прва. Бања Лука: Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2020.
11. Николић, Александар. Радно право. Београд: Научна књига, 1988.
12. Паравина, Душан. Радно право. Београд: Службени гласник, 1998.
13. Поповић, Т. Александра. „Сметње за заснивање радног односа: легитимни циљеви и ограничења“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016.
14. Поповић, Теофило. Радно право. Београд: Службени лист СФРЈ, 1990.
15. Симоновић, Драган. „Интерна заштита права радника“. Право и привреда 5-8/2007, (2007): 1008-1017.
16. Тинтић, Никола. Радно и социјално право, књига прва: радни односи (I). Загреб: Народне новине, 1969;
17. Фримерман, Андреј. Систематизација послова и радних задатака. Београд: Привредна штампа, 1981;

18. Шундерић, Боривоје и Ковачевић, Љубинка. Радно право. Београд: Службени гласник, 2017.
19. Шундерић, Боривоје. „Право на приговор“. Радно и социјално право 1-3/1997, (1997): 13-32.
20. Шундерић, Боривоје. „Спор о заснивању радног односа“. Право и привреда 1-2/1993, (1993): 18-29.
21. Шундерић, Боривоје. Радно право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.

### Правни прописи

1. Устав Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11 и Службени гласник БиХ, бр. 73/19 – одлука УС БиХ;
2. Закон о раду, Службени гласник РС, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – одлука УС и 119/21;
3. Закон о државним службеницима, Службени гласник РС, бр. 118/08, 117/11, 37/12 и 57/16;
4. Закон о службеницима и намјештеницима у органима јединице локалне самоуправе, Службени гласник РС, бр. 97/16;
5. Закон о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености, Службени гласник РС, бр. 30/10, 102/12 и 94/19;
6. Закон о високом образовању, Службени гласник РС, бр. 67/20;
7. Закон о судовима, Службени гласник РС, бр. 37/12, 14/14 – одлука УС, 44/15, 39/16 – одлука УС и 100/17.

### LITERATURE

1. Brajić, Vljko. Labor law in practice: Handbook of judicial practice. Belgrade: Official Gazette of the SFRY, 1974.
2. Frimerman, Andrej. Systematization of jobs and tasks. Belgrade: Privredna štampa, 1981.
3. Jovanović, Predrag. “Interest conflicts and social stability in the sphere of labor relations”. Labor and social law 1/2013, (2013):35-57.
4. Jovanović, Predrag. Labor law. Novi Sad: Faculty of Law in Novi Sad, 2018.
5. Kovačević, Ljubinka. “Protection of participants of advertisements or contests and the right to an effective legal remedy in the general regime of labor relations”. Proceedings of the Faculty of Law in Niš 89/2020, (2020): 263-284.
6. Kovačević, Ljubinka. Establishing an employment relationship. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 2021.
7. Kovačević, Ljubinka. Valid reasons for termination of an employment contract. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 2016.



8. Lubarda, Branko. "The concept of social citizenship in the law of the European Union", in Social rights and European integration: Proceedings of the consultation of lawyers, ed. Borivoje Šunderić, et al. 7-28. Belgrade: Association for Labor Law and Social Insurance of Serbia/ Intermex, 2011.
9. Lubarda, Branko. Introduction to labor law. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 2014.
10. Lubarda, Branko. Labor law - discussion of dignity at work and social dialogue. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 2013.
11. Mirjanic, Željko. Introduction to labor law - book one. Banja Luka: University of Banja Luka, Faculty of Law, 2020.
12. Nikolić, Aleksandar. Labor law. Belgrade: Naučna knjiga, 1988.
13. Paravina, Dušan. Labor law. Belgrade: Official Gazette, 1998.
14. Popović, T. Aleksandra. "Obstacles to establishing an employment relationship: legitimate goals and limitations", doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Belgrade, 2016.
15. Popović, Teofilo. Labor law. Belgrade: Official Gazette of the SFRY, 1990.
16. Simonović, Dragan. "Internal protection of workers' rights". Law and Economy 5-8 (2007): 1008-1017.
17. Šunderić, Borivoje and Kovačević, Ljubinka. Labor law. Belgrade: Official Gazette, 2017.
18. Šunderić, Borivoje. «Dispute on establishing an employment relationship». Law and Economy 1-2 (1993): 18-29.
19. Šunderić, Borivoje. «The right to object». Labor and social law 1-3 (1997): 13-32.
20. Šunderić, Borivoje. Labor law. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 2009.
21. Tintić, Nikola. Labor and social law, book one: labor relations (I). Zagreb: Narodne novine, 1969.

### Legal documents

1. Constitution of the Republic of Srpska, Official Gazette of the RS, no. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11 and Official Gazette of BiH, no. 73/19 – decision of the CC BiH;
2. Labor Law, Official Gazette of the RS, no. 1/16, 66/18, 91/21 – CC decision and 119/21;
3. Law on Civil Servants, Official Gazette of the RS, no. 118/08, 117/11, 37/12 and 57/16;
4. Law on officials and employees in local self-government bodies, Official Gazette of the RS, no. 97/16;
5. Law on mediation in employment and rights during unemployment, Official Gazette of RS, no. 30/10, 102/12 and 94/19;
6. Law on Higher Education, Official Gazette of the RS, no. 67/20;
7. Law on Courts, Official Gazette of the RS, no. 37/12, 14/14 – CC decision, 44/15, 39/16 – CC decision and 100/17.

## PROTECTION OF THE RIGHTS OF ADVERTISEMENT/ CONTEST PARTICIPANTS IN THE PROCEDURE OF ESTABLISHING AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

**Radislav Lale**<sup>63</sup>

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

*Summary: The paper systematically discusses the protection of the rights of participants in advertisements or contests and the right to an effective legal remedy in the process of establishing an employment relationship. The author has analyzed the positive legal regulation of this labor law institute in the general regime of employment relations, considering that the public advertisement/competition for the establishment of an employment relationship are instruments through which the constitutional principle that all vacancies must be available to everyone under equal conditions can be realized. The application of that principle is closely related to the effective realization of freedom of work and the right to work, which is why the procedure for establishing an employment relationship cannot be beyond the scope of control that enables the immediate removal of irregularities and illegalities in this procedure. In the corresponding parts of the work, the subject of analysis is the protection of the rights of participants of advertisements/competitions in special labor relations regimes in the Republic of Srpska.*

**Key words:** *Right to work; Employment; Public advertisement/competition; Candidate; Oyfjection/complaint.*

---

63 Associate Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo, radislav.lale@pravni.ues.rs.ba

## PERSPEKTIVE RAZVOJA E-ZDRAVSTVA U KONTEKSTU E-UPRAVE

Aida Mulalić<sup>1</sup>  
Ivana Grubešić<sup>2</sup>

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

**Apstrakt:** Razvoj informacionih tehnologija (IT) neminovno obuhvata i domen djelovanja javne uprave, a u okviru iste, i domen javnog zdravstva, te su se u skladu s tim formirali pojmovi digitalne ili e-uprave (e-governance) i e-zdravstva (e-health). E-uprava, u kontekstu dobre uprave, podrazumijeva infrastrukturu koja se gradi u cilju transformacije izvršavanja poslova i zadataka javne uprave, čiji se direktni efekti ogledaju u troškovnoj efikasnosti poslova javne uprave, značajnim uštedama u oblastima zastupanja, prikupljanja javnih prihoda, te jačoj povezanosti javne uprave sa građanima. E-zdravstvo (e-health) u javnom sektoru obuhvata prije svega korištenje IT u kontekstu efikasnijeg, kvalitetnijeg i sveobuhvatnijeg pružanja zdravstvenih usluga, što redefiniše odnos spram krajnjih korisnika zdravstvenih usluga.

Pored prednosti koje sistemi e-uprave i e-zdravstva nepobitno imaju, tu su i određeni izazovi tehničke, ekonomske, pravne i socijalne prirode, s kojima se implementacija ovakvih sistema suočava. Pitanje razmjene podataka, zaštite ličnih podataka, dostupnosti usluga u okviru e-zdravstva, standardizacija usluga, samo su neki od aspekata koji se moraju uzeti u obzir prilikom razmatranja benefita i nedostataka korištenja informacionih tehnologija u ovim domenima.

U radu će se metodom deskripcije opisati temeljne karakteristike pomenutih sistema i instituta e-uprave a u vezi sa obezbjeđenjem sistema zdravstvene zaštite korištenjem informacionih tehnologija. Komparativna metoda koristiće se u cilju poređenja pravnih rješenja u domenu e-zdravstva regionalno (s naglaskom na pravo Europske unije) i u međunarodnom kontekstu. Analiziranjem pravne regulacije na pomenuti način nastojeće se izvesti zaključci koji bi bili u funkciji iznalaženja primjerenih pravnih rješenja u Bosni i Hercegovini s osvrtom na postojeće principe sadržane u važećem pravnom okviru.

**Ključne riječi:** e-zdravstvo, e-uprava, zdravstvena zaštita, privatni podaci, dostupnost.

1 Vanredna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici, aida.mulalic@unze.ba

2 Docentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici, ivana.grubestic@unze.ba

## 1. UVOD

Primjena informacionih tehnologija (u nastavku: IT) nalazi svoje mjesto u svim sferama života a porast primjene istih zabilježen je već krajem 1990-tih. Na tragu potrebe za detaljnijom pravnom regulacijom primjene IT, ali i nadzora primjene istog, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom nivou počinju se provoditi analize pravnih implikacija primjene IT u svim sferama pravnih odnosa.

