

Правни факултет
Универзитета у Нишу

**“ОДГОВОРНОСТ У ПРАВНОМ И
ДРУШТВЕНОМ КОНТЕКСТУ”**

Зборник радова са
Међународне научне конференције
18. септембар 2020. године, Ниш, Србија

**“THE LEGAL AND SOCIAL CONTEXT
OF RESPONSIBILITY”**

Collection of papers from the
International Scientific Conference
Held on September 18, 2020, Niš, Serbia

Ниш, 2021.

Међународна научна конференција
“ОДГОВОРНОСТ У ПРАВНОМ И ДРУШТВЕНОМ КОНТЕКСТУ”

Зборник радова

International Scientific Conference
“THE LEGAL AND SOCIAL CONTEXT OF RESPONSIBILITY”

Collection of papers

Издавач / Publisher

Правни факултет Универзитета у Нишу
Faculty of Law, University of Niš

За издавача / For the Publisher

Проф. др Горан Обрадовић, декан
Prof. Goran Obradović, LL.D., Dean

Организатор Конференције / Conference organizer

Центар за правна и друштвена истраживања
The Center for Legal and Social Research

Уредници Конференције / Editors-in Chief

Проф. др Горан Обрадовић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу
Доц. др Анђелија Тасић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу
Prof. Goran Obradović, LL.D., Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Doc. Anđelija Tasić, LL.D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

Рецензенти / Reviewers

Проф. др Горан Марковић, ванредни професор, Правни факултет, Универзитет у
Источном Сарајеву, Република Српска, Босна и Херцеговина
Проф. др Лазар Јовевски, ванредни професор, Правни факултет „Јустинијан Први”,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј”, Скопље, Република Северна Македонија
Доц. др Милица Шутова, доцент, Правни факултет, Универзитет „Гоце Делчев”,
Штип, Република Северна Македонија

Технички уредник / Desktop Publishing: Владимир Благојевић

Превод резимеа / Proofreading: Гордана Игњатовић

Корице / Cover: Владимир Благојевић

Штампа / Print: Медивест Ниш

Тираж / Circulation: 100

ISBN: 978-86-7148-275-2

Штампање овог Зборника је финансијски помогло Министарство науке, просвете и
технолошког развоја Републике Србије.

САДРЖАЈ / CONTENTS

Реч уредника.....	7
-------------------	---

ОДЕЉАК I / SECTION I

Дејан Мировић,

THE BRUSSELS AGREEMENT, REPUBLIC OF SERBIA, AND THE EU	11
БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ, РЕПУБЛИКА СРБИЈА И ЕУ	21

Наташа Стојановић,

О ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНОМ ПРИСТУПУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОЧУВАЊУ И ЗАШТИТИ БИОЛОШКЕ РАЗНОВРСНОСТИ.....	23
ON THE EUROPEAN UNION'S SOCIALLY RESPONSIBLE APPROACH TO THE PRESERVATION AND PROTECTION OF BIODIVERSITY	46

Енис Омеровић,

ОБАВЕЗЕ ERGA OMNES (PER SE) I ERGA OMNES PARTES	47
OBLIGATIONS ERGA OMNES PER SE AND ERGA OMNES PARTES.....	78

Ђорђе Марковић,

НЕПОСРЕДНО ВРШЕЊЕ СУВЕРЕНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ПРАВО И ОДГОВОРНОСТ	79
DIRECT EXERCISE OF SOVEREIGNTY IN THE REPUBLIC OF SERBIA – LAW AND RESPONSIBILITY	101

Сedad Dedić,

УСТАВНО ОГРАНИЧЕЊЕ ЗАДУЖЕЊА ДРЖАВЕ КАО ПРИМЈЕР ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНЕ НОРМЕ	103
CONSTITUTIONAL LIMITATION ON STATE BORROWING AS AN EXAMPLE OF THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF A LEGAL NORM	121

Александра Митровић,

СОЦИОЛОГИЈА ПРАВА КАО ПРЕУСЛОВ ЗА СОЦИЈАЛНУ ОДГОВОРНОСТ У ПРАВОУ	
--	--

INTERPRETATION OF LAW	123
СОЦИОЛОГИЈА ПРАВА КАО ПРЕТПОСТАВКА ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ У ИНТЕРПРЕТАЦИЈИ ПРАВА.....	136

ОДЕЉАК II / SECTION II

Sedad Dedić,

Ajdin Huseinspahić,

DRUŠTVENA I PРАВNA ODGOVORNOST U VRŠENJU UPRAVNE VLASTI	139
SOCIAL AND LEGAL RESPONSIBILITY IN THE REALIZATION OF ADMINISTRATIVE AUTHORITY.....	165

Милош Прица,

ПРАВНИ ОСНОВ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ ПРОУЗРОКОВАНУ ДОПУШТЕНИМ ПОСТУПАЊЕМ ДРЖАВНИХ ОРГАНА И СЛУЖБЕНИКА.....	167
THE LEGAL BASIS OF STATE LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY LAWFUL ACTIONS OF STATE AUTHORITIES AND OFFICIALS.....	207

Дејан Vučetić,

ACCOUNTABILITY OF LOCAL ADMINISTRATION PERSONNEL IN SERBIA IN THE CONTEXT OF GOOD GOVERNANCE PRINCIPLES.....	209
ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У КОНТЕКСТУ ПРИНЦИПА ДОБРОГ УПРАВЉАЊА.....	227

Милан Пилиповић,

(НЕ)ОДГОВОРНОСТ НЕПОСРЕДНО ИЗАБРАНИХ НОСИЛАЦА ДРЖАВНИХ ФУНКЦИЈА	229
(IN)RESPONSIBILITY OF DIRECTLY ELECTED HOLDERS OF STATE FUNCTIONS.....	255

Јована Петровић,

Мирјана Иваз,

СПЕЦИФИЧНОСТИ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА	257
SPECIFICS OF DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF CIVIL SERVANTS.....	270

ОДЕЉАК III / SECTION III

Ангел Ристов,

ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА ИЛИ „ТИХА“ НАЦИОНАЛИЗАЦИЈА У МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ	273
EXPROPRIATION OR „QUIET“ NATIONALIZATION IN THE MACEDONIAN LAW..	286

Милена Јовановић Zattila,

Ромина Штаба,

УТИЦАЈ ПАНДЕМИЈЕ ВИРУСА COVID-19 НА ОСЛОБОЂЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ У УГОВОРНИМ ОДНОСИМА	287
THE INFLUENCE OF COVID-19 VIRUS PANDEMIC ON EXCULPATION OF LIABILITY FOR DAMAGE IN CONTRACTUAL RELATIONS	312

Mustafa Yasan,

THE MINIMUM PAYMENT OBLIGATION UNDERTAKEN BY BANKS FOR NON- REFUNDABLE CHECKS IN TURKISH LAW: AN EXAMINATION IN TERMS OF DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA	315
OBAVEZA ISPLATE MINIMALNOG IZNOSA KOJU BANKE PREUZIMAJU ZA ČEKOVE BEZ POKRIĆA U TURSКОM ZAKONODAVSTVU: DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA	329

Borjana Miković,

STARATELJSKA ZAŠTITA OSOBA KOJIMA JE ODUZETA ILI OGRANIČENA POSLOVNA SPOSOBNOST S POSEBNIM OSVRTIMA NA NJIHOV STATUS U PORODIČNIM ODNOSIMA I KRŠENJE OSNOVNIH LJUDSKIH PRAVA.....	331
GUARDIANSHIP OF ADULTS WITHOUT CONTRACTUAL CAPACITY OR WITH LIMITED CAPACITY, WITH REFERENCE TO THEIR STATUS IN FAMILY RELATIONS AND THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS”.....	348

Anton Petričević,

PALLIATIVE CARE IN THE REPUBLIC OF CROATIA: CURRENT SITUATION, PROBLEMS AND PERSPECTIVES	349
PALIJATIVNA SKRB U REPUBLICI HRVATSKOJ: SADAŠNJE STANJE, PROBLEMI I PERSPEKTIVE	363

ОДЕЉАК IV / SECTION IV

Драган Јовашевић,

КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	367
CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA.....	387

Мирјана Ђукић,

ПОЛОЖАЈ ОКРИВЉЕНОГ САРАДНИКА У РЕФОРМИСАНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	389
THE POSITION OF THE ACCUSED ACCOMPLICE IN THE REFORMED CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE REPUBLIC OF SERBIA	405

Душица Миладиновић-Стефановић,

ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ – АНАЛИЗА НОВИХ РЕШЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ	407
SENTENCING: THE ANALYSIS OF NEW LEGAL SOLUTIONS IN SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION	425

Зоран Ђирић,

ОДГОВОРНОСТ КАО ЈЕДНА ОД ПРЕТПОСТАВКИ ЗА КВАЛИТЕТ СУДСКО- ПСИХИЈАТРИЈСКИХ ВЕШТАЧЕЊА	427
LIABILITY AS A PREREQUISITE FOR THE QUALITY OF FORENSIC PSYCHIATRIC EXAMINATIONS.....	442

Реч уредника Међународне научне конференције „Одговорност у правном и друштвеном контексту”

Међународна научна конференција „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ одржана је на Правном факултету Универзитета у Нишу 18. септембра 2020. године. Тренутак у коме је тема одређена потпуно се разликовао од тренутка у коме је конференција одржана. Традиционално значење термина „одговорност” и „одговорно понашање” добило је сасвим другачији смисао у условима изазваним пандемијом вируса COVID-19.

Одговорним понашањем сматрамо и чињеницу да је скоро сто учесника из Србије, Бугарске, Румуније, Северне Македоније, Хрватске, Босне и Херцеговине и Чешке прихватило померање термина конференције и прелазака на online начин одржавања. Научно одговорни приступ огледа се и у чињеници да су аутори конференције прилагодили теме новој реалности и своја истраживања усмерили ка променама традиционалних правних односа и инстутута у измењеној стварности.

Тематски Зборник радова подељен је на неколико целина, имајући у виду хетерогеност пријављених радова. Међународни карактер конференције огледао се и у већем броју светских језика на којима су радови презентовани, те је та структура задржана и у овом Зборнику.

Пажња коју је конференција изазвала, као и позитивне критике које је добила, доказ су високог научног нивоа који је Конференција достигла. Један број радова објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Нишу, док су остали, након поступка рецензирања, учињени доступним широј научној и стручној јавности путем ове публикације. Надамо се да ће објављени радови представљати повод за продубљену и свеобухватну полемику на изнете хипотезе и закључке.

У Нишу, јануара 2021.

Уредници Конференције

Проф. др Горан Обрадовић

Доц. др Анђелија Тасић

ОДЕЉАК I / SECTION I

THE BRUSSELS AGREEMENT, REPUBLIC OF SERBIA, AND THE EU

Abstract: *By signing the Brussels Agreement, or the First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations between Belgrade and Priština, concluded in April 2013, the Republic of Serbia committed itself to making numerous unilateral concessions to the separatist authorities in Priština and the EU, even though the principle of reciprocity is one of the fundamental principles of public international law. Thus, the Republic of Serbia unilaterally abolished the Serbian judiciary, Ministry of Interior, Civil Protection and local authorities, and allowed for the application of the IBM (Integrated Border Management) Agreement on border crossings in the north of Kosovo and Metohija, at crossing points Jarinje and Brnjak. On the other hand, the Association of Serb-majority Municipalities has never been established. In this way, the Constitution of the Republic of Serbia was not only flagrantly violated but it was also rendered ineffective because, as argued by the great German jurist Carl Schmitt, a constitution is either binding or non-existent. The Brussels Agreement has also infringed upon the internal and international sovereignty of the Republic of Serbia because a state does not only have its internal sovereignty, or the highest authority in its territory, but it also has international sovereignty in its relations with other states and international organizations. By means of Article 14 of the Brussels Agreement, Serbia committed itself not to "prevent" so-called Kosovo from becoming a member of the EU. According to the Treaty of Lisbon as the highest legal document of the EU, only states can be members of this international organization. Schmitt also points out that a true "national interest" lies in the preservation of constitution as the highest legal document. For this reason, it would be possible to argue that, in concluding the Brussels Agreement, what prevailed was a sui generis "national interest" which, to the signatories of this agreement in Belgrade, was above the Con-*

¹dejan.mirovic@pr.ac.rs

stitution, the UN Security Council Resolution 1244 (1999), and territorial integrity and unity of governance in the entire territory. To the signatories of the Brussels Agreement, this, conditionally speaking, “national interest” lay in the accession of the Republic of Serbia to the EU at any cost. A legal analysis of negotiations between Belgrade and the EU, the dynamics of opening chapters, and the participation of EU representatives in initiating and negotiating the Brussels Agreement, as well as in implementing additional agreements, are clear evidence in support of this position. In this way, the signatories of the Brussels Agreement placed the EU regional law above the internal and universal international law.