U kontekstu javne sfere i djelovanja države kao javnog servisa građana, naglasak je već na početku bio na razmatranju primjene IT u okviru javne uprave, a paralelno se počinje razmatrati mogućnosti primjene u okviru sistema javnog zdravstva. Ovo je od posebnog značaja i u kontekstu povećane prekogranične mobilnosti stanovništva, odnosno, radne snage, čime bi reforma uprave u pravcu uvođenja primjene IT u pogledu pružanja usluga stanovništvu, olakšalo prohodnost i obezbijedilo lakši pristup podacima od strane građana. Da bi se ostvario krajnji cilj uvođenja e-uprave, nužno je obezbijediti standardiziran i ujednačen pristup na svim nivoima vlasti, koordinaciju ne samo na različitim nivoima vlasti unutar granica jedne države, već i odgovarajući stepen saradnje sa drugim državama u tom pravcu. U ovom pogledu, smatra se da će e-uprava imati značajan utjecaj posebno na određene javne oblasti poput zdravstvenog sistema, obrazovanja i dr.<sup>3</sup> Značaj primjene IT-a u sektoru javnog zdravstva već skoro dvadeset godina ističe i Svjetska zdravstva organizacija, navodeći da bi primjena informacionih tehnologija u okviru zdravstvenih usluga trebala poticati efikasniji i unaprijeđen pristup zdravstvu, a posebno u udaljenim dijelovima, za osobe sa onesposobljenjima i starije osobe.<sup>4</sup> U konačnici, korištenje e-zdravstva u svrhu osnaživanja zdravstvenog sistema općenito, trebala bi dovesti i do porasta pokrivenosti stanovništva zdravstvenim sistemom na globalnom nivou.

Iako su načelno postavljeni ciljevi primjene informacionih tehnologija u okviru javne uprave i sistema javne zdravstvene zaštite jasno i nedvosmisleno bi trebali dovesti do poboljšanja usluga građanima, činjenica je da specifičnosti primjene IT-a suočavaju države ali i druge relevantne aktere na evropskom i međunarodnom nivou, sa novim izazovima. Obezbjedenje odgovarajuće institucionalne i kadrovske podrške u provođenju ovakve reforme javnog sektora, informatičko opismenjivanje krajnjih korisnika – građana, odnosno, pacijenata, pitanje provođenja načela transparentnosti, i, sa druge strane, zaštita privatnosti podataka građana, odnosno, pacijenata, specifična za oblast zdravstva, nadzor nad protokom informacija u prekograničnim slučajevima, stabilnost uređaja koji se koriste u svrhu izvođenja određenih usluga u kontekstu e-uprave i e-zdravstva, samo su neki od izazova sa različitim pravnim implikacijama. U tom pogledu, već su poduzeti određeni koraci kako od strane SZO i Evropske unije, koja je dugi niz godina na tragu uvođenja e-uprave i e-zdravstva kao alatki za obezbjedenje sistema orjentisanog na građane kao pojedince, a poštujući pri tome postojeće pravne, kulturološke i druge različitosti širom Unije.

U pogledu metodološkog pristupa ovoj temi, u radu je primijenjena metoda deskriptivne i eksplikativne analize instituta e-uprave i e-zdravstva s obzirom na posebnu prirodu društvenih procesa koji su prethodili potrebi uvođenja tih instituta, te s obzirom na različite društvene aspekte iz kojih se navedeni instituti mogu istraživati. Komparativna metoda bila je primjerena i neophodna

---

3 Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - the role of eGovernment for Europe's Future, COM(2003) 567 final Brussels, 26.9.2003., 3.

4 WHO, eHealth - Report by the Secretariat EXECUTIVE BOARD EB115/39 115th Session, 16 December 2004, 2.

u poređenju legislativnih rješenja pojedinih pravnih sistema, konkretnije pravnog sistema Europske unije i nacionalnog pravnog sistema, a s obzirom na značajnu diskrepancu u nivou njihove razvijenosti, a time i na nivou realnih mogućnosti za implementaciju e-uprave i e-zdravstva. Dogmatska metoda poslužila je u utvrđivanju formalne strukture i sadržaja normativnih akata relevantnih za predmet našeg istraživanja, te procesnih aspekata adekvatnosti implementacije normativnih akata u pitanju, prvenstveno u nacionalnom pravnom sistemu.

## 2. E-UPRAVA U KONTEKSTU NAČELA TRANSPARENTNOSTI UPRAVNOG POSTUPKA

E-uprava se odnosi na sistem korištenja informacionih tehnologija u cilju efikasnog i efektivnog pružanja usluga javne uprave, odnosno primjenu informacionih tehnologija u poslovima javne uprave kako bi se ostvario javni interes upotrebom digitalnih sredstava. Osnovni princip iza koncepta javne uprave je da se poboljša interni rad javne uprave smanjenjem troškova i vremena kako bi se bolje integrisali radni procesi i kako bi se omogućilo efektivno korištenje resursa različitih nivoa organizacije javne uprave. Na ovaj način javna uprava može postati efikasnija, pružati bolje usluge, odgovoriti na zahtjeve građana u pogledu transparentnosti i odgovornosti, te postati inkluzivnija i pouzdanija.<sup>5</sup>

Da bi se ovo postiglo, potrebno je uzeti u obzir različita očekivanja prema javnoj upravi koja imaju ne samo građani nego i poslovni subjekti i organi uprave. Iz aspekta građana ovo znači uvođenje personaliziranih usluga što onda nameće obavezu omogućavanja informacija i usluga posredstvom jednog integriranog izvora. Na ovaj način građani mogu lakše artikulirati svoje potrebe i očekivanja od javne uprave. Također se tako promiče učešće građana u aktivnostima lokalne zajednice i jača proces *de facto* demokratizacije odnosa građana i organa uprave.<sup>6</sup>

U toj su funkciji i načela djelovanja organa uprave imanentna savremenim pravnim sistemima. To su najčešće načelo zakonitosti, načelo samostalnosti organa uprave, načelo efikasnosti, načelo javnosti, načelo saradnje, upotrebe jezika i pisma, načelo transparentnosti, dvostepenosti, materijalne istine i sl.<sup>7</sup> Nerijetko neka od pomenutih načela ostaju samo u domenu proklamacije što je posebno evidentno kod načela transparentnosti.

Positivno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine u domenu upravnog prava tretira institut transparentnosti nešto drugačije u odnosu na ranija rješenja. Naime, za razliku od rješenja koje je bilo normirano ranijim Zakonom o upravnom postupku BiH, sadašnji član 6 Zakona o upravnom postupku BiH usklađeniji je sa rješenjima prava Europske unije u ovom području.<sup>8</sup>

Organi uprave i institucije koje imaju javna ovlaštenja dužni su strankama omogućiti pristup potrebnim podacima, propisanim obrascima, internetskoj stranici organa uprave i pružiti

5 UN E-government knowledge base, pristupljeno 10.jula 2023, <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Overview>

6 Developing a Successful e-Government, pristupljeno 10. jula 2023, [https://faculty.kfupm.edu.sa/ARCH/Rabee/publications\\_files/03Reffat\\_eGov.pdf](https://faculty.kfupm.edu.sa/ARCH/Rabee/publications_files/03Reffat_eGov.pdf)

7 Ova načela inkorporirana su i u relevantne normativne akte koji reguliraju organizaciju i djelovanje organa uprave u Bosni i Hercegovini.

8 Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, ("Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 i 41/13)

im druga obavještenja, savjete i stručnu pomoć. U postupku se moraju zaštititi lični i tajni podaci u skladu s propisima o zaštiti ličnih podataka, odnosno tajnosti podataka. Pomenuta formulacija sada obezbjeđuje ostvarenje procesnih prava strankama u upravnom postupku, kao posebne kategorije prava koja je sada odvojena od prava na pristup informacijama normiranih u Zakonu o slobodi pristupa informacijama na nivou institucija Bosne i Hercegovine.<sup>9</sup> Dijapazon elemenata koji konstituiraju načelo transparentnosti tako je koncizniji i uslovljen procesnim pravima strana-ka upravnog postupka. *Ratio* pomenutog normiranja nastojaće se objasniti u dijelu koji analizira načelo transparentnosti u pravu Europske unije.

S druge strane, Zakon o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ne sadrži *explicitae* načelo transparentnosti.<sup>10</sup> Ovo opet ne znači da da je onemogućena provedba pome-nutog načela, s obzirom na druge odredbe i načela Zakona o upravnom postupku FBiH koje su u funkciji načela transparentnosti. Tako na primjer, odredba člana 5., stav 1. propisuje: „*Kad organi i institucije koje imaju javne ovlasti vode postupak i rješavaju, dužni su da strankama omo- guće da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, vodeći pritom računa da ostvarivanje njihovih prava ne bude na štetu prava drugih osoba niti u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom.*“ I pored toga što se radi o zasebnom načelu upravnog postupka (načelo zaštite prava građana i javnog interesa), ovo načelo pruža svojevrstu pravnu podlogu transparentnom postu-panju organa uprave. Razradu pomenutog načela nalazimo i u poglavlju Zakona o komuniciranju organa i stranke.<sup>11</sup> Posljednjim izmjenama i dopunama Zakona iz 2022. godine predviđen je novi način predaje podnesaka. Tako se sada, podnesci predaju osim neposredno ili poštom i u formi elektronske isprave izrađene u skladu sa posebnim zakonom.<sup>12</sup>

Stav 3. člana 63. dalje daje mogućnost strankama i organima da komuniciraju i u elek- tronskoj formi, ukoliko stranka/lica ovlaštena za zastupanje na to pristanu. Ova norma značajna je jer *de facto* proširuje, ne formu, nego način komuniciranja organa uprave i stranaka. Forma komuniciranja je ostala u domenu podneska kao preduslova za neku od faza upravnog postupka.