Keywords: *Republic of Serbia, EU, Brussels Agreement, sovereignty, national interest, public international law*

1. Introduction: national interest, secession and reciprocity in public international law, and the Brussels Agreement

Niccolò Machiavelli, Secretary of the Second Chancery of the Florentine Republic and author of *The Prince* (1513), was the first modern scholar to define the doctrine of national interest. According to Radomir Lukić, a well-known professor of the Faculty of Law in Belgrade, Machiavelli’s doctrine of national interest can be defined in the following manner: “The scruples that prevent an honorable man from using severe measures must not prevent a statesman: his actions are judged by the success they achieve for the benefit of the country, and not by moral scruples. This applies to a republic just as it applies to a monarchy. Such measures, at certain moments, demand the undertaking of illegal actions” (Лукић, 1964: 249, 267). Lukić states that, from the time of religious wars and up to the 20th fascist Italy, Machiavelli’s national interest influenced rulers and thinkers throughout Europe, including Catherine Medici as France’s queen at the time of Saint Bartholomew’s Day massacre, Jean-Jacques Rousseau who argued that Machiavelli “[had] taught peoples” to fight for the unification of Italy, and fascist dictator Mussolini. Andrew Vincent, professor at the University of Sheffield, believes that Machiavelli also influenced Cardinal Richelieu and notes similarities between the doctrines of sovereignty, divine right or natural right, on the one hand, and national interest, on the other: “Higher morality and the rule of the state demand unusual actions against deeds of treachery. Richelieu suggests circumventing the normal course of action in such cases... within absolutism, the national interest gave the state a transcendental glow which was occasionally full of stains but never actually faded. The continuity and survival of the state is shrouded in the holiness of mysticism” (Винсент, 2009: 89-92).

In contemporary international relations, national interest is used for justifying illegal actions, especially those undertaken by the United States of America. The best known example is certainly the 2003 aggression against Iraq, which was justified as “preventive self-defense”, caused by the alleged existence of a biological weapon that was meant to be used against the USA. In reality, it was an untruth that was supposed to justify aggression against Iraq, which was not in accordance with the UN Charter (Mintz, 2010: 85-96).

In internal law, the national interest in contemporary Serbia has most often been connected with the illegal 2001 extradition of the former President of the Federal Republic of Yugoslavia to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, and also with the Brussels Agreement of 2013. In both cases, the national interest (i.e. membership in the EU) was used as justification for the violation of the constitution and law (Мировић, 2019: 85-96).

On the other hand, the right to secession, which is also connected with the Brussels Agreement, is historically linked to the doctrine of nationality from Article 3 of the 1789 Declaration of the Rights of Man and the Citizen. Jurist Vladimir Leposavić points out that it was abused by the revolutionary authorities in Paris for the purpose of fragmenting other countries: “Thus, the doctrine of nationality itself was in practice applied as a means for justifying the French annexation of particular territories (Alsace, Avignon). What is more, the plebiscites held for that purpose were seen as valid only if voting results were to the advantage of France” (Лепосавић, 2013: 77). One of the first Serbian jurists to obtain a PhD degree in France, Mihailo Ilić, states that France began to apply the doctrine of nationality in foreign policy as well (Илић, 1996: 39).

The doctrine of nationality got its worst form in 1938 when, by means of the Munich Agreement, Hitler and the Western powers fragmented Czechoslovakia, placing the right of the German minority in Sudetenland above the Treaty of Versailles and the principle of territorial integrity. A similar thing could be said of the EU’s behavior in relation to the 2008 recognition of the so-called Kosovo.

After the adoption of the UN Charter in 1945 (under the influence of the Socialist Bloc), secession or external self-determination are connected with decolonization. However, after the fall of the Berlin Wall, the Western interpretation of secession again becomes dominant. The principle *uti possidetis* was used by the EU in relation to the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), Czechoslovakia, and the USSR. However, even that principle was rejected by the EU in the case of Kosovo and Metohija in 2008, when over two thirds of members of that organization recognized the independence of the so-called Kosovo.

Also, according to academician Bartoš, international agreements can be divided into equal and unequal, or into fair and unfair agreements (Бартош, 1986: 192). For extreme cases of such agreements, the expression *unilateral agreements* is used because, in such agreements, one of the basic principles of international law, the principle of reciprocity, is not applied. In the Brussels Agreement and its additional 2013–2017 agreements, there is no reciprocity because the provisions on the Association of Serb-majority Municipalities are non-binding, given that there are no deadlines in these provisions as is the case with other legally binding parts of the Brussels Agreement.

2. Article 14 of the Brussels Agreement and the Treaty of Lisbon

A notable French jurist, Le Fur, argues that the subjects of international law in the period between two world wars were as follows: states, the League of Nations, Holy See, and international commissions. In his opinion, states are “the most important persons in international law” (Ле Фир, 2010: 70). After the foundation of the League of Nations as a new universal kind of organization in international law (Brierly, 1942: 77) and particularly after establishing the United Nations in 1945, a new division was adopted, classifying entities into states and international organizations (Кривокапић, 2016:255; Крећа, 2012:121; Аврамов, Крећа, 2008:79).

Such a division implies that only internationally recognized states can establish an international organization (*ex nihilo nihil fit*). The history of the EU’s formation clearly shows this principle. All six founders of the European Economic Community in 1957 were states (West Germany, Italy, France, and the Benelux countries). The same principle was applied several years later, when the European Coal and Steel Community and the European Atomic Energy Community were founded. With regard to this, EU historian Desmond Dinan writes: “Negotiations between the representatives of France, Germany, Italy, and the Benelux countries began in June 1950 in order to clarify Schuman’s plan and establish what was to become the European Coal and Steel Community”. (Динан, 2010: 55). So, no unrecognized entities or protectorates (like the Saar region) participated in negotiations and preparatory works, but only states.

The first wave of EU enlargement in the 1970s leads to the same conclusion because it included states only (Great Britain, Ireland, and Denmark). The second wave in the 1980s brought membership to three Mediterranean states (Greece, Spain, and Portugal). The third wave in the 1990s brought membership to Austria, Sweden, and Finland. Finally, in the early years of the 21st century, the EU granted membership to the former socialist states from the Baltic to the Black Sea (the Baltic states, Poland, the Czech Republic, Slovakia, Hungary, Croatia,

Romania, and Bulgaria) and two Mediterranean states (Malta and Cyprus). It is especially important to emphasize that Cyprus officially became an EU member as a whole state although, in practice, it is divided into two parts, i.e. the territory controlled by the central authorities and the secessionist part of the island recognized solely by Turkey. Thus, the history of the EU shows that, in the six decades of its existence, EU membership was never granted to an unrecognized region or a secessionist entity.

Moreover, the Treaty of Lisbon as the highest legal act of the EU, which came into effect in 2009, provides that only states can be members of the EU. In the first part of the Treaty of Lisbon, titled "The Treaty on European Union", Article 1 stipulates that the EU consists of "member states which entrust their competences for the purpose of accomplishing common goals". The term "member state" is also mentioned in Articles 2-7, 9-10, 13-17, 19-20, 24-32, and 34-35. Article 37 stipulates that the EU will conclude agreements only with "states" or international organizations when it comes to foreign policy and security. So, not only does the EU consist of states but it can also conclude agreements solely with other states or international organizations. The term "member state" is also found in Articles 39, 41-42, 44-46, 48, and 50 of the Treaty on European Union. Article 50 stipulates that only a "state" can submit a request to the EU Council. Article 52 enumerates all the member states that the Treaty of Lisbon will be applied to. Finally, Article 55 (the last article in the Treaty) specifies that the Treaty of Lisbon "has been translated into all other languages of the member states".

Therefore, out of the total of 57 articles of the Treaty on European Union, the term "member state" is mentioned in about 60 percent of the articles. Taking this legal fact into account, when we apply the exegetical method for the interpretation of international agreements as "beginning with the very text of the agreement as the basis" (Бартош, 1986: 341), it becomes more than clear that the EU consists of member states or that only states can be members of the EU. The so-called Kosovo does not fall into these categories, as it is inferred from the first part of the Treaty on European Union (Treaty of Lisbon).

The same conclusion is reached when the exegetical method for the interpretation of international agreements is applied to the second part of the Treaty of Lisbon or Treaty on the Functioning of the European Union. It also contains many mentions of the term "member state". Of particular importance is the fact that Article 218 of the Treaty on the Functioning of the European Union stipulates that the EU concludes "agreements on association" or negotiates with "third states or international organizations". So, the Treaty of Lisbon as the highest act of the EU prescribes without exceptions that only states can be members of the

EU and that the EU can conclude agreements and negotiate about association agreements only with states and international organizations.

On the other hand, Article 14 of the Brussels Agreement specifies the following: “It is agreed that neither side will block, or encourage others to block, the other’s side progress in their respective EU paths”. When the exegetical method for the interpretation of international agreements is applied to the first part of Article 14, it can be argued that the Republic of Serbia as an UN member and an internationally recognized state is equaled with the secessionist and unrecognized entity of Kosovo. More accurately, Serbian synonyms for the word “sides” are: the border line of an area, a bordering line, the end or territory of a state, a collective. So, the exegetical interpretation shows that two different territories separated by a border line have reached an agreement or accord in Article 14 of the Brussels Agreement.

In the second part of Article 14, it is stipulated that “neither side will block the other side’s progress in their respective EU paths”. When the historical method or “the general conditions and circumstances existing at the time of or prior to the conclusion of the agreement” (Бартош, 1986: 352) are applied to the second part of Article 14 of the Brussels Agreement, it may be concluded that Serbia committed itself not to encourage the EU members states (Spain, Romania, Greece, Slovakia, and Cyprus) to maintain their decision not to recognize the so-called Kosovo as a state (or to block the secessionist entity in its “EU path”).

Also, if the teleological method is applied to Article 14 of the Brussels Agreement, or if we begin with the very purpose of this Article, then it becomes clear why it does not invoke the UN Security Council Resolution 1244, which guarantees five times in its text the territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia (the Republic of Serbia), and why the EU’s regional law was placed above the UN’s universal law. In more precise terms, the purpose of Article 14 of the Brussels Agreement was to treat the secessionist entity as a state and to hand external sovereignty over to Priština.

3. Seven basic authorities, sovereignty, and Articles 1-6, 7-9, 10-11, 13 of the Brussels Agreement

Jean Bodin, a French jurist, member of Parliament of Paris, and a representative of the Third Estate during the war between the Protestants and Catholics in the 16th century France, was the first to define the modern concept of sovereignty in his famous work *The Six Books of the Republic* (1567). All social communities depend on sovereign state authority and citizens are all those who are submitted to a single sovereign and his supreme authority. In that sense, sovereignty

is “the highest authority over subjects and citizens”, constant and permanent, the main content of which is “the power to make the law through one’s own will as bound by nothing” (Лукић,1964: 314-316). Bodin enumerates seven special authorities which make up the content of sovereignty:

1. The right to wage wars and conclude peace
2. The right to appoint civil servants
3. The right to supreme judicial power
4. The right to amnesty
5. The right to allegiance and obedience which the sovereign may extort by force
6. Therighttocoinmoney and to be the sole controller of economy
7. The right to prescribe taxes

On the other hand, Articles 1–6 of the Brussels Agreement prescribe that the Association of Serb-majority Municipalities will be established “in accordance with Kosovo law”. So, according to the “Bodin test”, it is clear that sovereignty in this area is handed over to Priština.

According to Articles 7-9, the Serbian Ministry of Interior and Civil Protection are abolished and replaced with secessionist Albanian police in the northern territory of Kosovo and Metohija. In other words, the secessionists are given the monopoly on violence or another symbol of sovereignty.

Article 10 prescribes the abolition of Serbian judiciary in Kosovo and Metohija and the establishment of “Kosovo legal framework” with the Appellate Court in Priština. Thus, another symbol of sovereignty, that is, the supreme judicial power is handed over to Priština.

Article 11 provides that the Serbian public administration and civil servants will be abolished and subordinated to the secessionist government in Priština. In effect, this entails the right to appoint civil servants, which Bodin refers to.

Article 13 provides the establishment of a single market for Telecommunications and Energy as controlled by the secessionists in Priština. This involves the complete control of economic space from Bodin’s definitions. Thus, by means of the Brussels Agreement, all the seven symbols of sovereignty (as defined by Bodin) were handed over to Priština.

Based on the illegal and unconstitutional provisions of the Brussels Agreement in the period 2013–2017, additional agreements were also concluded between Belgrade and Priština. Besides these agreements, we should also mention the

agreement of December 2012, by means of which the IBM (Integrated Border Management) Agreement of 2011 was applied in practice; the IBM Agreement (2011) was concluded by the previous government on border crossings in the north of Kosovo and Metohija (at the crossing points in Jarinje and Brnjak).

In this manner, the 2006 Constitution of the Republic of Serbia was not just flagrantly violated but it was also rendered ineffective because, according to the great German jurist Carl Schmitt, a constitution is either binding or non-existent (Бо, 2016:321-350). In addition, if we take into account the definitions of a coup showing that it is characterized by “unconstitutional actions of the head of state, individuals or groups from the higher state apparatus”, then it can be concluded that, by means of the Brussels Agreement, “a coup [was launched] from above”, as characterized by the fact that “the supreme holder of authority used undemocratic mechanisms to abolish the existing constitution” (Парезановић, 2013: 140-155). More precisely, the Brussels Agreement looks a lot like Aleksandar Obrenović’s proclamation of 9 May 1894, which rendered the 1888 Constitution ineffective. With regard to such behavior, the great Serbian jurist Slobodan Jovanović has no dilemma – it is a coup (Јовановић, 1935: 21-23).

4. Conclusion

The exegetical interpretation of international agreements, which is also provided for in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, clearly shows that Article 14 of the Brussels Agreement (2013) suspended the United Nations Security Council resolution 1244 (1999), which guarantees the external sovereignty of the Republic of Serbia. The historical and teleological interpretations show that, by means of Article 14 of the Brussels Agreement, Serbia *de facto* recognized Kosovo as a state, given that under the Treaty of Lisbon only states can be EU members. The analysis of the EU accession process of new members from the 1950s until today leads to the same conclusion.

By means of the Brussels Agreement, Serbia gave away to the secessionists all the symbols of sovereignty that were defined far back in the 16th century by Bodin. Serbia handed over all the seven basic authorities of sovereignty to the secessionists. Thus, the 2006 Constitution of the Republic of Serbia was rendered ineffective because, as argued by the great German jurist Carl Schmitt, a constitution is either binding or non-existent. That is why it can be argued that the Brussels Agreement has led to a coup in a similar way as it happened in the case of King Aleksandar Obrenović’s proclamation of 9 May 1894, which abolished the Constitution of 1888.

As in the case of the extradition of the former FRY President on 28 June 2001 (St. Vitus Day), this illegal and unconstitutional act, or the exclusion of Kosovo

and Metohija from the constitutional system of the Republic of Serbia, is justified by “the national interest”. That is EU membership, or the so-called opening of chapters in negotiations with the EU which has been underway since 2013. On the part of our government, it was (to the largest extent) connected with the European Commission’s recommendation to the European Council to commence accession negotiations with Serbia, which was submitted to the Council several days after the conclusion of the Brussels Agreement, on 22 April 2013. However, this justification cannot be accepted. Academician Kosta Čavoški defines national interest as “a genuine and unavoidable purpose imposed by so-called state necessity, where, for the survival of the very state or for the preservation and enlargement of its power, justice or some of its other values must be violated” (Чавошки, Васић: 132-133). In his analysis of Machiavelli’s national interest, prof. Radomir Lukić argues that it is used for the strengthening of a country, and also in emergency situations (Лукић, 1964: 238-266). Finally, Carl Schmitt points out that a true “national interest” is in the preservation of the constitution as the highest legal act (Бо, 2016: 321-350).

On the other hand, there was no state necessity, a threat to the state, or emergency circumstances to justify the conclusion of the Brussels Agreement. In 2013, there were no sanctions against Serbia. Quite the contrary, as early as 1 March 2012, Serbia had the status of a candidate for EU membership. Moreover, the Brussels Agreement was essentially the Ahtisaari Plan. The establishment of the Kosovo police, the Association of Serb-majority Municipalities, the Kosovo judiciary and electoral system are solutions from the Ahtisaari Plan, which Serbia rejected in 2007, together with Russia. Back then, the international circumstances for Serbia and its ally Russia were much worse than in 2013, when the Brussels Agreement was concluded.

For these reasons, it is possible to argue that the acceptance of the Brussels Agreement was an ideological act by means of which, as in the era of communism (Kelzen, 1955: 93), party interests were placed above the national interests and the Constitution. Only in this manner can we explain the fact that, in the period 2013–2020, Serbia incessantly made concessions to the secessionists and gave them additional authorities, while receiving nothing in return, not even the establishment of the Association of Serb-majority Municipalities or membership in the EU.

Literature

Аврамов, С., Крећа. М. (2009). *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд.

Бартош, М. (1986). *Међународно јавно право: уговорно право*, Службени гласник СФРЈ, Београд.

Brierly, J.L. (1942). *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Oxford University Press, London,

Бо, О. (2016). *Држава и њена власт*, Службени гласник, Правни факултет, Београд

Винсент, Е. (2009). *Теорија државе*, Службени гласник, Београд.

Динан, Д. (2010). *Мењање Европе - Историја Европске уније*, Службени гласник, Београд.

Илић, М. (1996). *Опита разматрања о Друштву народа и његовом праву*, Правни факултет, Београд.

Јовановић, С. (1935), *Влада Александра Обреновића*, Издавачако и књижарско предузеће Геце Кона, Београд.

Кривокапић, Б. (2017). *Међународно јавно право*, Пословни и правни факултет, Институт за упоредно право, Београд.

Крећа, М. (2012). *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд.

Kelzen, H. (1955). *The Communist Theory of Law*, Praeger, New York.

Лукић, Р. (1964). *Историја политичких и правних теорија: I књига од антике до почетка XVII века*, Научна књига, Београд.

Ле Фир, Л. (2010). *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд.

Лепосавић, В. (2013). *Сецесија пред вратима међународног права*, Матица српска-Друштво чланова у Црној Гори, Никшић.

Парезановић, М. (2013). *Политички преврат: савремени приступ*, Нова српска политичка мисао, Београд.

Mintz, A. (2010). *Understanding Foreign Policy Decision Making*, Cambridge University Press, New York,

Мировић, Д. (2019). *Бриселски споразум: хронологија и последице*, Catenamundi, Београд.

Чавошки, К., Васић Р. (2016). *Увод у право*, Правни факултет, Београд

Др Дејан Мировић,
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Приштини, са привременим
седиштем у Косовској Митровици

БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ, РЕПУБЛИКА СРБИЈА И ЕУ

Сажетак

Бриселским споразумом или Првим споразумом о нормализацији односа између Београда и Приштине закљученим у априлу 2013. године Република Србија се обавезала на бројне и једностране уступке сецесионистичкој власти у Приштини и ЕУ. Република Србија је једнострано укинула српско правосуђе, МУП, Цивилну заштиту и локалне органе власти, примењен је ИВМ споразум о граничним прелазима на северу КиМ (на прелазима Јариње и Брњак). Са друге стране, иако је начело реципроцитета једно од темеља међународног јавног права, никада није формирана Заједница српских општина. На овај начин није само грубо прекршен Устав Републике Србије; он је стављен и ван снаге јер, као што то наводи велики немачки правник Карл Шмит, устав обавезује или га нема. Бриселским споразумом је нарушен и међународни сувернитет Републике Србије јер држава нема само унутрашњу сувереност или највишу власт на својој територији, већ и међународну сувереност у односима према другим државама и међународним организацијама.

Чланом 14 Бриселског споразума Република Србија се обавезала да неће „ометати“ чланство такозваног Косова у ЕУ. Према Лисабонском уговору, као највишем правном акту ЕУ, само државе могу бити чланице ове међународне организације. Шмит истиче да је истински „државни разлог“ чување устава као највишег правног акта. У том контексту, може се тврдити да је у случају закључивања Бриселског споразума надвладао својеврстан „државни разлог“ који је за потписнике овог споразума у Београду био изнад Устава, Резолуције 1244 СБ УН, и територијалног интегритета и јединства власти на целој територији Републике Србије. Тај условно говорећи „државни разлог“ је за потписнике Бриселског споразума очигледно био чланство Републике Србије у ЕУ по сваку цену. Правна анализа преговора између Београда и ЕУ, динамика отварања поглавља и учешће представника ЕУ у парафирању и преговарању Бриселског споразума, као и у имплементацији допунских споразума, то показују. На тај начин, потписници Бриселског споразума су ставили регионално право ЕУ изнад унутрашњег и универзалног међународног права.

Кључне речи: Република Србија, ЕУ, Бриселски споразум, сувереност, државни разлог, међународно јавно право.

О ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНОМ ПРИСТУПУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОЧУВАЊУ И ЗАШТИТИ БИОЛОШКЕ РАЗНОВРСНОСТИ²

Апстракт: Читава међународна заједница се деценијама уназад сучава са губитком биодиверзитета, проузрокованим првенствено: променама у употреби земљишта и мора, директном и прекомерном експлоатацијом природних ресурса, климатским променама, загађењем и инвазивним врстама биљака и животиња. Европска унија, не само што је потписник и активна уговорна страна у реализацији циљева: Конвенције о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, Конвенције о очувању миграторних врста дивљих животиња, Конвенције о биолошкој разноврсности и Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, већ, у односу на остатак света, иде корак даље, усвајањем Европског зеленог договора, децембра 2019. године. Овај стратешки документ Европске уније, поред снажног заговарања идеја: о преласку на чисту, кружну економију, заустављање климатских промена и смањења загађења, посебну пажњу поклања очувању и заштити биолошке разноврсности на европском континенту. Тежња Европске уније да до 2050. године постане први климатски неутрални континент, на први поглед, имаће утицаја на спречавање даље деградације екосистема и шире биодиверзитета. У раду аутор, кроз призму Европског зеленог договора и Стратегије о биолошкој разноврсности, за период од 2020. до 2030. године, осветљава и анализира конкретне правне подухвате Европске уније који имају за циљ заустављање губитка биолошке разноврсности, и самим тим, продужење живота на планети Земљи, укључујући и опстанак људске врсте.

¹ natasa@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2020. године.

Кључне речи: *Европски зелени договор, Стратегија о биолошкој разноврсности, . до 2030. године, друштвено одговорно понашање.*

1. Уводне напомене

Сведоци смо времена да се планета Земља суочава са многобројним опасностима, проузрокованим природним катастрофама, али, много више, и деструктивним деловањем људског рода.

За дубоко размишљање и велику забринутост су подаци: да је глобална стопа изумирања врста данас неколико десетина до неколико стотина пута већа (у зависности од врсте, *примедба аутора*) од просечне стопе изумирања у протеклих 10 милиона година и притом се убрзава (IPBES, 2019: 14), да од 8 милиона врста на планети Земљи, један милион је пред изумирањем (IPBES, 2019: 15), а да се популација дивљих врста, само за последњих 40 година, смањила за 60% (WWF, 2018: 4).

Нарочиту забринутост изазивају доступни подаци који показују пад генетске разноврсности код дивљих врста за око 1%, по декади, од средине XIX века (IPBES, 2019: 16).

Ништа суморније не звуче чињенице да се 75% земљишта значајно променило, да 66% океана доживљава повећане кумулативне утицаје који штетно делују на ове водене површине, да је преко 85% мочвара нестало (IPBES, 2019: 4), а да је само 23% заштићених врста и 16% заштићених станишта у добром стању заштите (Bird Life International, 2019: 6).

Да стварност није тако оптимистична говоре и подаци: да је од 6.190 врста домаћих сисара који се користе за храну и у пољопривреди, 559 врста изумрло, а да је више од 1.000 врста угрожено, према проценама вршеним 2016. године (IPBES, 2019: 4).

Делују врло узнемирујуће и подаци који говоре о броју и интензитету поплава, суша, пожара, али и о порасту нивоа мора између 16 и 21 cm, у последњих 50 година, а у последње две деценије и више од 3 mm на годишњем нивоу (IPBES, 2019: 5).

Забрињава и чињеница да је скоро 1/5 планете Земље под великим утицајем инвазивних врста, које штете аутохтоним врстама, функцијама екосистема, али и здрављу људи, као и економији, а још више податак, да је од 1970. године до данас, број инвазивних врста на земљиној кугли порастао за читавих 70% (IPBES, 2019: 16)

Ништа мање не обесхрабрују подаци који се директно рефлектују на биолошку разноврсност: за протеклих 50 година, људска популација се удво-

стручила, глобална економија је увећана за четири пута, а међународна трговина порасла за десет пута (IPBES, 2019: 5–6). У прилог суморних показатеља који штете биодиверзитету свакако говори и више од 2.500 сукоба који се на планети Земљи воде најчешће због фосилних горива, воде, хране или земљишта (IPBES, 2019: 6 и 20).