Proširenjem načina komuniciranja i na neki od uobičajenih vidova elektronske komunika- cije predupređuje eventualne procesne greške dok istovremeno doprinosi faktičkoj manifestaciji načela upravnog postupka, posebno načela transparentnosti.

### 3. NAČELO TRANSPARENTNOSTI U POSTUPANJU ORGANA UPRAVE PREMA PRAVU EUROPSKE UNIJE I PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

O važnosti načela transparentnosti u promicanju i samih demokratskih procesa govori činje- nica da ono proizlazi iz načela pravne države jer „*otvoreni procesi zakonodavnog odlučivanja, izbora, glasanja i otvoren pristup važnim dokumentima određuju ponašanje zakonodavne i*

<sup>9</sup> Zakon o slobodi pristupa informacija na nivou institucija Bosne i Hercegovine, („*Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*“, broj 61/23)

<sup>10</sup> Zakon o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, („*Službene novine FBiH*“, br. 2/98, 48/99 i 61/22)

<sup>11</sup> Zakon o upravnom postupku FBiH. Poglavlje IV.

<sup>12</sup> *Ibid.*, čl. 63., st. 2.

*izvršne vlasti*<sup>13</sup>.<sup>13</sup> Princip transparentnosti pojačava odgovornost organa javne uprave prema građanima tako što omogućava građanima da raspoložu informacijama koje se tiču rada organa uprave. U svojoj osnovi, ovaj princip manifestira rad javne uprave otvorene prema društvu u cilju ostvarivanja prava građana da budu informisani o fazama i toku upravnog postupka, prava na pristup dokumentima, te pravu na pravni lijek. Transparentnost podrazumijeva otvorenost, komunikaciju i odgovornost. Temeljem ovog principa organi uprave su obavezni učiniti dostupnim informacije vezane za njihov rad i funkcionisanje, a stranke upravnog postupka imaju pravo na pristup informacijama i podacima koje su im potrebne radi ostvarivanja određenih prava ili izvršenja obaveza nastalih u upravnom postupku.<sup>14</sup>

Načelo transparentnosti, kao pravni standard, primjenjuju i institucije Europske unije kao temeljni mehanizam za primjenu drugih normi. U pravu Europske unije, pojam transparentnosti razvio se u različitim oblastima, od finansijskog sektora, preko socijalnog prava do postupka izbora/imenovanja u institucije Europske unije. Iako se još uvijek ne može govoriti o kodifikaciji upravnog prava u pravu Europske unije, poduzete su brojne legislativne aktivnosti u ovom domenu. Tako je još Ugovorom iz Amsterdama proklamirano načelo otvorenosti koje je poslije inkorporirano u član 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.<sup>15</sup>

Recentnija inicijativa u smjeru kodifikacije upravnog prava u Europskoj uniji je pokrenuta u formi prijedloga Uredbe o otvorenoj, učinkovitoj i neovisnoj upravi Europske unije koji do danas nije prihvaćen od strane Komisije Europske unije.<sup>16</sup> Relevantne odredbe pomenute Uredbe u kontekstu načela transparentnosti bile bi one sadržane u članovima 14, 15 i 16. Tako član 14, stav 2. Uredbe propisuje: *“Strankama se pružaju dostatne informacije i imaju dovoljno vremena za pripremu svojeg stajališta.”* Pitanja koje i kakve informacije su dostatne da bi stranka upravnog postupka mogla na najbolji način zaštititi svoja prava i pravne interese ili ispuniti određene obaveze, prema duhu odredbe u pitanju, mogla bi se, u određenim situacijama, smatrati faktičkim pitanjima o kojima bi odlučivao organ uprave koji vodi postupak. Ne dovodeći u pitanje pravo organa uprave da na propisan način rješava po slobodnoj ocjeni, svojevrsnu protutežu prekoračenju datih ovlaštenja, odnosno preširokoj diskreciji u ovom domenu predstavljaju članovi 8, 18, 19 i 20 Uredbe u pitanju (procesna prava, oblik upravnog akta, obaveza iznošenja obrazloženja i pravni lijekovi), te član 28 u kojem je normirano pitanje online informacija o pravilima o (postojećim) upravnim postupcima.<sup>17</sup> Tako je prijedlogom Uredbe predviđeno da informacije koje su dostupne online uključuju: poveznicu na mjerodavno zakonodavstvo, kratko objašnjenje glavnih pravnih odredbi i njihovo administrativno tumačenje, opis glavnih procesnih koraka, naziv tijela nadležnog za donošenje završnog akta, rok za donošenje akta, dostupne pravne lijekove i poveznicu na standardne obrasce kojima se stranke tokom postupka mogu koristiti pri komunikaciji s upravom Unije.

13 Zlatan Meškić i Darko Samardžić, *Pravo Evropske unije I* (Sarajevo: TDP, 2012), 52.

14 Murat Jashari and Islam Pepaj, „The Role of the Principle of Transparency and Accountability in Public Administration“, *ACTA UNIVERSITATIS DANUBIUS*, 10/1 (2018): 61-62.

15 Article 1, paragraph 4 of the Treaty OF Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, Official Journal of the European Communities, 340/1. Sad član 15 Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

16 O razlozima nepokretanja zakonodavne procedure u ovom smislu vidjeti više u: Dario Derda i Ana Jerčinović, „Upravni postupak u pravu Europske unije: kodifikacijski izazovi“, u *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, ured. Vesna Burić Punda, (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020), 94-97.

17 Prijedlog Uredbe o otvorenoj, učinkovitoj i neovisnoj upravi Europske unije, dostupno na : [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0279\\_HR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0279_HR.pdf), pristupljeno 15. avgusta 2023. Godine.

Ono što dodatno može doprinijeti otežanoj provedbi načela transparentnosti jeste svojevrsna disperznost posebno normiranih koncepata koji se dovode u vezu sa načelom transparentnosti, odnosno koji treba da su podloga za provedbu ovog načela, te odsustvo definiranja pojma transparentnosti u normativnim aktima, kako u pravu Europske unije, tako i u nacionalnim zakonodavstvima ostalih država. U tom smislu, oslanjamo se na metodološki pristup (Anastasiya Kiseleva, Dimitris Kotzinos i Paul De Hert), prema kojem su analizirani primarno i sekundarno zakonodavstvo EU u cilju targetiranja i sumiranja odredbi koje su u funkciji načela transparentnosti.<sup>18</sup>

Za primarno pravo u ovom smislu relevantna je Povelja o osnovnim pravima EU koja ne sadrži eksplicitno termin transparentnost, ali sadrži konstelacije koje se mogu povezati sa načelom u pitanju. To su odredba člana 3, stav 2, tačka 2 Povelje (*...„slobodni pristanak osobe o kojoj je riječ, na temelju njezine obaviještenosti i u skladu s postupcima utvrđenima zakonom“*), član 11 (sloboda izražavanja i informiranja), član 27 (pravo radnika na informiranje i savjetovanje u poduzeću), član 41 (*...“pravo svake osobe na pristup svojem spisu, uz poštovanje zakonitih interesa povjerljivosti te profesionalne i poslovne tajne*) i član 42 (pravo pristupa dokumentima). Ono što je zajedničko navedenim odredbama je to da se svakom od njih garantira pravo na informisanje već na nivou primarnog prava Europske unije, što opet može biti osnova za priznavanje ovog prava kao fundamentalnog elementa načela transparentnosti.<sup>19</sup>

U domenu sekundarnog prava analizirano je 10 normativnih akata koji se odnose na određene vrste postupaka koji su neophodni za provedbu načela transparentnosti.<sup>20</sup> Tim postupcima obuhvaćene su tri kategorije: podaci, informacije i dokumenti, spram kojih se mogu formirati aktivne i pasivne obaveze. Aktivne obaveze su obrazlaganje i osiguravanje tako da adresati razumiju informacije koje im se plasiraju; prijavljivanje javnim vlastima i registracija u javnim registrima, čuvanje, održavanje i pohranjivanje. Pasivne obaveze odnosile bi se, na primjer, na pristup informacijama, podacima i dokumentima.<sup>21</sup>

Iz aspekta naše teme, značajna je Direktiva (EU) 2019/1024 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. juna 2019. o otvorenim podacima i ponovnoj uporabi informacija javnog sektora.<sup>22</sup>

Direktivom iz 2019. godine nastoji se postići ujednačavanje legislativnih rješenja u državama članicama u pogledu korištenja i ponovnog korištenja informacija javnog sektora u cilju funkcioniranja unutrašnjeg tržišta i sistema kojim se osigurava da konkurencija na unutarnjem tržištu ne bude narušena.<sup>23</sup> Postizanje navedenog cilja uslovljeno je spremnošću država članica da korisnicima i krajnjim korisnicima omoguće posebno ponovno korištenje informacija kojima raspoložu javne vlasti kao vid dodane vrijednosti, kako za korisnike, tako i za samu javnu vlast *„...tako što se promiče transparentnost i odgovornost te pruža povratna informacija od ponovnih korisnika*

18 Anastasiya Kiseleva, Dimitris Kotzinos i Paul De Hert, “Transparency of AI in Healthcare as a Multilayered System of Accountabilities: Between Legal Requirements and Technical Limitations”. *Frontiers in Artificial Intelligence*, 5 (2022). <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2022.879603/full>, pristupljeno 10. septembra 2023., 4.

19 Ibid.

20 Ibid. ANNEX I List of EU laws articulating the concept of transparency (non-exhaustive). <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2022.879603/full#supplementary-material>, pristupljeno 10.9.2023.

21 Ibid.

22 Direktiva (EU) 2019/1024 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. juna 2019. o otvorenim podacima i ponovnoj uporabi informacija javnog sektora, “Službeni list Europske unije”, L 172/56, u daljem tekstu Direktiva EU 2019/1024.

23 Direktiva (EU) 2019/1024, tačka 7.



*i krajnjih korisnika, čime se dotičnom tijelu javnog sektora omogućuje da poboljša kvalitetu prikupljenih informacija i obavljanje svojih zadaća.*<sup>24</sup>

Pored ovako općenito formuliranog načela transparentnosti, ono je posebno razrađeno u članu 7. Direktive u pitanju, a odnosi se na obavezu utvrđivanja i objavljivanja uslova, iznosa i osnova za obračun standardnih naknada za ponovnu upotrebu dokumenata. Naknade za ponovnu uporabu dokumenata, koje nisu standardne, faktori koji su uzeti u obzir u izračunu tih pristojbi moraju se navesti unaprijed. Vlasnik dokumenata na zahtjev navodi i način na koji su te naknade bile izračunate u vezi s određenim zahtjevom za ponovnu upotrebu. Također, organi javnog sektora su dužni osigurati da se podnosioci zahtjeva za ponovnu upotrebu dokumenata informišu o dostupnim pravnim sredstvima u vezi s odlukama ili praksama koje na njih utiču.<sup>25</sup> Primjetno je da se ovakvim normiranjem poštuje i princip pokrića kod utvrđivanja visine naknade, s obzirom na više ili manje proporcionalnu korist koju korisnici/javna vlast i društvo u cjelini mogu da imaju u ovakvoj konstelaciji odnosa.

Ranije smo pomenuli da je, u kontekstu nacionalnog prava, usvojen novi Zakon o slobodi pristupa informacijama na nivou institucija Bosne i Hercegovine kojim su preuzete odredbe Dirktive iz 2019. godine. Prema ovom propisu, stranke koje su ili protiv kojih je pokrenut upravni postupak isključirane su iz primjene Zakona.<sup>26</sup> Svrha pomenutog reguliranja mogla bi se naći u nastojanju zakonodavca da ograniči obim primjene Zakona vodeći se time da je kroz načelo transparentnosti, makar ono bilo i izvedeno iz ostalih načela upravnog postupka, obezbijeđena dovoljna pravna zaštita strankama upravnog postupka. Međutim, činjenica da Zakon/i o upravnom postupku ne sadrže načelo transparentnosti eksplicitno inkorporirano, činjenica da Zakon o slobodi pristupa informacijama na nivou institucija Bosne i Hercegovine, kao jedno od svojih temeljnih načela proklamira upravo načelo transparentnosti,<sup>27</sup> te činjenica da su u entitetskim zakonima o slobodi pristupa informacijama drugačije normirana pravila o izuzecima u odnosu na državni nivo, može eventualno stranke u upravnim postupcima koji se vode pred institucijama Bosne i Hercegovine dovesti u nepovoljniji položaj u odnosu na stranke u upravnim postupcima pokrenutim prema entitetskim propisima. Također, nepovoljniji položaj postojao bi i za stranke upravnog postupka na entitetskom nivou, a kojima bi za potrebe zaštite prava i interesa bila neophodna informacija neke od institucija Bosne i Hercegovine ili ponovno korištenje iste.

Pomenute situacije ne bi bile potpuno u skladu ni sa duhom i ciljem Direktive koja je bila osnov donošenju Zakona. Ovo tim prije jer sama Direktiva taksativno pobraja izuzetke od njene primjene. To su: dokumenti čija je isporuka izvan nadležnosti organa javnog sektora kako je to definirano zakonom ili drugim obavezujućim pravilima država članica; dokumenti u posjedu javnih preduzeća (izrađeni izvan obima pružanja usluga od općeg interesa, kako je to definirano zakonom ili drugim obavezujućim propisima države članice i koji se odnose na djelatnosti izravno izložene konkurenciji); dokumenti na kojima treće osobe imaju prava intelektualnog vlasništva; dokumenti poput osjetljivih podataka, kojima pristup nije dopušten na osnovu režima pristupa u državi članici; dokumenti kojima pristup nije dopušten ili kojima je pristup ograničen zbog zaštite osjetljivih informacija o zaštiti kritične infrastrukture; dokumenti kojima je pristup ograničen na

<sup>24</sup> Ibid., tačka 14.

<sup>25</sup> Ibid., član 7.

<sup>26</sup> Zakon o slobodi pristupa informacijama na nivou institucija Bosne i Hercegovine. Čl. 2. St. 1

<sup>27</sup> Ibid., član 6

temelju režima pristupa u državama članicama, uključujući slučajeve u kojima građani ili pravni subjekti moraju dokazati poseban interes kako bi dobili pristup dokumentima, logotipove, grbove i oznake; dokumenti kojima pristup nije dopušten ili kojima je pristup ograničen na temelju režima pristupa zbog zaštite ličnih podataka, i dijelove dokumenata kojima se može pristupiti na osnovu tih režima koji sadržavaju lične podatke čija je ponovna upotreba utvrđena zakonom kao neusklađena s pravom o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka ili kao takva da potkopava zaštitu privatnosti i integritet pojedinca; dokumenti u posjedu javne radiotelevizije i njezinih društava kćeri te drugih tijela ili njihovih društava kćeri koji obavljaju djelatnost javne radiodifuzije; dokumenti u posjedu kulturnih ustanova, osim biblioteka, između ostalih univerzitetskih biblioteka, muzeja i arhiva; dokumenti u posjedu obrazovnih ustanova sekundarnog nivoa i niže i, u slučaju svih ostalih obrazovnih ustanova; dokumenti koji nisu navedeni u okviru istraživačkih podataka i dokumenti koji nisu navedeni u okviru istraživačkih podataka, a koji su u posjedu istraživačkih organizacija i organizacija koje finansiraju istraživanja, uključujući organizacije osnovane radi prenosa rezultata istraživanja.<sup>28</sup>

Smatramo da je i naš zakonodavac trebao preuzeti ovakvu nometehniku, a u cilju predupređenja situacija u kojima bi moglo doći do različitih tumačenja od strane viših upravnih ili sudskih instanci.

## 4. POJAM I RAZVOJ E-ZDRAVSTVA U EVROPSKOJ UNIJI SA OSVRTOM NA BOSNU I HERCEGOVINU

Kao relativno skoriji pravni koncept, e-zdravstvo još uvijek nema jasno određenu definiciju koja bi postavila granice koncepta i definisala nužne elemente istog. Ovo je prije svega rezultat činjenice da se pojam e-zdravstva temelji na primjeni informacionih tehnologija čiji svakodnevni napredak iznova rezultira novim pravnim posljedicama. Paralelno, nastaju novi pojmovi i sinonimi, poput digitalnog zdravstva, m-zdravstva (mobilno zdravstvo) itd. Za e-zdravstvo moglo bi se zaključiti da se odnosi na „*svеobuhvatan termin koji podrazumijeva kombinovanu primjenu elektronske komunikacije i informacionih tehnologija u oblasti zdravstva, i također primjenu digitalnih podataka – prenošenih, pohranjenih i iznova korištenih elektronskim putem – u kliničke, edukacijske i administrativne svrhe, kako lokalno dostupnih tako i na daljinu*“.<sup>29</sup> Svjetska zdravstvena organizacija definiše m-zdravstvo (mobilno zdravstvo) kao „*primjenu bežičnih mobilnih tehnologija za zdravstvo*“ a koji su sastavni dio šire cjeline e-zdravstva, dok je tzv. „digitalno zdravstvo“ „široki krovni pojam koji obuhvata i e-zdravstvo (uključujući i m-zdravstvo kao jedan njegov aspekt), kao i područja u nastajanju, kao što je upotreba naprednih računarskih tehnologija u „velikim podacima“ („Big data“), genomici i umjetnoj inteligenciji“.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Direktiva (EU) 2019/1024, čl. 1. St. 2

<sup>29</sup> Mitchell J., „Increasing the cost-effectiveness of telemedicine by embracing eHealth“, *J Telemed Telecare*, 2000, No.6 (preuzeto iz: Michele Domenichiello, „State of The Art in Adoption of E-Health Services in Italy in The Context of European Union E-Government Strategies“, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 23, (2015). 1111).

<sup>30</sup> World health Organisation, WHO guideline - Recommendations on digital interventions for health system strengthening, 2019, Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO, IX.