Готово поражавајуће звуче и подаци који говоре о томе да су се, од 1980. године, емисије гасова стаклене баште удвостручиле, да је дошло до пораста просечне глобалне температуре за најмање 0.7 °C, и да се очекује њен пораст за више од 1.5 °C у наредне три деценије. У истој равни са овим подацима су и подаци да је загађење океана пластиком увећано за десет пута, да се 80% одпадних вода, на глобалном нивоу, враћа назад у екосистеме, без пречишћавања, да се 300 до 400 милиона тешких метала, растварача, отровног муља и другог отпада из индустријских постојења избацује у водене токове широм света и да је прекомерна примена ђубрива и пестицида у пољопривредној производњи (IPBES, 2019: 17).

У круг „непријатеља“ биолошке разноврсности свакако треба убројити и: пораст изградње путева, хидроелектрана, нафтовода, гасовода, урбаних насеља, као и драматично повећање транспорта људи и робе, и услуга у туризму (IPBES, 2019: 19). Ништа мању штету не изазивају ни субвенције које се обилато дају у сфери пољопривредне производње (IPBES, 2019: 21).

Поражавајуће звучи и податак да су напори Европске уније, учињени у последње две деценије, да се заустави губитак биолошке разноврсности на њеном простору, углавном остали без успеха и то највише због недостатка добре воље држава, чланица Европске уније да примене прописе којима се штити биодиверзитет.³

Европска комисија, дубоко свесна чињенице да је биолошка разноврсност у кризи, највише због погубног деловања људског рода,⁴ али и тога да су

³ Иако је, примера ради, Стратегијом о биолошкој разноврсности до 2020. године било предвиђено да се обнови најмање 15% деградираних екосистема, евалуација примене овог правног документа, показала је да није било много помака. Видети: European Commission, 2015: 5. Такође, процене у спровођењу ове Стратегије, извршене две године пре окончања њене примене, показују да до заустављања губитка биолошке разноврсности није дошло. Алармантно звучи податак да од шест постављених циљева Стратегијом, стање у пољопривреди и шумским системима је погоршано, а преостали циљеви бележе мали напредак. О разлозима за такво стање, видети код: BirdLife International, 2019: 7.

⁴ Процена је експерата да на биолошку разноврсност највећи утицај имају: прекомерно искоришћавање природних ресурса, претварање природних станишта у пољопривредна земљишта или урбана подручја, климатске промене, загађење, као и инвазивне врсте. Детаљно о томе, видети код: IPBES, 2019: 17.

губитак биолошке разноврсности и колапс екосистема међу највећим опасностима за човечанство и да могу врло негативно утицати на привредне токове, у наредних десет година (WEF, 2020: 11–12), припремила је и презентovala јавности: Европски зелени договор,⁵ крајем 2019. године и Стратегију о биолошкој разноврсности до 2030. године,⁶ маја месеца ове године.

Предмет наше пажње јесу управо решења Европског зеленог договора, посвећена обнови и очувању биолошке разноврсности, и Стратегије о биолошкој разноврсности до 2030. године, са циљем да се испита њихова практична применљивост, а посебно, колико она могу да допринесу да биодиверзитет крене пут опоравка, и у којој мери она могу да буду у служби коначних циљева – европски континет као климатски неутрални континет и обнова, уз одговарајућу заштиту, свих светских екосистема.

2. Шта предвиђа Европски зелени договор у погледу очувања и обнављања биолошке разноврсности

Европска комисија, свесна чињеница да постојећи правни оквир за заштиту европске биолошке разноврсности, иако амбициозно креиран,⁷ није у пракси показао своју делотворност,^{8 9} а да је биолошка разноврс-

⁵ Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. *The European Green Deal*. Преузето 20. јануара 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX:52019DC0640>.

⁶ Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. *Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives*. Преузето 10. јуна 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX:52020DC0380>. У продужетку рада, за овај правни документ биће коришћена скраћеница Стратегија.

⁷ Међу најважније изворе који се односе на биолошку разноврсност свакако треба убројити: Директиву о птицама (Birds Directive, 2009/147/EC), Директиву о стаништима (Habitats Directive, 92/43/EEC), Оквирну директиву о водома (Water Framework Directive, 2000/60/EC), Директиву о поплавама (Floods Directive, 2007/60/EC) и Оквирну директиву о поморској стратегији (Marine Strategy Framework Directive, 2008/56/EC). Сви наведени правни извори могу се наћи на интернет страни: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/...>

⁸ Што је последица, у првом реду, тактике „меке примене“ (BirdLife International, 2019: 11).

⁹ Видети: петогодишњи преглед примене Стратегије ЕУ-а о биолошкој разноврсности до 2020. године (Report from the Commission to the European Parliament and The Council the Mid-term review of the EU Biodiversity Strategy to 2020 (COM(2015) 478 and SWD(2015) 187). Преузето 18. јуна 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

ност услов опстанка живота на планети Земљи, јер, поред осталог: одржава квалитет воде, ваздуха и земљишта, обезбеђује опрашивање усева и дератизацију, извор је хране, енергије, менталног и физичког здравља људи и темељ пољопривредног, грађевинског и прахрамбеног сектора у привреди, али је и најјачи свезник људском роду у борби против климатских промена (IPBES, 2019: 4), Европским зеленим договором кључни део посвећује обнови и очувању биодиверзитета и екосистема.¹⁰

Европски зелени договор садржи амбициозни пакет активности чија реализација, поред осталог, треба да допринесе очувању и заштити биодиверзитета.

Европским зеленим договором је предвиђена законодавна активност Европске комисије на изради Стратегије о биолошкој разноврсности до 2030. године, Стратегије ЕУ за шуме¹¹ и Стратегије од њиве до трпезе.^{12 13}

Овим правним документом, осим тога, нормирана је обавеза Европске уније да ради на остваривању новог глобалног оквира за заштиту биолошке разноврсности, заједно са другим државама, потписницама Конвенције о биолошкој разноврсности.¹⁴ У исто време, државе, чланице Европске уније обавезне су да појачају прекограничну сарадњу у заштити и обнови екосистема на копну и мору.

Европским зеленим договором предвиђени су, као приоритетни, задаци држава, чланица Европске уније: повећање територије заштићених копнених и морских области, богатих биодиверзитетом, који треба да чине мрежу Натура 2000; озелењавање европских градова, са циљем повећања биолошке разноврсности у градским подручјима, као и побољшање квалитета и квантитета европских шума, како би се постигао главни циљ

[TXT/?uri=CELEX:52015DC0478](https://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/fitness_check); Проверу примерености законодавства ЕУ-а о природи – директиве о птицима и стаништима (Fitness Check of the EU Nature Legislation – Birds and Habitats Directives (SWD(2016) 472). Преузето 15. јуна 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/fitness_check; Проверу примерености законодавства ЕУ-а о води (Fitness Check of the EU Water Legislation (SWD(2019) 439). Преузето 15. јуна 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/water/fitness_check_of_the_eu_water_legislation/index_en.htm.

¹⁰ Видети: Европски зелени договор, у делу означеном под 2. 1. 7.

¹¹ Доношење ове Стратегије се очекује у 2021. години.

¹² Ова Стратегија је донета у исто време када и Стратегија о биолошкој разноврсности.

¹³ Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. *A Farm to Fork Strategy. For a fair, healthy and environmentally-friendly food system*. Преузето 10. јуна 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0381>.

¹⁴ Детаљније о овом међународноправном извору видети код: Стојановић, 2017: 15–36.

овог правног документа – климатски неутралан европски континент до 2050. године.

Европским зеленим договором посебно се потенцирају активности на стварању одрживе „плаве економије“, као ефикасног механизма у борби против климатских промена.

3. Активности, предвиђене Стратегијом, у правцу непосредне заштите и обнове биолошке разноврсности

3.1. Успостављање кохерентне мреже заштићених подручја

Европска комисија, руководећи се идејом да се биолошка разноврсност квалитетније штити уколико је интегрални део неког заштићеног подручја,¹⁵ Стратегијом се залаже за проширење постојеће мреже заштићених подручја. Притом, има се у виду, у првом реду, мрежа Натура 2000, а потом и националне мреже заштићених подручја.

Европска комисија, одступајући од реалног стања на простору Европске уније о територији заштићених копнених и морских подручја,¹⁶ и Аичи циљева у оквиру Конвенције о биолошкој разноврсности,¹⁷ предлаже да најмање 30% копнених и исто толико морских површина треба да буде заштићено. У исто време, Европска комисија, указујући на значај подручја са великим биодиверзитетом, или потенцијалом за биолошку разноврсност, на живот и здравље људи и привредни развој,¹⁸ државама, члани-

¹⁵ О значају који заштићена подручја имају на рурални развој, економију, климатске промене, здравље екосистема, физичко и ментално здравље људи, приватни сектор, као и на младе људе, видети детаљно код: EUROPAC Federation, 2020.

¹⁶ Подаци садржани у Европској бази података о национално проглашеним заштићеним подручјима из 2019. године и подаци који се тичу мреже Натура 2000 пред крај 2018. године, показују да је на територији Европске уније заштићено 26% копнене површине (од тога, 18% припада мрежи Натура 2000, а преостатак национално заштићеним копненим подручјима) и 11% морских подручја (од тога, 8% припада мрежи Натура 2000, а остатак је обухваћен националним програмима држава, чланица Европске уније). Видети: Стратегија, 2020, 4.

¹⁷ Аичи циљеви, поред осталог, предвиђају да заштићена подручја треба да покривају 17% копнене површине и 10% морске површине. Видети: једанаести циљ у оквиру Стратешког плана за очување биодиверзитета, за период од 2011. до 2020. године (Strategic Plan for Biodiversity 2011–2020, including Aichi Biodiversity Targets. Преузето 15. априла 2020. године. <https://www.cbd.int/sp/>).

¹⁸ Примера ради, Европска унија само од мреже Натура 2000 има бенефите у вредности од 200 до 300 милијарди евра на годишњем нивоу. Подаци наведени у: Провери примерености законодавства ЕУ-а о природи (SWD(2016)472). Осим тога,

цама Европске уније, препоручује да најмање 10% копнених површина и 10% морских подручја мора бити строго заштићено, укључујући ту, под обавезно, старе шуме и прашуме на европском простору.

Иако је на државама, чланицама Европске уније да саме одреде подручја која ће бити категорисана као заштићена или строго заштићена подручја, Европска комисија на себе преузима обавезу да одреди смернице и критеријуме за њихово утврђивање и проглашавање, као и да пропише делотворне механизме за управљање њима.

Како би се направила кохерентна мрежа заштићених подручја на простору Европске уније, Европска комисија се залаже за успостављање еколошких коридора и подстицање улагања у зелену и плаву инфраструктуру, као и прекограничну сарадњу држава, чланица Европске уније (Стратегија, 2020: 5).¹⁹

3.2. Обнављање екосистема на копну и мору

Европска комисија, свесна чињенице да заштита биолошке разноврсности на простору Европске уније није довољна за квалитативне помаке на овом плану, Стратегијом предлаже одговарајућа решења за обнову копнених и морских екосистема.²⁰

План је да Европска комисија, током 2021. године предложи правно обавезујуће циљеве за обнову природе, а све са циљем ревитализације, у првом реду, оних екосистема који имају највише потенцијала за спречавање и ублажавање последица природних катастрофа и за „хватање“ и складиштење угљеника. У исто време, Европска комисија мора да одреди и мере којима се ти циљеви могу постићи, услове који се морају испунити, као и методологију за мапирање и оцењивање стања екосистема који се обнављају.

Како би се што квалитетније, у скорије време, ревитализовала биолошка разноврсност на простору Европске уније, Европска комисија захтева од држава чланица да уложе потребне напоре у правцу побољшања примене

вредан пажње је и податак да се од додатних улагања у ову еколошку мрежу очекује отварање нових 500.000 радних места. Подаци наведени код: Institut for European Environmental Policy (IEEP), 2017.

¹⁹ О бенефитима добре повезаности мреже подручја Натура 2000 видети детаљно код: BirdLife International, 2019: 15.

²⁰ Иначе, дужност држава, чланица Европске уније да ради на обнови биолошке разноврсности већ је садржана у: Директиви о птицама (2009/147/ЕЗ), Директиви о стаништима (92/43/ЕЕЗ), Оквирној директиви о водома (2000/60/ЕЗ), Директиви о поплавама (2007/60/ЕЗ) и Оквирној директиви о поморској стратегији (2008/56/ЕЗ).

постојеће регулативе, у прописаним роковима. Наиме, државе чланице морају до 2030. године да учине потребне напоре како се неби погоршало стање очуваности заштићених врста и станишта. Такође, од држава чланица се тражи да најмање 30% врста и станишта, који нису у повољном стању, дођу до тога или да се барем стање у коме се налазе битно побољша.²¹ (Стратегија, 2020: 7).

3.3. Биолошка разноврсност и пољопривреда

Европска комисија, свесна чињенице о узајамном утицају биолошке разноврсности и пољопривредне производње, Стратегијом предвиђа више механизма у правцу њиховог оснаживања.