Primjena različitih modaliteta e-zdravstva, a koji prije svega uključuju elektronske zdravstvene kartone, online-portale, mobilne aplikacije, tele-medicinu, analizu generičkih podataka, praćenje e-medicinskih uređaja itd., trebali bi olakšati nadležnim institucijama osavremenjivanje pristupa u pogledu pružanja zdravstvenih usluga građanima, u okviru savremenog zdravstvenog sistema fokusiranog na potrebe individualnog građanina. SZO smatra da bi ovakvo djelovanje doprinijelo olakšanom pristupu zdravstvenim uslugama za sve građane, a posebno onima koji bi uslijed otežavajućih okolnosti bili isključeni u pogledu pristupa zdravstvenim uslugama, ili im se ne bi omogućila usluga odgovarajućeg kvaliteta. Time bi se ostvarilo osnovno načelo na kojem počiva sistem zdravstva, načelo pristupačnosti, i ostvario cilj SZO – univerzalna pokrivenost stanovništva zdravstvenim uslugama, a što je i jedan od Globalnih ciljeva održivog razvoja 2030. usvojenih od strane UN-a.<sup>31</sup> SZO je još 2005. godine usvojila Rezoluciju br. 58.28<sup>32</sup> o strategiji razvoja e-zdravstva a kojom se uspostavljaju određeni ciljevi za države adresate u kontekstu razvoja nacionalnih strategija o e-zdravstvu, a što je kasnije praćeno i naknadnim rezolucijama o m-zdravstvu, digitalnom zdravstvu itd.<sup>33</sup>

Usprkos opravdanosti pozitivnim ishodom ciljeva, činjenica je da ovakvo svojevrsno restrukturiranje, nosi niz problema i izazova sa kojim bi se suočili svi sistemi zdravstvene zaštite. Prije svega, nesporni su tehnološki izazovi, a koji podrazumijevaju uvođenje novih tehnologija prilikom pružanja zdravstvenih usluga širokog spektra, stalno unapređenje postojećih programa, njihova međusobna interoperabilnost (ne samo na nivou države već i u međunarodnom kontekstu) i standardizacija, nadzor nad stabilnošću, edukacija kadrova u pogledu primjene tehnologije, ulaganje u profesionalni informatički kadar i sl. Obzirom da se e-zdravstvo temelji na prikupljanju, analizi, razmjeni podataka građana kao pacijenata, neminovan izazov predstavlja i pitanje zaštite ličnih podataka koji se nameće kao ključno pravno pitanje. Kao poseban izazov, u literaturi se prepoznaje i mijenjanje odnosa zdravstveni profesionalac (izvršilac usluge) – pacijent, obzirom da se smatra da će u uslovima e-zdravstva pacijent morati zauzeti proaktivnu ulogu u pogledu primjene tehnologije (uz pretpostavku informatičke pismenosti i dostupnosti odgovarajućih uređaja, aplikacija, odnosno tehnologije same po sebi), prikupljanja podataka itd.<sup>34</sup>

Obzirom na uspostavljeno unutrašnje tržište i garantovane slobode kretanja, uspostavljanje sistema e-zdravstva u države članice Evropske unije predstavlja specifičan izazov. Iako je pitanje zdravstvene zaštite u nadležnosti država članica<sup>35</sup>, a zdravstvene usluge kao posebna vrsta usluga imaju specifičan status u kontekstu sloboda kretanja usluga<sup>36</sup>, EU je poduzela značajne korake u posljednjih 20 godina u pravcu ujedinjenog i dinamičnog razvoja e-zdravstva u okviru država članica, ali i na nivou same Unije. Tako već 2002. godine, u okviru akcionog plana e-Europe

31 Podcilj 3.8. Postići univerzalnu pokrivenost zdravstvenom zaštitom, uključujući zaštitu od finansijskog rizika, dostupnost kvalitetnih osnovnih usluga iz područja zdravstvene zaštite. UN, Generalna skupština, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 15.

32 WHO, Resolution 58.28. – E-health, 58 sjednica Svjetske zdravstvene skupštine, 2005.

33 WHO, Resolution 71.7 – Digital Health, 71. sjednica Svjetske zdravstvene skupštine, 2018.

34 Eike-Henner W. Kluge, "The Ethical and Legal Challenges of E-Health", *Health Management*, Vol. 13, Issue 1 (2011), 16.

35 Član 3 Uredbe br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne zaštite, Službeni list Evropske unije L 166, 30.4.2004.

36 Rita Baeten, "Healthcare regulation: an obstacle to cross-border trade in services? On the muffled application of the EU Single Market Strategy and CETA" u *Social Policy in the European Union: State of play 2017*, ur. Vanhercke B., Sebastiano S., Bouget D. (Brussels: European Trade Union Institute and European Social Observatory, 2017), 133 – 154.

2002 - An Information Society For All, kao jedan od osnovnih ciljeva navodi se i online-zdravstvo (*Health Online*), sa osnovnim ciljem „stvaranja administrativne infrastrukture primjerene korisnicima, validiranih i interoperabilnih sistema za zdravstvenu edukaciju, prevenciju bolesti i zdravstvenu njegu“<sup>37</sup>, a već kroz dvije godine usvaja se Akcioni plan „e-Health - making healthcare better for European citizens: An action plan for a European e-Health Area“<sup>38</sup> sa svrhom stvaranja evropskog prostora e-zdravstva, a kojim bi se obezbijedila bolja njega uz smanjenje troškova u okviru zdravstvenih sistema usmjerenih prema građanima, istovremeno poštujući postojeće kulturološke, jezičke razlikosti u okviru zdravstvenih sistema. Akcionim planom se ističu najveći izazovi u ostvarivanju konačnog cilja, a prije svega se ogledaju u istaknutoj ulozi autoriteta u oblasti zdravstva čija se uloga posebno ogleda u provođenju koordinacijskih aktivnosti, interoperabilnosti zdravstvenih informacionih sistema, mobilnosti pacijenata i zdravstvenih stručnjaka, jačanju infrastrukture i tehnologija, testiranje i akreditovanje usklađenosti e-zdravstvenih sistema, investicione poluge, pravna i regulaciona pitanja.<sup>39</sup>

Specifičnosti nacionalnih zdravstvenih sistema država članica, rastuće tržište zdravstvenih roba i usluga u okviru unutrašnjeg tržišta EU, uključenost kako javnih tako i privatnih aktera i stakeholder-a u provođenju zdravstvene zaštite, rezultirali su do sada djelimičnim uređenjem određenih pravnih pitanja na nivou EU, otežavajući implementaciju i svakodnevnu primjenu u okviru ove oblasti.

Značajan iskorak na nivou EU učinjen je usvajanjem Direktive 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj njezi<sup>40</sup>. Navedena Direktiva značajna je sa dva aspekta – prvi se odnosi na specifičan status zdravstvenih usluga na unutrašnjem tržištu EU, i mogućnost prekograničnog korištenja istih, obzirom da su zdravstvene usluge isključene iz materijalnog područja primjene Direktive 2006/123 o uslugama na unutarnjem tržištu<sup>41</sup>, i drugi aspekt relevantan za temu ovog istraživanja – prekogranična razmjena podataka pacijenata i uspostavljanje sistema e-zdravstva u svrhu provođenja Direktive. Konkretno, članom 11 Direktive se predviđa priznavanje, tzv. e-recepta izdanih od strane zdravstvenih profesionalaca jedne države članice u drugoj državi članici, gdje, u svrhu pojednostavljenja provjere izdanih e-recepta, uvest će se i netaksativna lista elemenata recepta u svrhu njihove interoperabilnosti. Član 14 Direktive, pod nazivom „E-zdravstvo“ predviđa mogućnost dobrovoljnog organizovanja mreže e-zdravstva u svrhu „postizanja visoke razine povjerenja i sigurnosti, unapređenja kontinuiteta zdravstvene zaštite i osiguravanja pristupačnosti sigurne i kvalitetne zdravstvene zaštite“<sup>42</sup>, kreiranja smjernica za izradu netaksativne liste podataka u sažecima pacijenata, metodama korištenja podataka u okviru javnog zdravstva, poduzimanja mjera u svrhu pojednostavljenja prekograničnog protoka informacija u okviru zdravstvene zaštite. Pored navedene Direktive, usvojeno je više neobavezujućih pravnih

37 Commission of the European Communities, *eEurope 2002 An Information Society For All*, Brussels, 24.5.2000 COM (2000) 330 final, 23.

38 Commission of the European Communities, *e-Health - making healthcare better for European citizens: An action plan for a European e-Health Area*, Brussels, 30.4.2004., COM (2004) 356 final

39 Detaljnije vidjeti u Akcionom planu „e-Health“, 16 – 19.

40 Direktiva 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj njezi, Službeni list Evropske unije, L 88/45, 4.4.2011.

41 Član 2(1)(f) Direktive 2006/123 o uslugama na unutarnjem tržištu, Službeni list Evropske unije L 376/36.

42 Član 14(2)(a) Direktive 2011/24/EU.



Srpskoj, usvajanjem Uredbe o integrisanom zdravstvenom informacionom sistemu (IZIS)<sup>54</sup>, a kojim se uvodi e-karton, e-zdravstvena knjižica, i predviđa niz drugih digitalnih usluga putem jedinstvenog sistema (IZIS).<sup>55</sup> S druge strane, neujednačen stepen razvoja strukture e-zdravstva vidljiv je u FBiH. Obzirom da nije usvojena jedinstvena strategija digitalizacije zdravstva na nivou ovog entiteta, primijetno je odstupanje u pogledu uvođenja pojedinačnih usluga u kontekstu digitalizacije kantonalnih zdravstvenih sistema, njihova međusobna neusklađenost i nedostatak interoperabilnosti. Pojedinačni kantoni su usvojili strategije za postepenu digitalnu transformaciju zdravstvene zaštite, te u prvom koraku uveli elektronske zdravstvene knjižice.<sup>56</sup> Ovakav nedostatak jedinstvenog djelovanja na nivou entiteta FBiH, ali i na nivou cijele države, otežava i usporava implementaciju osnovnih principa postojanja e-zdravstva – povezivanje na lokalnom, nacionalnom i nadnacionalnom nivou, interoperabilnost, pristupačnost za sve.

## 5. ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA U OKVIRU E-ZDRAVSTVA

Povjerljivost odnosa doktor-pacijent jedna je od osnovnih karakteristika dobre zdravstvene zaštite<sup>57</sup>, a pravni okvir kojim se obezbjeđuje privatnost podataka osnovno je sredstvo za osiguranje povjerljivosti. Digitalna transformacija zdravstva, odnosno stvaranje jednog novog nivoa zdravstva – digitalnog/ e-zdravstva, temelji se na podacima<sup>58</sup>, pa se nameće logičan zaključak da se u središtu diskusije o uvođenju e-zdravstva u nekom od svojih oblika, nalazi pitanje pravne zaštite privatnosti podataka građana kao pacijenata. E-zdravstvo kao jedan složen sistem odnosa obuhvata odnose između građana/pacijenata i zdravstvenih institucija (javnih i privatnih), između više institucija uključenih u sistem e-zdravstva, građana/pacijenata i zdravstvenih radnika, te u okviru svakog od navedenih odnosa dolazi do prikupljanja, razmjene, pohrane i ponovnog korištenja podataka.<sup>59</sup>

Pitanje zaštite ličnih podataka regulisano je još Direktivom br. 95/46/EC o zaštiti pojedinaца u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka<sup>60</sup>, međutim, taj pravni okvir kojim se isključivo vrši usklađivanje nacionalnih rješenja ubrzo je postao nedovoljan za ubrzani razvoj tehnologije, različitih i često neadekvatnih nacionalnih sistema prikupljanja i

54 Uredba o integrisanom zdravstvenom informacionom sistemu, („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 30/17)

55 Pacijentima se daje mogućnost vršenja uvida u vlastiti e-karton, elektronsko zakazivanje termina, e-uputnice, e-recepti (član 11 Uredbe).

56 Primjer: Strateški plan Zavoda zdravstvenog osiguranja HNZ/K za razdoblje 2021 – 2024, Mostar, 01.07.2023. godine (tačka 3.2. Razvijati model e-Zavod), dostupno na: <https://www.zzo.ba/assets/media/strateski-plan-zzo-2021-2024-puni-format.pdf>; uvođenje elektronskih zdravstvenih legitimacija na području Kantona Sarajevo, Tuzlanskog kantona itd.

57 WHO, *Legal frameworks for eHealth: based on the findings of the second global survey on eHealth*. Global Observatory for eHealth series, vol. 5 (Geneva: World Health Organization; 2012) [http://www.who.int/goe/publications/ehealth\\_series\\_vol5/en](http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol5/en)WHO pristupljeno, 1. oktobar 2023. godine.

58 Evropska Komisija, Komunikacija Komisije Evropskom Parlamentu, Vijeću, Evropskom Gospodarskom i Socijalnom Odboru i Odboru Regija o omogućavanju digitalne transformacije na jedinstvenom digitalnom tržištu u području zdravstva i skrbi: osnaživanje građana i stvaranje zdravijeg društva, Bruxelles, 25.4.2018., COM(2018) 233 final, 1.

59 European Commission, *Accelerating the Development of the eHealth Market in Europe*, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007), 10. [https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?action=display&doc\\_id=412](https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?action=display&doc_id=412), pristupljeno, 1. oktobar 2023. godine.

60 Službeni list Evropske unije, L 281, 23.11.1995.

obrade podataka o ličnosti<sup>61</sup>, te je 2016. godine usvojena Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka, a kojom se unificirano uređuju pravna rješenja po pitanju poštovanja ličnosti i ličnih podataka.

Obzirom da se ideja cjelokupnog e-zdravstva na nivou EU temelji na razmjeni podataka između država članica, institucija i lica koja raspolažu podacima, tim je od ključnog značaja ujednačavanje standarda u pogledu prikupljanja, obrade, čuvanja i diseminovana podataka, a u svrhu postizanja interoperabilnosti zdravstvenih sistema država članica. Prekogranični prenos podataka nosi sa sobom posebne rizike po njihovu sigurnost i privatnost koja se garantuju Opštom Uredbom, a što je nužno za očuvanje integriteta e-zdravstva u okviru država članica i na nivou EU. Zdravstveni podaci uživaju poseban status prema Opštoj Uredbi, gdje prema članu 9 a koji se odnosi na obradu posebnih vrsta podataka, zabranjuje se obrada podataka u vezi sa zdravljem, osim u situacijama taksativno navedenim u stavu dva istog člana. Sama Opšta Uredba definiše podatke koji se odnose na zdravlje kao „osobne podatke povezane s fizičkim ili mentalnim zdravljem pojedinca, uključujući pružanje zdravstvenih usluga, kojima se daju informacije o njegovu zdravstvenom statusu“<sup>62</sup>, dok u recitalu 35 detaljnije navodi koji su to „podaci koji se odnose na zdravlje“<sup>63</sup> pozivajući se također i na definisanje zdravstvenih podataka prema Direktivi br. 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj njezi. Također, smatra se da se radi o podacima koji se odnose na zdravlje i u onim slučajevima kada se na osnovu pojedinačnih podataka može izvesti zaključak o zdravstvenom statusu pojedinca, s tim da treba postojati dovoljna sigurnost da se do tih podataka može doći u datom slučaju.<sup>64</sup> Obzirom na svoj specifičan status, pristupanje obradi podataka koji se odnose na zdravlje podložno je ispunjenju dvostrukih uslova – onih specifičnih za ovu vrstu podatka, a koji su detaljnije uređeni članom 9 Opšte Uredbe, i načelima obrade podataka prema članu 5 a koja se odnose na sve vrste podataka.

Obzirom da se pitanje prekogranične njege uređuje posebnom Direktivom, posebne grupe zdravstvenih podataka koje se tom prilikom prikupljaju, obrađuju, prenose uređeni su naknadno u okviru pravno neobavezujućih akata, a u svrhu postizanja standardiziranog i interoperabilnog prekograničnog sistema e-zdravstva u svrhu pravilne implementacije Direktive. Radi se o Preporuci Komisije (EE) 2019/243 o evropskom formatu za razmjenu elektroničke zdravstvene evidencije (Tekst značajan za EGP)<sup>65</sup>, i pratećim smjernicama – Smjernice o elektronskoj razmjeni zdravstvenih podataka u okviru Direktive 2011/24/EU o prekograničnoj razmjeni podataka, 2. izdanje

61 Andrej Diligenski, Dragan Prija i Dražen Cerović, *Pravo zaštite podataka*, (Beograd: Institut za uporedno pravo, 2018), 11.

62 Član 4 (15) Opšte Uredbe.

63 Recital 35 Opšte uredbe: “Osobni podaci koji se odnose na zdravlje trebali bi obuhvaćati sve podatke koji se odnose na zdravstveno stanje ispitanika, a koji otkrivaju informacije u vezi s prijašnjim, trenutačnim ili budućim fizičkim ili mentalnim zdravstvenim stanjem ispitanika. To uključuje informacije o pojedincu prikupljene tijekom registracije za ili tijekom pružanja tom pojedincu zdravstvenih usluga kako je navedeno u Direktivi 2011/24/EU Evropskog parlamenta I Vijeća (1); broj, simbol ili oznaku koja je pojedincu dodijeljena u svrhu njegove jedinstvene identifikacije za zdravstvene svrhe; informacije izvedene iz testiranja ili ispitivanja dijela tijela ili tjelesne tvari, među ostalim iz genetskih podataka i bioloških uzoraka; i bilo kakvu informaciju o, na primjer, bolesti, invalidnosti, riziku od bolesti, medicinskoj povijesti, kliničkom tretmanu ili fiziološkom ili biomedicinskom stanju ispitanika neovisno o njegovu izvoru, kao na primjer od liječnika ili drugog zdravstvenog djelatnika, bolnice, medicinskog uređaja ili dijagnostičkog testa in vitro.”

64 Andrej Diligenski, Dragan Prija i Dražen Cerović, *Pravo zaštite podataka*, 47.

65 Službene novine EU, L39, 11.02.2019.

– Zdravstveni kartoni za nepredviđenu skrb<sup>66 67</sup> i Smjernice o elektronskoj razmjeni zdravstvenih podataka u okviru Direktive 2011/24/EU o prekograničnoj razmjeni podataka, 3. izdanje – e-recepti i e-izdavanje lijekova.<sup>68</sup> Ipak, činjenica da se radi o pravno neobavezujućim aktima ostavlja prostor za odstupanje i nedosljednu primjenu same Direktive, odnosno, nacionalnih propisa kojim se ista implementira.