У првом реду, савремена пољопривредна производња треба да буде утемељена на одрживој пракси, проистеклој из поштовања основних принципа еколошке пољопривреде, агроекономије, агрошумарства, као и строжих стандарда за добробит животиња.

У Стратегији се посебна пажња поклања развоју органске пољопривредне производње која може да има вишеструке предности у односу на конвенционалну пољопривредну производњу:²² здравије намирнице, могућност већег упошљавања радне снаге,²³ мање загађено тло и виши степен биолошке разноврсности. Ради постизања наведених циљева, овом Стратегијом се предвиђа да најмање 25% пољопривредног земљишта мора да се користи за органску пољопривредну производњу до 2030. године.²⁴

Да би се постигао наведени циљ, Европска комисија налаже доследну примену мера, садржаних у Заједничкој пољопривредној политици Европске уније, и предлаже доношење Акционог плана за органску пољопривредну производњу који ће помоћи у промовисању овог вида производње.

²¹ Које ће то врсте и станишта бити, одредиће држава чланица, на основу смерница Европске комисије и Европске агенције за животну средину (Стратегија, 2020: 7).

²² Како се у правој литератури наводи, постојеће методе пољопривредне производње „гуше земљу“. Видети: BirdLife International, 2019: 17.

²³ Према подацима из ове Стратегије, органска пољопривредна производња може да обезбеди 10 до 20% више радних места по хектару пољопривредног земљишта, него ли традиционална пољопривредна производња (Стратегија, 2020: 8).

²⁴ У литератури има залагања да се најмање 30% пољопривредне производње организује као органска пољопривредна производња. Видети: BirdLife International, 2019: 18.

Европска комисија, у циљу обнављања пољопривредних екосистема и обезбеђивања хране, налаже бољу заштиту полинатора (опрашивача),²⁵ али и пољских птица и инсеката који у садејству доприносе здравијој пољопривредној производњи.²⁶

Непосредној заштити ових делова биодиверзитета свакако допринеће мере, прописане, како овом Стратегијом, тако и Стратегијом од њиве до трпезе о смањењу употребе пестицида, као и употребе опасних пестицида за 50% до 2030. године. У прилог јачању биодиверзитета сигурно говори и мера, садржана у Стратегији, да се на барем 10% пољопривредног земљишта врате обележја пејзажа велике биолошке разноликости (у облику тераса, ограда, бара, непродуктивних стабала, граничних појасева и сл.), како би се обезбедио потребан животни простор за дивље животиње, опрашиваче, биљке и природе регулаторе штеточина (Стратегија, 2020: 8).

Европска комисија се залаже за оснаживање биолошке разноврсности и путем олакшица у коришћењу традиционалних култура и пасмина. Европска комисија, такође, снажно подржава примену мера којима се обезбеђује подршка агрошумарству у оквиру руралног развоја, будући да представља велики потенцијал за заштиту и обнову биодиверзитета.

3.4. Обнова екосистема тла

Европска комисија, суочивши се са вишедеценијским губитком плодности тла, проузрокованим, у првом реду, активностима човека (путем градње стамбених насеља, путева, мостова, прекомерне сече шума, сувишне употребе пестицида или ђубрива), Стратегијом предвиђа одређена решења у циљу заштите и обнове екосистема тла.

Како би се заштитила плодност земљишта, повећала количина органских материја у тлу и смањила његова ерозија, ова Стратегија се залаже за: увођење одрживих начина управљања земљиштем, обнову деградираног земљишта, бољу идентификацију контаминираног тла, ближе одређивање услова који морају бити испуњени да би се постигло добро еколошко стање земљишта и за побољшање праћења квалитета земљишта. То, поред осталог, подразумева измене и допуне Тематске стратегије о заштити

²⁵ Пчеле су као један од значајнијих полинатора посебно угрожене. У том правцу видети: Европску црвену листу пчела (European Red List of Bees). Преузето 12. јула 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/redlist/downloads/European_bees.pdf. Више о томе, видети код: Erg, 2020.

²⁶ Видети: Иницијативу ЕУ-а за опрашиваче (EU Pollinators initiative) (COM(2018)395). Преузето 16. јуна 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/pollinators/documents/EU_pollinators_summary_public_consultation.pdf.

тла,²⁷ али и доношење Акционог плана за постизање нулте стопе загађења ваздуха, воде и тла, као и Стратегије за одрживо изграђену животну средину (Стратегија, 2020: 9).

3.5. Обнова шума

Европска комисија, свесна улоге шума за очување биолошке разноврсности, условно зависне везе са климатским променама и чињенице да су шумски комплекси извор материјала, производа и услуга, неопходних за кружну економију, Стратегијом нарочито потенцира борбу за њихово очување и заштиту.

У овој Стратегији се у први план ставља режим строге заштите старих шума и прашума на простору Европске уније. Европска комисија, осим тога, нарочито се залаже за активности које имају за циљ повећање и јачање отпорности европских шума од свих потенцијалних опасности: болести, штеточина, климатских промена, пожара, суша и сл.). При томе, посебно се инсистира на обнови биолошки комплексних и самоодрживих шума (Lewis et alia, 2019: 25–28), будући да шумски комплекси са једном врстом дрвећа често штете постојећем биодиверзитету, а мање су отпорнији на болести, као и на пожаре (Pereira et alia, 2020).

Како би се дошло до циља, зацртаног Европским зеленим договором – Европа као климатски неутрални континент, Стратегијом је планирана садња три милијарде нових стабала до 2030. године.²⁸

Европска комисија, овом Стратегијом потенцира да планови управљања који се тичу шумских подручја треба да се односе на све јавне и већи број приватних шума, и да они морају бити усклађени са смерницама овог тела о пошумљавању које подржава биолошку разноврсност и са праксом, утемељеном на принципу „шумарство у складу са природом“, као и са Стратегијом Европске уније за шуме, чије се доношење очекује 2021. године.

Европска комисија, са циљем праћења и процене стања европских шума, планира изградњу Европског система информисања о шумама (Стратегија, 2020: 10).

²⁷ Видети: Тематску стратегију о заштити тла (Thematic Strategy for Soil Protection, COM(2006) 231). Преузето 14. јула 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52006DC0231>.

²⁸ Процене су да ће оживотворење тог плана имати за последицу раст запослености и самим тим виши стандард становништва (Стратегија, 2020: 10).

3.6. Извори енергије и биолошка разноврсност

Како би заштитила, ојачала и, тамо где је потребно, обновила биолошку разноврсност на европском континенту, ова Стратегија снажно заговара декарбонизацију енергетског система Европске уније. То, поред осталог, подразумева ослањање, у већој мери него до сада, на одрживе и обновљиве изворе енергије, попут: сунчеве енергије, геотермалне енергије, снаге ветра, снаге воде, енергије биомасе или биогорива. Нарочито се потенцира употреба напредних биогорива, проистеклих из остатака и отпада који се не могу поново употребити или рециклирати.²⁹

У циљу квалитетније обнове биолошке разноврсности, Стратегија не охрабрује као извор енергије употребу целих стабала или култура које се користе у исхрани животиња или људи, независно од тога где су произведене (Стратегија, 2020: 10–11).

3.7. Обнова морских и слатководних система

Стратегија посебан простор посвећује заштити и обнови морских и слатководних екосистема.

Европска комисија, полазећи од пакета прописа Европске уније који се односе на рибарску политику,³⁰ овом Стратегијом потенцира одрживо коришћење морских ресурса, као и нулти степен толеранције незаконите риболовне праксе.

Ка потпунијој обнови и јачању морских екосистема, свакако водиће мере које ће Европска комисија у оквиру будућег Акционог плана за очување риболовних ресурса и заштиту морских система предложити: ограничена употреба риболовног алата или рударског алата који шкоди биодиверзитету мора, као и примена риболовне технике која је мање штетна за екосистеме.

Како би се заштитила биолошка разноврсност у морима, али и, другорочно гледано, обезбедио посао рибарима у наредним деценијама, Европска комисија се залаже да у рибарској политици буде примењено правило да се

²⁹ У том правцу, видети: Директиву (ЕУ) 2018/2001 о промовисању енергији из обновљивих извора (Directive, EU, 2018/2001 on the promotion of the use of energy from renewable sources). Преузето 10. маја 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018L2001>.

³⁰ Тај пакет обухвата: Заједничу рибарску политику (The Common Fisheries Policy), Оквирну директиву о поморској стратегији (The Marine Strategy Framework Directive, 2008/56/EC) и Директиву о просторном планирању морског подручја (Maritime Spatial Planning Directive (2014/89/EU)). Наведено у: Стратегија, 2020: 11.

риболовна смртност задржи на ниво највишег одрживог приноса или барем смањи на тај ниво.

Стратегија инсистира на забрани успутног улова свих врста којима прети изумирање или барем смањивање њиховог улова до мере док се та врста потпуно не опорави. Исто решење би требало да важи и за врсте које нису у добром стању очуваности или немају добро животно окружење, као и за све друге врсте, заштићене међународним или прописима Европске уније.

Европска комисија овим правним документом потенцира примену мера за управљање рибарством које морају бити утемељене на утврђеним циљевима очувања и најновијим научним сазнањима (Стратегија, 2020: 11–12).

Када је реч о заштити слатководних система и природних функција река, Европска комисија инсистира на потпуној примени Оквирне директиве о водама. То, поред осталог, подразумева обнову река и плавних подручја, како би се омогућило да 25.000 km река имају слободан ток.

Стратегија потенцира постизање доброг стања површинских, али и подземних вода најкасније до 2027. године (Стратегија, 2020: 12).

3.8. Озелењавање градова

У односу на Стратегију о биолошкој разноврсности до 2020. године,³¹ ова нова Стратегија снажно постиче екологизацију градова и приградских подручја.

Борба за заштиту и обнову зелених површина на подручју градова може се испољавати кроз промовисање здравих екосистема, успостављање зелене инфраструктуре и залагања за тзв. зелена решења (решења у складу са природом) у сфери просторног планирања, пројектовања јавних простора, зграда и њиховог окружења, као и инфраструктуре.

Како би Европска комисија подстакла градове на еколошко деловање, те враћање природе у градове (Стратегија, 2020: 13), упућен је позив свим градовима држава, чланица Европске уније које имају најмање 20.000 становника да, до краја 2021. године, донесу планове за екологизацију градова. Ти планови морају, под обавезно, да садрже сет мера којима се омогућава стварање: паркова, вртова, зелених кровова и зидова, шума, богатих биолошком разноврсношћу, дрвореда, градских травњака и огра-

³¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*. Преузето 12. априла 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0244>.

да.³² Осим тога, овим плановима мора да се пропишу мере путем којих би се допринело повезивању градских зелених површина, укидању примене пестицида, ограничењу претераног кошења зелених површина и сл. Наведени планови о екологуизацији градова и њихова примена биће основ на темељу ког ће се бирати европска зелена престоница, 2023. године и добитник награде „Европски зелени лист“, 2022. године (Стратегија, 2020: 13)

3.9. Смањивање загађења

Европска комисија, свесна чињенице да постојећи правни оквир којим се уређује заштита биодиверзитета од загађења није довољан за њено очување, обнову и јачање (Стратегија, 2020: 13), Стратегијом предвиђа додатне инструменте који треба томе да допринесу (Стратегија, 2020: 13).

Овом Стратегијом се јасно подстиче престанак загађења азотом и фосфором из ђубрива. Како је већ речено, то се у пракси може остварити смањењем примене, за 50%, хранљивих састојака из ђубрива, те самим тим и редукције употребе ђубрива за најмање 20%.

У циљу постизања нулте стопе загађења, план је Европске комисије усвајање Стратегије о хемикалијама за одрживост, као и Акционог плана за постизање нулте стопе загађења ваздуха, воде и тла.

Како би се доследно и у потпуности применили прописи којима се штити биолошка разноврсност од разних извора загађења, Европска комисија ради на томе да прецизно формулише показатеље за постепено смањивање загађења, одреди полазне вредности и прати како се одвија њихова примена на терену (Стратегија, 2020: 14).

3.10. Борба против инвазивних врста

Европска комисија, препознавши опасност која прети од инвазивних врста за живот и здравље људи, аутохтоне биљне и животињске врсте и, шире, привреду,³³ Стратегијом,³⁴ осим што упућује на доследну примену

³² Више је него јасно да постојећа заштита зелених делова градских подручја, њих укупно 11.000, који чине мрежу Натура 2000, није довољна за јачање биодиверзитета, те да је неопходно квалитативно и квантитативно радити у том правцу (Стратегија, 2020: 13).

³³ О утицају инвазивних врста на настанак и ширење заразних болести видети детаљно, на пример, код: Hulme, 2014.