Analiza dosadašnje primjene Opšte Uredbe na polju obrade zdravstvenih podataka ukazuje na određene neusklađenosti u pogledu njenog tumačenja i njene primjene, a što posljedično doводи do određene pravne nesigurnosti i nedovoljne interoperabilnosti u svrhu ostvarenja određenih beneficija u okviru razvijenih sistema e-zdravstva na nivou država članica i unijskom nivou.<sup>69</sup> Direktiva br. 2011/24/EU isključivo se odnosi na prekogranične slučajeve, ali njena primjena podstakla je diskusiju o usklađenosti i interoperabilnosti zdravstvenih podataka sa svrhom efikasnijeg i kvalitetnijeg pružanja zdravstvenih usluga u prekograničnim slučajevima. Ipak, obzirom da se radi o dokumentu kojim se nacionalna zakonodavstva harmoniziraju, postoje i dalje odstupanja između država članica a koja znatno otežavaju ostvarivanje osnovnih prava u okviru zdravstvene zaštite.<sup>70</sup> Upravo iz navedenih razloga, pripremljen je i prvi Prijedlog Uredbe o evropskom prostoru za zdravstvene podatke (2022), a čiji je cilj „ostvarenje snažnije evropske zdravstvene unije, provođenje evropskog stuba socijalnih prava, i poticanje usklađenosti sa drugim strategijama digitalizacije tržišta u EU“.<sup>71</sup> Prijedlogom Uredbe definiše se primarna i sekundarna upotreba tzv. osobnih i neosobnih elektronskih zdravstvenih podataka, ali i drugi pojmovi poput telemedicine, interoperabilnosti, elektronskih zdravstvenih zapisa itd<sup>72</sup>, a također se utvrđuju i kategorije osobnih elektronskih zdravstvenih podataka za primarnu uporabu.<sup>73</sup> Uredbom bi se uspostavila prekogranična unijska infrastruktura za primarnu uporabu elektronskih zdravstvenih podataka (Moje zdravlje@EU - MyHealth@EU), a uređuje se i pitanje međudjelovanja sistema elektronskih zdravstvenih zapisa i umjetne inteligencije, te druga relevantna pitanja za stabilnost ovakvog evropskog sistema e-zdravstva. U pogledu sekundarne upotrebe elektronskih zdravstvenih podataka, osnovala bi se prekogranična infrastruktura pod nazivom Zdravstveni podaci@EU (HealthData@EU).<sup>74</sup> Svrha predložene uredbe je svojevrsna nadogradnja na već postojeći sistem zaštite

66 E-Health, Guideline on the electronic exchange of health data under Cross-Border Directive 2011/24/EU Release 2 - Patient Summary for unscheduled care, 21.11.2016., dostupno na: <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5aeb6dc3a&appId=PPGMS>, pristupljeno: 20.09.2023.

67 Detaljniju analizu navedene Smjernice vidjeti u: Giorgia Bincoletto, „Data protection issues in cross-border interoperability of Electronic Health Record systems within the European Union“, *Data & Policy*, vol. 2 (2020), doi:10.1017/dap.2020.2, pristupljeno 20.09.2023.

68 E-Health, Guideline on the electronic exchange of health data under Cross-Border Directive 2011/24/EU ePrescription and eDispensation of Authorised Medicinal Products, 01.06.2022., dostupno na: [https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-06/health\\_health-data\\_electronic-exchange\\_eprescriptions-guidelines\\_en.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-06/health_health-data_electronic-exchange_eprescriptions-guidelines_en.pdf), pristupljeno: 20.09.2023.

69 Evropska Komisija, Prijedlog Uredbe Europskog Parlamenta i Vijeća o evropskom prostoru za zdravstvene podatke, 1.

70 Detaljnije u: Jonathan Olsson, Lynn De Smedt i Frederic De Wispelaere, *Data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU - Reference year 2021*, (European Commission, 2023), dostupno na: [https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-06/crossborder\\_2021\\_patient-healthcare\\_data\\_en.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-06/crossborder_2021_patient-healthcare_data_en.pdf), pristupljeno: 15.09.2023.

71 Evropska Komisija, Prijedlog Uredbe Europskog Parlamenta i Vijeća o evropskom prostoru za zdravstvene podatke, 7.

72 Član 2 Prijedloga Uredbe.

73 Prema članu 5 Prijedloga Uredbe, to se odnosi na: a) sažetke medicinskih podataka o pacijentu; b) elektronske recepte; c) elektronsko izdavanje lijeka; d) medicinske snimke i nalaze; e) laboratorijske nalaze; f) otpusna pisma.

74 Odjeljak 4 Prijedloga Uredbe.



ličnih podataka predviđenih Opštom Uredbom, ali sa naglaskom na specifične aspekte upotrebe zdravstvenih podataka, sa naglaskom na nadnacionalnu saradnju i interoperabilnost uspostavljenih struktura e-zdravstva država članica.

Pitanje zaštite ličnih podataka u Bosni i Hercegovini uređeno je Zakonom o zaštiti ličnih podataka BiH<sup>75</sup>, gdje se, jednako kao i u okviru Opšte Uredbe, zdravstveni podaci tretiraju kao posebna kategorija podataka čije je obrađivanje zabranjeno, osim u iznimnim slučajevima predviđenim članom 9 Zakona. Zakon ne predviđa definiciju pojma zdravstvenog podatka, a što je značajan nedostatak samog propisa, obzirom da se radi o posebnoj vrsti podataka koji uživaju dodatnu zaštitu. Definiciju pojma podatka u vezi sa zdravljem nalazimo u nekim entitetskim propisima<sup>76</sup>, međutim, iste nisu konceptualno usklađene sa definicijom prema Opštoj Uredbi. Uzevši u obzir prve korake koji su poduzeti u pravcu uvođenja e-zdravstva u Republici Srpskoj i pojedinim kantonima u FBiH, nužno bi bilo pravno normiranje osnovnih koncepata poput pojma podataka u vezi sa zdravljem u okviru Zakona o zaštiti ličnih podataka, te međusobno usklađivanje elektronske dokumentacije na kantonalnom i entitetskom nivou u svrhu većeg stepena interoperabilnosti samog sistema e-zdravstva.

## 6. ZAKLJUČAK

Zdravstveni sektor predstavlja krucijalni segment svakog društva, te je neophodno težiti stalnom unapređenju pružanja zdravstvenih usluga. Sistem e-zdravstva jedan je od načina na koji se to može postići, dok e-uprava predstavlja svojevrsnu platformu za razvoj e-zdravstva. Oba sistema trebaju biti osmišljena da sinergično djeluju za što je opet neophodano uspostaviti odgovarajuću tehnološku, institucionalnu i pravnu strukturu. Istraživanje je pokazalo da postoje značajna odstupanja u poredbenim pravnim sistemima na sva tri nivoa pomenute strukture koja odstupanja se mogu djelomično objasniti i stepenom razvijenosti privredno-pravnih sistema u pitanju, te različitim mogućnostima po pitanju raspoloživosti i dostupnosti javnih/privatnih resursa neophodnih za implementaciju i funkcionisanje e-uprave i e-zdravstva. Rješenje ovog problema trebalo bi se tražiti eventualno u racionalnijoj alokaciji kako ciljeva nosilaca ekonomske politike, tako i u ekonomičnijoj alokaciji javnih sredstava koji ciljevi i sredstva bi bili usmjereni na dinamičan razvoj e-uprave i e-zdravstva u svrhu preveniranja, dijagnosticiranja, tretiranja i liječenja bolesti.

75 Zakon zaštititi ličnih podataka, («Službeni glasnik BiH», br. 49/2006, 76/2011 i 89/2011 - ispr.)

76 U RS, prema članu 10 Zakona o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva («Službeni glasnik Republike Srpske», br. 57/2022) definišu se pojmovi medicinskog podatka (medicinski podatak je podatak o fizičkom ili mentalnom zdravlju fizičkog lica, kao i o pruženim zdravstvenim uslugama fizičkom licu), zdravstvenog podatka (zdravstveni podatak je podatak o činjenicama nastalim u procesu obezbjeđivanja zdravstvene zaštite ili pružanja zdravstvene usluge koje se ne odnose direktno na fizičko lice), zdravstvene informacije (nastaje obradom zdravstvenih podataka sa svrhom njezine dalje upotrebe). U FBiH, prema članu 27 Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata («Službene novine Federacije BiH», broj 40/10), „podaci iz medicinske dokumentacije spadaju u lične podatke o pacijentu i predstavljaju službenu tajnu. U lične podatke iz stava 1. ovog člana, spadaju svi identifikacijski i identifikirajući podaci o njegovom zdravstvenom i medicinskom stanju, dijagnozi, prognozi i liječenju, te podaci o ljudskim supstancama na osnovu kojih se može utvrditi identitet lica, kao i doznake za bolovanje koje se uručuju poslodavcu u zatvorenoj koverti.“

Obzirom na naglašen značaj pitanja zaštite ličnih podataka u kontekstu razvoja e-zdravstva, fragmentalno rješavanje pojedinih pravnih pitanja prije svega u kontekstu prekograničnog ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu otežava obezbjeđenje dovoljnog stepena pravne sigurnosti u ostvarivanju zdravstvene njege na nacionalnom i unijskom nivou. Moguće rješenje koje se razmatra u Evropskoj uniji predstavljeno je u vidu Prijedloga Uredbe o evropskom prostoru za zdravstvene podatke, čime bi se na jedinstven način uredilo pitanje zaštite zdravstvenih podataka u okviru sistema e-zdravstva država članica, uz osnivanje prekogranične infrastrukture čime bi se pojačao i nadzor nad protokom informacija, i ostvario viši stepen standardizacije zdravstvene dokumentacije (e-zdravstveni kartoni, e-recepti itd.). Prvi koraci ka uspostavljanju sistema e-zdravstva poduzeti su i u Bosni i Hercegovini, međutim, vidljiv je neusklađen pristup na nivou entiteta, kao i između kantona u FBiH, a što će potencijalno otežati interoperabilnost e-zdravstva unutar države i u prekograničnim slučajevima.

## LITERATURA I IZVORI:

1. Alberti, Valentina, et al., A Europe fit for the digital age — Tracking Europeans' Interest in EC Priorities Using Online Search Data, (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022), <https://data.europa.eu/doi/10.2760/478863>, pristupljeno: 25.09.2023.
2. Baeten, Rita, "Healthcare regulation: an obstacle to cross-border trade in services? On the muffled application of the EU Single Market Strategy and CETA", u *Social Policy in the European Union: State of play*, ured. Vanhercke B., Sebastiano S., Bouget D., European Trade Union Institute and European Social Observatory, 2017.
3. Callens, Stefaan, Kim Cierkens, "Legal aspects of E-HEALTH", *Studies in Health Technology and Informatics*, Volume 141: Collaborative Patient Centred eHealth (2008), 48, doi:10.3233/978-1-58603-922-6-47, pristupljeno: 05.09.2023.
4. Commission of the European Communities, eEurope 2002 An Information Society For All, Brussels, 24.5.2000 COM (2000) 330 final,
5. Commission of the European Communities, e-Health - making healthcare better for European citizens: An action plan for a European e-Health Area, Brussels, 30.4.2004., COM (2004) 356 final
6. Developing a Successful e-Government, [https://faculty.kfupm.edu.sa/ARCH/Rabee/publications\\_files/03Reffat\\_eGov.pdf](https://faculty.kfupm.edu.sa/ARCH/Rabee/publications_files/03Reffat_eGov.pdf), pristupljeno 23.07.2023.
7. Diligenski Andrej, Dragan Prija i Dražen Cerović, *Pravo zaštite podataka*, (*Data Protection Law*) Beograd: Institut za uporedno pravo, 2018.
8. Đerđa, Dario i Ana Jerčinović, „Upravni postupak u pravu Europske unije: kodifikacijski izazovi“ („Administrative procedure in European union Law codification challenges“) u *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, ured. Vesna Burić Punda, 94-97. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2020.
9. E-Health, *Guideline on the electronic exchange of health data under Cross-Border Directive 2011/24/EU Release 2 - Patient Summary for unscheduled care*, 21.11.2016., dostupno

- na: <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5aeb6dc3a&appId=PPGMS> , pristupljeno: 20.09.2023.
10. E-Health, *Guideline on the electronic exchange of health data under Cross-Border Directive 2011/24/EU ePrescription and eDispensation of Authorised Medicinal Products*, 01.06.2022., dostupno na: [https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-06/ehealth\\_health\\_data\\_electronic-exchange\\_eprescriptions-guidelines\\_en.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-06/ehealth_health_data_electronic-exchange_eprescriptions-guidelines_en.pdf) , pristupljeno: 20.09.2023.
  11. Eike-Henner W. Kluge, "The Ethical and Legal Challenges of E-Health", *Health Management*, Vol. 13, Issue 1 (2011).
  12. European Commission, Accelerating the Development of the eHealth Market in Europe, (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007), 10. [https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?action=display&doc\\_id=412](https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?action=display&doc_id=412) , pristupljeno, 1. oktobar 2023. godine.
  13. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market; empowering citizens and building a healthier society, COM/2018/233 final
  14. European Commission, *Guidelines on minimum/nonexhaustive patient summary dataset for electronic exchange in accordance with the Cross-border Directive 2011/24/EU*, e-Health Network, 19 November 2013.
  15. Giorgia Bincoletto, „Data protection issues in cross-border interoperability of Electronic Health Record systems within the European Union“, *Data & Policy*, vol 2 (2020), doi:10.1017/dap.2020.2, pristupljeno 20.09.2023.
  16. Jashari, Murat, Islam Pepaj, „The Role of the Principle of Transparency and Accountability in Public Administration“, *ACTA UNIVERSITATIS DANUBIUS*, 10, 1 (2018): 61-69.
  17. Kiseleva Anastasiya, Dimitris Kotzinos i Paul De Hert, "Transparency of AI in Healthcare as a Multilayered System of Accountabilities: Between Legal Requirements and Technical Limitations". *Frontiers in Artificial Intelligence*, 5 (2022). <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2022.879603/full> , pristupljeno 10. septembra 2023., 4.
  18. Meškić, Zlatan i Darko Samardžić, *Pravo Evropske unije I (European Union Law I)*, Sarajevo: TDP, 2012.
  19. Michele Domenichiello, "State of The Art in Adoption of E-Health Services in Italy in The Context of European Union E-Government Strategies", *Procedia Economics and Finance*, Vol. 23, (2015): 1110-1118.
  20. Olsson, Jonathan, Lynn De Smedt i Frederic De Wispelaere, *Data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU - Reference year 2021*, European Commission, 2023, dostupno na: [https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-06/crossborder\\_2021\\_patient-healthcare\\_data\\_en.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-06/crossborder_2021_patient-healthcare_data_en.pdf) , pristupljeno: 15.09.2023.
  21. UN E-government knowledge base, <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Overview> , pristupljeno 10.jula 2023
  22. UN, Generalna skupština, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 15.
  23. WHO, *Legal frameworks for eHealth: based on the findings of the second global survey on eHealth*. Global Observatory for eHealth series, vol. 5 , Geneva: World Health Organiza-

- tion; 2012. [http://www.who.int/goe/publications/ehealth\\_series\\_vol5/en](http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol5/en)WHO pristupljeno, 1. oktobar 2023. godine.
24. WHO, Resolution 58.28. – E-health, The Fifty-eighth World Health Assembly, 2005.
  25. WHO, Resolution 71.7 – Digital Health, The Seventy-one World Health Assembly, 2018
  26. WHO, *WHO guideline - Recommendations on digital interventions for health system strengthening*, 2019, Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO

## PERSPECTIVES OF E-HEALTH DEVELOPMENT IN THE CONTEXT OF E-GOVERNANCE

Aida Mulalic<sup>77</sup>  
Ivana Grubešić<sup>78</sup>

**Abstract:** *The development of information technologies (IT) has inevitably affected the domain of public administration, and within it, the domain of public health, and accordingly the concepts of digital or e-governance and e-health have arisen. E-governance is the infrastructure that is built to transform the execution of public administration competence, the direct effects of which are reflected in the cost efficiency of public administration tasks, significant savings in the areas of representation, collection of public revenues, and stronger connection between public administration and citizens. E-health in the public sector primarily includes the use of IT in the context of more efficient, better quality and more comprehensive delivery of health services, reforming the relationship with end users of health services.*

*In addition to the advantages that e-government and e-health systems undeniably bring, there are also certain challenges of a technical, economic, legal and social nature that the implementation of such systems faces. The issues of data exchange, protection of personal data, and availability of services within e-health and standardization of services are just some of the aspects that must be taken into account when analyzing the benefits and drawbacks of the use of information technologies in these domains.*

*The paper will describe the fundamental characteristics of the aforementioned e-government systems and institutes in connection with the functioning of health care systems implementing information technologies by using the descriptive method. The comparative method will be used in order to compare legal solutions in the field of e-health regionally (with an emphasis on European Union law) and internationally. Analyzing the legal regulation in this way, the authors will try to draw conclusions that would facilitate finding appropriate legal solutions in Bosnia and Herzegovina with reference to the existing principles contained in the positive legal framework.*

**Key-words:** *e-governance, e-health, health services, health protection, personal data, availability*

77 Associate professor at the Faculty of Law of the University of Zenica, aida.mulalic@unze.ba

78 Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Zenica, ivana.grubestic@unze.ba

CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна и универзитетска библиотека  
Републике Српске, Бања Лука

34"20"(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Изазови и перспективе развоја  
правних система у XXI вијеку" (3 ; 2023 ; Бања Лука)

Зборник радова. [1] / Међународни научни скуп "Изазови  
и перспективе развоја правних система у XXI вијеку", Бања  
Лука, 2023. = Zbornik radova / Međunarodni naučni skup "Izazovi  
i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku", Banja Luka,  
2023. = Conference proceedings / International scientific conference  
"Challenges and perspectives of the development of legal systems in  
the XXI century" ; [главни и одговорни уредник Жељко Мирјанић  
; уредници Игор Милинковић, Бојан Влашки, Мирјана Мишкић].  
- Бања Лука : Правни факултет = Faculty of law, 2023 (Бања Лука  
: Графид). - 389 стр. ; 23 см. - (Изазови и перспективе развоја  
правних система у XXI вијеку, ISSN 2831-1310)

На врху насл. стр.: Универзитет у Бањој Луци = University of Banja  
Luka. - На насл. стр.: Година 3, број 3. - Радови на срп. и енгл.  
језику. - Текст ћир. и лат. - Тираж 100. - Предговор: стр. 11-13. -  
Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-99976-54-18-2

COBISS.RS-ID 139577857