³⁴ Према подацима из Стратегије, од укупно 1.872 угрожене врсте на европском тлу, опстанак 354 врсте угрожен је инвазивним врстама. Видети: Стратегија, 2020: 14.

Уредбе о инвазивним страним врстама,³⁵ предвиђа и додатне механизме у борби против таквих врста. Ради се о томе да се спречи, колико је то могуће, или да се смањи уношење и настањивање представника ових врста у европским екосистемима. Осим тога, предвиђена је и контрола већ настањених представника инвазивних врста у европску животну средину, као и смањење, за 50%, броја врста са Црвене листе, које јединке инвазивних врста угрожавају.^{36 37}

4. Друге активности, предвиђене Стратегијом, којима се обезбеђује заштита и обнова биолошке разноврсности

4.1. Успостављање новог оквира управљања

Како би се у најскорије време зауставио губитак биолошке разноврсности на европском простору, Европска комисија ће успоставити нови европски оквир за управљање биодиверзитетом. Тим оквиром биће обухваћени и одговарајући механизми за праћење и процену предузетих активности на плану оздрављивања екосистема. У исто време, овај оквир биће основа за заједничку одговорност свих субјеката који имају обавезе у погледу обнове и заштите биолошке разноврсности (Стратегија, 2020: 15).

4.2. Потпунија и интензивнија примена законодавства Европске уније о заштити животне средине

Стратегијом, Европска комисија потврђује своју решеност о обезбеђивању свеобухватније и интензивније примене прописа који се односе на заштиту животне средине, како би се уочили видљивији резултати у погледу спречавања губитка биолошке разноврсности. То укључује и измене и допуне постојећих решења, као и усаглашавање актуелних прописа, како би се обезбедио виши степен заштите биодиверзитета, и побољшао приступ

³⁵ Уредба (ЕУ), бр. 1143/2014 о инвазивним страним врстама (Regulation EU, No 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 on the prevention and management of the introduction and spread on invasive alien species). Преузето 14. јуна 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1417443504720&uri=CELEX:32014R1143>.

³⁶ Видети: Црвену листу Међународне уније за очување природе (Red List of the International Union for the Conservation of Nature, IUCN). Преузето 24. априла 2020. године. <https://www.iucnredlist.org>.

³⁷ У литератури има захтева, усмерених према Европској унији, да на црну листу стави 600 најопаснијих инвазивних врста до 2025. године, а 900 таквих врста до 2030. године. Видети: BirdLife International, 2019: 23.

правосуђу појединаца или невладиних организација у поступцима који се воде поводом питања из домена заштите животне средине (Стратегија, 2020: 15–16).

4.3. Укључивање свих релевантних субјеката у процес заштите европске биолошке разноврсности

Европска комисија, полазећи од тога да је биолошка разноврсност кључни фактор за оживљавање европске економије, после пандемије COVID-19 (Стратегија, 2020: 1), у заустављању губитка биолошке разноврсности и њеној обнови, у ланац субјеката који треба активно да делују у том правцу, укључује целокупну индустрију и предузећа која својом делатношћу утичу на природу.

Европска комисија овим правним документом покреће иницијативу за одрживо корпоративно управљање, како би се постигао баланс између биодиверзитета и привредних активности. Осим тога, Европска комисија подстиче преиспитивање обавезе пословних субјеката о информисању јавности о питањима од значаја животну средину, а нарочито биолошку разноврсност,³⁸ како би се утицало на квалитет и обим тих информација.

Европска комисија се залаже за прописивање мера које имају за циљ подстицање пословних субјеката да у производним активностима потенцирају природна решења којима се штити биолошка разноврсност. Такође, иницијатива је Европске комисије стварање покрета европских предузећа на услузи биолошкој разноврсности (Стратегија, 2020: 16–17).

4.4. Финансирање обнове и заштите биолошке разноврсности

Дугорочно постављени циљеви о заштити и обнови биолошке разноврсности на простору Европске уније морају бити праћени и одређеним улагањима.

У Стратегији се за те намене спомиње износ од 20 милијарди евра на годишњем нивоу. Томе треба додати износ од најмање 10 милијарди евра који би, путем програма Инвест ЕУ, био уложен у природни капитал и кружну

³⁸ На основу Директиве о 2014/95/ЕУ Европског парламента и Савета о измени Директиве 2013/34/ЕУ у погледу објављивања нефинансијских информација и информација о разноврсности одређених великих предузећа и група. (Directive 2014/95/EU amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings). Преузето 12. јула 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>.

економију, као и улагања у заштиту биодиверзитета, путем Плана улагања за европски зелени план.

У којој мери Европска комисија овим документом одговорно приступа решавању проблема везаних за обнову и очување биолошке разноврсности, потврђује и њено настојање да порески систем и одређивање цена директно повеже и услови трошковима очување животне средине, а посебно биолошке разноврсности. То би даље имало за последицу да се у државама, чланицама Европске уније смањује опорезовање рада, а повећава опорезовање загађења животног окружења и других фактора који негативно утичу на њега. Европска комисија се, у циљу потпуније заштите биолошке разноврсности, залаже за доследну примену начела „загађивач плаћа” и „корисник плаћа” (Стратегија, 2020: 17–18).

4.5. Укључивање проблематике биолошке разноврсности у процес одлучивања

Како би се потпуније реализовали захтеви, постављени Стратегијом, Европска комисија заговара укључивање питања везаних за биолошку разноврсност у процес доношења јавних и пословних одлука на свим нивоима, истовремено нудећи да развија критеријуме, методе и стандарде за препознавање „и описивање битних обележја биолошке разноврсности, њених услуга, вредности и одрживог коришћења” (Стратегија, 2020: 18).

4.6. Наука и образовање у служби очувања биолошке разноврсности

Европска комисија, свесна чињенице да борба за очување, обнову и заштиту биолошке разноврсности може бити ефикаснија уколико се у њу укључи наука, потенцира улагања у истраживања која имају за циљ зелена решења на плану побољшања здравља екосистема, а самим тим и здравља људи.³⁹

Европска комисија се залаже за оснивање Центра знања о биолошкој разноврсности који би, у сарадњи са Европском агенцијом за животну средину, омогућио боље повезивање теорије и праксе.

Европска комисија, такође, снажно подржава „укључивање” проблематике биолошке разноврсности у наставне програме образовног система, како би се на тај начин утицало на свест млађих нараштаја о важности биодиверзитета и потреби њеног очувања. То би, осим тога, допринело и

³⁹ У том правцу, будући програм Хоризонт Европе (Horizon Europe) садржаће и дугорочни стратешки план за истраживање биодиверзитета (Стратегија, 2020: 18).

развијању нових програма вештина које ће имати значајну улогу у борби против губитка биолошке разноврсности (Стратегија, 2020: 18–19).

5. Европска унија и биолошка разноврсност на глобалном нивоу

5.1. Циљеви Европске уније у погледу заштите биолошке разноврсности на планети Земљи

Европска комисија, свесна чињенице да губитак биолошке разноврсности није еколошки проблем који је територијално везан за простор Европске уније, Стратегијом показује своје стремљење да буде лидер у борби за његово решавање на глобалном нивоу.

У том правцу, Европска комисија се залаже за успостављање коалиције за биолошку разноликост на међународном нивоу која би на предстојећој, петнаестој Конференцији држава, потписница Конвенције о биолошкој разноврсности постигла договор о амбициозном новом глобалном оквиру о заштити биолошке разноликости за период после 2020. године.⁴⁰

Тај нови глобални оквир, посвећен очувању и заштити биодиверзитета, требало би да тежи томе да: сви светски екосистеми буду обновљени, отпорни и у одговарајућој мери заштићени до 2050. године; да се доследно и у потпуности поштује принцип нето добити и враћања природи више од онога што се од ње узима; као и да постоји начелна забрана било каквих активности човека које би имале за последицу изумирање врста. Осим тога, у глобалном оквиру, амбициозно постављени циљеви у вези биолошке разноврсности до 2030. године, треба да буду: мерљиви, изводљиви, временски ограничени, релевантни и конкретни и као такви тицати се уклањања губитка биолошке разноврсности. Нови глобални оквир који се односи на биодиверзитет, такође, треба да почива на начелу равноправности свих субјеката који раде на очувању и заштити биолошке разноврсности, као и на поштеној и равноправној подели добити проистекле из употребе генетских ресурса повезаних са биодиверзитетом. Новим глобалним оквиром, исто тако, треба успоставити делотворније механизме за примену, праћење и преиспитивање сврсисходности предузетих активности, као и подстицајне механизме (нпр. на пољу финансија, иновација, технологије) који би били на корист биолошкој разноврсности (Стратегија, 2020: 20).

⁴⁰Тако би се проширила активност Европске уније на плану међународне сарадње у погледу очувања и заштите биодиверзитета, будући да је већ марта месеца ове године основана Глобална коалиција за биолошку разноврсност у коју су укључени национални паркови, ботанички вртови, зоолошки вртови, акваријуми, научни и природњачки музеји, широм целог света (Стратегија, 2020: 22).

5.2. Ангажовање Европске уније у заштити биолошке разноврсности у међународним оквирима

5.2.1. Управљање океанима на глобалном нивоу

Европска комисија на глобалном нивоу предлаже конкретне акције, попут: склапања правно обавезујућег споразума за морску биолошку разноврсност подручја која се налазе изван оквира националне јурисдикције и постизања договора о проглашењу три велика подручја у Јужном океану заштићеним. Ово тело Европске уније такође се залаже за потписивање споразума о забрани штетних субвенција за рибарство, како би се у већој мери заштитили екосистеми океана и мора. Европска комисија предлаже да се у међународним преговорима Европска унија залаже за одрживо коришћење осетљивих морских екосистема и свеобухватнију процену утицаја дубокоморског рударства на биолошку разноврсност,⁴¹ морско окружење и активности људи (Стратегија, 2020: 21).

5.2.2. Трговинска политика Европске уније и биодиверзитет

Европска комисија, учачавајући снажну повезаност између трговинске политике Европске уније и биолошке разноврсности, залаже се потпуно примену одредаба о биолошкој разноврсности у оквиру појединих трговинских споразума и свеобухватнију процену ових правних послова на биодиверзитет. Предлог је овог тела Европске уније да се, у догледно време, нормира забрана или ограничење стављања у промет производа повезаних са крчењем или пропадањем шума, и промовисање производа који не штете шумским комплексима и уопште биолошкој разноврсности.

Европска комисија, руководећи се већ утврђеним чињеницама да незаконита трговина примерцима дивље фауне и флоре утиче на губитак биолошке разноврсности, Стратегијом изражава чврст став о њеном сузбијању⁴² (Стратегија, 2020: 21).

⁴¹ У литератури има залагања и за ригорознији приступ у погледу решавања овог питања, попут успостављања мораторијума за дубокоморско рударство. Видети: BirdLife International, 2019: 20.

⁴² У теорији има мишљења, с обзиром на то да и легална трговина примерцима дивљих врста може имати негативног утицаја на биодиверзитет, да је потребно ревидирати ЦИТЕС механизме (садржане у Конвенцији о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре), што би обезбедило да свака легална трговина ових врста буде уско дефинисана и строго поштована. Видети: BirdLife International, 2019: 23.

5.2.3. Међународна сарадња, политика суседства и мобилизација финансија Европске уније на плану заштите биолошке разноврсности

Како би се појачали напори држава широм света, партнера Европске уније, у ревитализацији и заштити биолошке разноврсности, Европска комисија овом Стратегијом предлаже делотворнију подршку Европске уније на том плану, као и у погледу сузбијања кривичних дела против животне средине и узрока губитка биодиверзитета. Овим сегментом Стратегије „покривене су“ и државе западног Балкана.

План је Европске комисије, такође, да Европска уније, у циљу потпуније реализације Европског зеленог договора, успостави тзв. зелене савезе са афричким и другим партнерским државама, као и да настави са испуњавањем преузете обавезе о удвостручавању финансијских токова у земље у развоју, а у вези биолошке разноликости (Стратегија, 2020: 19 и 22).

9. Закључна разматрања

Нема сумње да је Европска унија Европским зеленим договором и Стратегијом о биолошкој разноврсности до 2030. године поставила високо амбициозне циљеве на плану заштите и ревитализације биодиверзитета.

У којој мери ће доћи до помака у реализацији постављених циљева, није само ствар правног оквира, већ, много више, чврсте решености Европске уније да се они заиста остваре и друштвено одговорног приступа свих субјеката на европском простору у решавању горућих проблема који се тичу биолошке разноврсности. За то је неопходна промена у свести сваког појединца о важности биолошке разноврсности за живот на планети Земљи. Примена Стратегије о биолошкој разноврсности до 2020. године иде у прилог управо том закључку. Због тога се чини да је за делотворност решења, садржаних у Европском зеленом договору и Стратегији о биолошкој разноврсности до 2030. године, императив нормирање ефикаснијих правних механизма који би омогућили њихову примену.

Будући да простор Републике Србије обележава, поред осталог, и велика биолошка разноврсност, потребно је, без одлагања, предузети све активности и мере, садржане у Стратегији о биолошкој разноврсности, како би се она што боље заштитила и обновила. Уместо ослањања на стране инвестиције, треба улагати у наш природни капитал, јер, како је већ речено, предности таквог улагања су вишеструке, не само за живот и здравље садашњих и будућих генерација свих који живе на простору Републике Србије, већ и за привредни развој.

Литература

BirdLife International (2019). *The EU Biodiversity Strategy to 2030*. Преузето 12. фебруара 2020. године. https://www.birdlife_position_biodiversity_web_01.pdf.

Commission of the European Communities (2006). Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Thematic Strategy for Soil Protection* (Com (2006)231). Преузето 14. јула 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52006DC0231>.

Directive 2014/95/EU amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings). Преузето 12. јула 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>.

Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources. Преузето 10. маја 2020. године.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018L2001>.

Erg, B. (2020). EU Strategija za zaštitu biodiverziteta 2030 – povratak prirode u naše živote. Преузето 12. априла 2020. године. <https://www.balkangreenenergynews.com/rs/eu-strategija-za-zastitu-biodiveziteta-2030-povratak-prirode-u-nase-zivote>.

EUROPAC Federation (2020). The Role of Protected Areas in the EU 2030 Biodiversity Strategy. A contribution to the Public Consultation of the future EU 2030 Biodiversity Strategy. Преузето 15. маја 2020. године. <https://www.europac.org/news/2020/02/protected-areas-in-the-eu-2030-biodiversity-strategy/>.

European Commission (2011). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*. Преузето 12. априла 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0244>.

European Commission (2019). Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *The European Green Deal*. Преузето 20. јануара 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX:52019DC0640>.

European Commission (2020). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *A Farm to Fork Strategy. For a fair, healthy and environmentally-friendly food system*. Преузето 10. јуна 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0381>.

European Commission (2020). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives*. Преузето 10.

јуна 2020. године. <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX:52020DC0380>.

European Commission (2018). EU Pollinators initiative (COM (2018)395). Преузето 16. јуна 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/pollinators/documents/EU_pollinators_summary_public_consultation.pdf.

European Commission (2016). Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives) (SWD(2016) 472). Преузето 15. јуна 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/fitness_check.

European Commission (2019). Fitness Check of the EU Water Legislation (SWD(2019) 439). Преузето 15. јуна 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/water/fitness_check_of_the_eu_water_legislation/index_en.htm.

European Commission (2015). *Report from the Commission to the European Parliament and The Council the Mid-term review of the EU Biodiversity Strategy to 2020* (COM(2015) 478 and SWD(2015) 187). Преузето 18. јуна 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015DC0478>.

European Red List of Bees. Преузето 12. јула 2020. године. https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/redlist/downloads/European_bees.pdf.

Hulme, P. (2014). *Invasive species challenge the global response to emerging diseases*. Преузето 18. фебруара 2020. године. https://www.semanticscholar.org/paper/Invasive-species-challenge-the-global-response-to-Hulme/ccedd76ea556e4c5bfbfeb6f79aa8aa703dce589&sa=U&ved=2ahUKEwjQiNy2z_3rAhXJzKQKHTDHDnWQFjADegQICRAB&usq=AovVaw0fpp3SA7PenH7v90riclam.

Institut for European Environmental Policy (2017). *Natura 2000 and Jobs: Scoping Study*. Преузето 12. априла 2020. https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/pdf/Natura_2000_and%20jobs_executive_summary.pdf.

Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, IPBES (2019). *Report of the Plenary of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services on the work of its seventh session, Addendum Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. Преузето 18. јануара 2020. године. https://ipbes.net/event/ipbes-7-plenary&sa=U&ved=2ahUKEwiex_r7y_3rAhVGD0wKHrafCrwQFjAAegQICBAB&usg=AOvVaw1I5gsGXM-inQ-qcFAwQhnd.

Lewis, S. M., Wheeler, Ch., Mitchard, E. T. A & Koch, A. (2019). Restoring Natural Forests is the Best Way to Remove Atmospheric Carbon. *Natura*, Vol. 568. 25–28. Преузето 12. марта 2020. године. <https://www.nature.com/articles/d41586-019-01026-8>.

Pereira, H. M., Fernandez, N., Perino, A., Segar, J., Schepers, F., Stoneman, R. (2020). *Ecological Restoration in the EU post-2020 biodiversity strategy: The opportunities of rewilding European landscapes for nature and climate*. Преузето 10. априла 2020. https://www.idiv.de/fileadmin/content/iDiv_Files/News_Files/2020/Ecological_restoration_in_the_EU_post2020_biodiversity_strategy_The_opportunities_of_rewilding_European_landscapes_for_nature_and_climate.pdf.

Red List of the International Union for the Conservation of Nature (IUCN). Преузето 24. априла 2020. године. <https://www.iucnredlist.org>.

Regulation (EU) No1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 on the prevention and management of the introduction and spread on invasive alien species. Преузето 14. јуна 2020. године. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1417443504720&uri=CELEX:32014R1143>.

Стојановић, Н. (2016). Општи међународноправни оквир заштите и очувања биолошке разноврсности. *Зборник радова „Национално и међународно право – актуелна питања и теме“*. Том I. Косовска Митровица: Правни факултет. 15–36.

Strategic Plan for Biodiversity 2011–2020, including Aichi Biodiversity Targets. Преузето 15. априла 2020. године. <https://www.cbd.int/sp/&sa=U&ved=2ahUKEwid162u2v3rAhUOsaQKHdOkBqEQFjACegQICAB&usg=AOvVaw16jsuzG2gey-dzyTdNVGuD>.

World Economic Forum (2020). *The Global Risks Report 2020*. Преузето 10. јуна 2020. <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020>.

World Wide Fund for Nature, WWF (2018). *Living Planet Report – 2018: Aiming Higher*. Преузето 10. јуна 2020. https://www.worldwildlife.org/publications/living-planet-report2018&sa=U&ved=2ahUKEwjnu83_wv3rAhVDRBUIHS1uB_AQFjADegQICRAB&usg=AovVawJvu9Jbyuk_YoZvrdlVOBTu.

Nataša Stojanović, LL.D.

*Full Professor, Faculty of Law,
University of Niš*

**ON THE EUROPEAN UNION'S SOCIALLY RESPONSIBLE APPROACH
TO THE PRESERVATION AND PROTECTION OF BIODIVERSITY**

Summary

The entire international community has been encountering biodiversity loss for decades now, caused in priority by: changes in the utilization of soil and seas, through direct and excessive exploitation of natural resources, climate changes, pollution, and invasive types of plants and animals.

The European Union is not only a signatory and an active contracting party for the implementation of goals of the Convention on International Trade of Endangered Species of Wild Fauna and Flora, the Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, the Convention on Biological Diversity, and the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, yet it takes a step forward compared to the rest of the world by adopting the European Green Deal in December 2019. This European Union's strategic document – besides its powerful advocacy for ideas related to transition to a clean and circular economy, stopping climatic changes and reducing environmental pollution – pays particular attention to the preservation and protection of biological diversity on the European continent. Undoubtedly, the aspiration of the European Union to become the first climatic neutral continent by 2050 will affect the prevention of further degradation of ecosystems and biodiversity more broadly.

In her paper, the author sheds light, through a prism of the European Green Deal, on the Biodiversity Strategy for period 2020-2030, and the New forest strategy, and analyses some concrete legal endeavours of the European Union aiming to stop the biodiversity loss and, consequently, to prolong life on the planet Earth, including also the human species survival.

Keywords: *European Green Deal, Biodiversity Strategy 2030, Socially Responsible Behavior.*

OBAVEZE ERGA OMNES (PER SE) I ERGA OMNES PARTES

Apstrakt: U radu će se odrediti pojam i predočiti definicija međunarodnih obaveza, poglavito onih erga omnes. U prvome će se dijelu rada raspravljati o ključnim elementima materijalnoga međunarodnoga prava s ovim u vezi, dok će drugi dio biti posvećen međunarodnim sprovedbenim mehanizmima – procesnome međunarodnome pravu – za svrhe utvrđivanja međunarodne odgovornosti za povrede obaveza erga omnes. Polazne postavke leže u činjenici da postoji konceptualna diskontinuitetna međunarodnih obaveza erga omnes. Postoje tako erga omnes per se, obaveze koje djeluju prema međunarodnoj zajednici u cjelini, i druga skupina, erga omnes partes, obaveze koje proizlaze za države članice mnogostranih međunarodnih ugovora. U radu ćemo učiniti kratku analizu odnosa obaveza erga omnes per se i jus cogens. Jednako tako, a što je Međunarodni sud u Den Haagu u više svojih odluka ustvrdio, erga omnes karakter norme i pravilo o zasnovanju nadležnosti Međunarodnoga suda jesu dvije različite stvari te da, uprkos prostoj činjenici da su prava i obaveze erga omnes dio predmeta jednoga međunarodnoga spora, takvo što ipak ne daje ipso facto Sudu nadležnost da i odlučuje u tome sporu. Jednak učinak na uspostavljanje nadležnosti Međunarodnoga suda ima i povrijeđena norma jus cogens, koja je kao takva predmet nekoga međunarodnoga spora između država. Nadalje, biće istraženo kakvo je to stajalište, a u odnosu na predmet našega istraživanja, zauzela Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo donošenjem Nacrta Pravila o odgovornosti država i međunarodnih organizacija za međunarodne protupravne čine 2001., odnosno 2011. Kod postupanja u slučaju kršenja, u međunarodnopravnoj doktrini, ali i u praksi, valjalo bi razlučiti obaveze erga omnes od actio popularis. S druge strane, da li je razumno ustvrditi da se odnosni koncepti mogu valjano povezati s doktrinom univerzalne nadležnosti?

¹ enis.omerovic@unze.ba

Ključne riječi: *međunarodne obaveze, erga omnes per se, erga omnes partes, jus cogens, actio popularis, međunarodno pravo o odgovornosti, međunarodno procesno pravo*

1. Uvodne postavke

Poznato je da u međunarodnome pravu, odnosno međunarodnome poretku, postoje međunarodne obaveze koje djeluju prema svima, odnosno koje, na primjer, neka država duguje svim subjektima međunarodnoga prava. Takve obaveze određujemo obavezama *erga omnes*. U radu ćemo ponajprije odrediti njihov pojam i predočiti definiciju. Pokušat ćemo ustvrditi koje sve međunarodne obaveze imaju ovaj, uvjetno određeno, kolektivni učinak u suvremenome međunarodnome pravu, odnosno u današnjoj međunarodnoj zajednici država. Naša polazna tvrdnja je da se obaveze *erga omnes* dijele na one koje se duguju međunarodnoj zajednici u cjelini, to su tzv. čiste obaveze *erga omnes*, i na obaveze *erga omnes partes*, koje obavezuju sve stranke mnogostranih međunarodnih ugovora. Istaknut ćemo osnovne karakteristike i jednih i drugih. Pred kraj prvoga poglavlja načinit ćemo kratku analizu pitanja postoji li razlika između obaveza *erga omnes* i kogentnih normi općeg međunarodnog prava (*jus cogens*). U tome duhu ćemo ispitati da li sve kogentne odredbe djeluju *erga omnes* i da li sve obaveze *erga omnes* nastaju iz kogentnih normi. Kakav je zapravo odnos između obaveza *erga omnes* i *jus cogensa* i je li ispravno uvijek koristiti sintagmu „kogentna odredba *erga omnes*.“? U drugome dijelu rada raspravljamo o međunarodnim sprovedbenim mehanizmima, a koji se kod ovih koncepata odnose na uvjete pokretanja pravnih postupaka zbog učinjenih povreda obaveza *erga omnes* za svrhe utvrđivanja međunarodne odgovornosti. Postoje li otuda različiti postupci i uvjeti u međunarodnome pravu o odgovornosti, a sve slijedom relevantnih odredaba iz Nacrta Pravila Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo o odgovornosti država i međunarodnih organizacija za međunarodne protupravne čine, koja su usvojena 2001. (za države) i 2011. (za međunarodne vladine organizacije)? U tome dijelu ćemo postaviti i nekoliko problemskih pitanja s ciljem nastavka znanstvenoga i praktičnoga zanimanja za, u radu, iznesene dileme. Pred kraj drugoga dijela rada dajemo uvid u osnove rasprave o pitanju je li potrebno razlučiti obaveze *erga omnes* od *actio popularis*. Znakovit je osvrt na odnos između nekoliko instituta, i to obaveza *erga omnes*, *jus cogens* i doktrine univerzalne nadležnosti.

U dolasku do određenih znanstvenih spoznaja, u radu se koristimo pravnodogmatskom metodom, analizom sudske prakse, odnosno metodama analize i sinteze, ali i elementima induktivne i deduktivne metode. Rad je postavljen na način da nam predočava i prikaz odnosa materijalnih i procesnih normi u međunarodnome pravu, a u odnosu na temeljni predmet istraživanja.

2. Određenje pojma, definicija i podjela međunarodnih obaveza *erga omnes* – materijalno međunarodno pravo

Međunarodni sud u Den Haagu (ICJ) u Savjetodavnome mišljenju *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN* iz 1949. daje potvrdu međunarodnopravnome načelu da samo stranka prema kojoj je međunarodna obaveza upravljena može podnijeti zahtjev u odnosu na njezinu povredu², i.e. može tražiti izvršenje obaveze ili pozvati na odgovornost. Ovo će se ostvariti kada se Organizacija Ujedinjenih nacija (OUN, UN), u podnošenju zahtjeva zbog štete koju je pretrpio njezin agent, pozove na povredu obaveze prema njoj.³ S druge strane, nedugo nakon usvajanja Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora 22. maja 1969.⁴ u međunarodnome pravu koncept obaveza *erga omnes* (*per se*) (onih koje djeluju prema svima) dobija sve više na potvrdu i svome značaju, iako odnosna Konvencija strogo „ograničeno razmatra“ (Salerno, 2011: 238) *erga omnes* obaveze u općem smislu.

Izraz „obaveze *erga omnes*“ stariji je od izreka Međunarodnoga suda. Njegova geneza u suvremenome međunarodnome pravu datira još iz 1945, usvajanjem Povelje Ujedinjenih nacija. Čl. 55. i 56. Povelje proklamiraju promociju univerzalnoga poštovanja ljudskih prava i fundamentalnih sloboda kao programa Ujedinjenih nacija, tako da se čl. 56. Povelje može razumno povezati s njezinim čl. 1., koji sadrži odredbe o ciljevima Organizacije UN, tako da, s ovim u vezi, st. 3. potonjega člana stipulira, *inter alia*, ostvarivanje međunarodne suradnje razvijanjem i poticanjem poštovanja prava čovjeka i temeljnih sloboda za sve. (Zemanek, 2000: 2). Sve do ovoga razdoblja međunarodno pravo je bilo fokusirano na suverenitet država i primjenjivalo se u odnosima između njih. (*Ibid*: 3). Implementacija odredaba Povelje UN u pogledu poštivanja ljudskih prava i osnovnih sloboda započela je sklapanjem mnogostranih međunarodnih ugovora. Naime, s izuzetkom Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948., Ujedinjene nacije su se odlučile izabrati mnogostrane konvencije kao svojevrsan mehanizam za implementiranje programa Povelje UN, te budući da su unutar sistema Ujedinjenih nacija usvojene mnoge konvencije u oblasti međunarodnih ljudskih prava i humanitarnoga prava⁵, racionalno je tvrditi da je došlo do „konvencijske kreacije“ obaveza *erga omnes*. (Zemanek, 2000: 3-6). S druge strane, u literaturi se navodi da je M. Lachs koristio termin *erga omnes* tokom rasprave o nacrtu

² *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 174, 181-182.*

³ *Ibid*, 182.

⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331. Stupila na snagu 27. januara 1980.

⁵ U tu svrhu, v. zajednički čl. 1. svih četiriju Ženevskih konvencija za zaštitu žrtava rata iz 1949. i čl. 1. st. 1. Dopunskoga Protokola I iz 1977. (koji Protokol se odnosi na zaštitu žrtava u međunarodnim oružanim sukobima).

prijašnjega čl. 62. odnosne Konvencije (prema: Ragazzi, 2002: 8), koji se odnosio na ugovore koji predviđaju obaveze ili prava trećih država.⁶

Ideja o „interesu zajednice“ (eng. *community interest*)⁷ u svjetlu međunarodnoga prava prima podršku i od Međunarodnoga suda (Jørgensen, 2000: 93), koji je u predmetu *Barcelona Traction* iz 1970.⁸ utemeljio podjelu međunarodnih obaveza država na način da je priznao postojanje kvalitativno različitih obaveza država tako što je ustvrdio da se mora praviti bitna razlika između obaveza koje svaka država ima prema međunarodnoj zajednici kao cjelini i onih obaveza koje nastupaju *vis-à-vis* druge države. (Vučinić, 2006: 436)⁹.

„Konkretno, suštinska distinkcija treba se povući između obaveza neke države prema međunarodnoj zajednici kao cjelini, i onih koje nastaju prema drugoj državi u oblasti diplomatske zaštite. Prema njihovoj prirodi, prve su briga svih država. U pogledu važnosti involviranih prava, može se uzeti da sve države imaju pravni interes u njihovoj zaštiti; to su obaveze *erga omnes*.”¹⁰

⁶ Sadašnji je to čl. 35. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969, koji nosi naziv: Ugovori koji predviđaju obaveze za treće države, i koji glasi: „Za treću državu nastaje obaveza na temelju odredbe ugovora ako stranke tog ugovora namjeravaju tom odredbom stvoriti obavezu i ako treća država izrekom, u pismenome obliku, prihvati tu obavezu.“ Ovdje se radi o ugovorima na teret trećih, tj. države/a koje nisu stranke ugovora i u njihovome se normiranju polazi od načela da „ugovor ne stvara ni obaveze ni prava za treću državu bez njezina pristanka.“ (čl. 34. Bečke konvencije – opće pravilo o trećim državama). „Odgovarajuće pravilo sadržano je i u čl. 34. Bečke konvencije iz 1986. glede međunarodnih organizacija, koje su kao subjekti prava podvrgnuti istim pravilima [...]“ (Crnić-Grotić, 2002: 169). Glede normiranja ugovora koji predviđaju obaveze za treće međunarodne organizacije, pomenućemo Bečku konvenciju iz 1986. koja „sadrži *mutatis mutandis* jednake odredbe kao i Konvencija iz 1969. u svojim čl. 35. i 37. st. 1.“ (*Ibid*: 173). Iako možemo shvatiti eventualne sličnosti, bar na rudimentarno idejnoj razini, valja naznačiti da se koncept obaveze koja ima svoje učinke, tj. svoja dejstva prema svima, iznimno razlikuje od međunarodnougovorne obaveze za treću državu ili treću međunarodnu organizaciju.

⁷ O zaštiti interesa cijele međunarodne zajednice u međunarodnome pravu v. Villalpando, 2010: 387-419.

⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija)*, Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

⁹ Svako ko izučava pojam, prirodu i vrste međunarodnih obaveza država i međunarodnih organizacija, iz svoje analize ne bi trebao ispustiti predmetni slučaj Međunarodnoga suda.

¹⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija)*, Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3, 32 (par. 33). Usp. Crawford, 1998: par. 69-71; U pozitivno međunarodno pravo „interes zajednice“ je ušao kroz određene norme i pravne režime, poput obaveza *erga omnes* i kogentnih (imperativnih, peremptornih) normi (lat. *jus cogens*), kojima se i ostvaruje njegova zaštita. (Villalpando, 2010: 394, 399).

Kako nadalje Sud utvrđuje „ovakve obaveze deriviraju, naprimjer, [...] iz zabrane djela agresije¹¹ i genocida¹², kao i iz načela i pravila koji se odnose na osnovna

¹¹ ICJ u predmetu *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* zaključuje da je zabrana upotrebe sile dosegula status običajnog međunarodnog prava, što je fundamentalno načelo takvog prava (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, par. 190). Dakle, iz karaktera zabrane upotrebe sile, koja je široko priznata kao *jus cogens* norma, neosporno je da je stoga prohibicija agresije validna (važea) obaveza *erga omnes*, tj. da ju imaju sve države bez iznimke i da pogađa interese svih (prema: Ragazzi, 2002: 74-79).

¹² Na razini odgovornosti država danas je općeprihvaćeno da običajna pravila o genocidu nameću *erga omnes* obaveze svim državama članicama međunarodne zajednice, jamčeći im pravo da zahtijevaju da radnje genocida imaju biti zaustavljene (Cassese, 2003: 98). ICJ je u svojoj odluci iz 2007., u dijelu obrazloženja u kojemu se dotaknuo pitanja teritorijalnoga opsega Konvencije o genocidu podržao svoje određenje iz odluke iz 1996. u istome predmetu, u kojem je Sud notirao da „obaveza koju svaka država posjeduje u pogledu sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida nije teritorijalno ograničena Konvencijom.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 595, 616, par. 31; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Presuda, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, par. 153). Ovakvo gledište Suda razumno može ići u smjeru da tekst Konvencije o genocidu znači ne samo teritorijalnu obavezu države, već je racionalno tvrditi da obaveze svih država svijeta, neovisno jesu li strane ugovornice odnosne Konvencije, u ovome domenu izlaze izvan njihovih državnih područja. Sljedstveno navedenome, sve međunarodne obaveze država, ali i međunarodnih organizacija, koje izvire iz predmetne Konvencije, odn. koje ona kao takva subjektima međunarodnog prava nameće, nedvojbeno predstavljaju istinske obaveze koje djeluju *erga omnes (per se)*, odn. prema cijeloj međunarodnoj zajednici, te se niukom slučaju ne mogu smatrati obavezama *erga omnes partes*, tj. obavezama koje imaju ili koje djeluju samo prema stranama ugovornicama Konvencije o genocidu. Valja imati na umu da ovakav teorijski koncept i rješenja koja on nudi, nisu lako ostvariva u praksi država i međunarodnih organizacija u njihovome međunarodnome općenju i djelovanju (Usp. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Presuda, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, par. 155-179 (dio Presude u kojem je Sud raspravljao o obavezama nametnute Konvencijom na strane ugovornice)). Jednako tako, Republika Hrvatska je u postupku pred Međunarodnim sudom isticala da Konvencija o genocidu nije snop sinalgmatiskih obaveza između strana ugovornica, već uspostavlja obaveze *erga omnes (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3, 40, par. 83). S druge strane, Sud je iznova podržao svoje zaključke iz ranije svoje prakse, tako da je ostao konzistentan u svome određenju da „Konvencija o genocidu sadrži obaveze *erga omnes*. Konačno, Sud je podržao da zabrana genocida ima karakter peremptorne norme (*jus cogens*)” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3, 42, par. 87; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6, 31-32, par. 64). U ovome duhu valja također naglasiti da međunarodnopravni poredak ne zahtijeva od država da međunarodni pravni instrumenti, oni koji sadrže norme *jus cogens* naravi, budu ratificirani te

prava osobe, uključujući zaštitu od ropstva i rasne diskriminacije.¹³ Neka od odnosnih prava na zaštitu postala su dijelom općega međunarodnoga prava¹⁴, dok su druga utkana u međunarodne instrumente univerzalnoga ili kvaziuniverzalnoga karaktera.¹⁵ Valja istaknuti da je određenje Suda o različitem učinku normi međunarodnoga prava, odnosno o razlici između povrede pravila međunarodnoga prava i pravila *erga omnes* nedvojbeno postalo jedno od najvažnijih i najpoznatijih određenja Suda o pitanju *erga omnes* pravila. Jednako tako, primjeri *erga omnes* obaveza, koje je Sud u ovome predmetu naveo, predstavljaju isključivo ilustrativne primjere, odn. date u vidu otvorene klauzule, što će reći da lista ovih obaveza nije iscrpna, odn. da se međunarodnoj zabrani agresije, genocida, ropstva i rasne diskriminacije¹⁶ dodaje pravo naroda na samoodređe-

potom integrirani u njihovo nacionalno pravo, kako bi bili sprovodivi na njihovome državnome području, iz razloga što je *jus cogens* uvijek općeobičajna pravna norma. Jednako tako, učenje o ovim pravnim normama ne zahtijeva njihovu formalnu inkorporaciju u nacionalni pravni sistem, niti da budu promulgirani nekim nacionalnim pravnim instrumentom, dok se suprotno traži kod većine međunarodnih ugovora (poglavito izvan sistema međunarodnih ljudskih prava, međunarodnoga krivičnoga i međunarodnoga humanitarnoga prava), čije odredbe naprosto ne mogu biti provodive niti se smatrati mandatornim pravnim pravilima za države koje takve zaključene ugovore nisu potpisale, ratificirale (ili putem akcesije) i, uvjetno napisano, integrirale ih u svoje nacionalno pravo (v. Presudu Žalbenoga suda kanadske provincije Quebec iz 2003. u predmetu *Compagnie nationale Air France c. Mbaye* (Compagnie nationale Air France c. Mbaye, 2003 CanLII 35834 (QC CA), par. 87)). No, ovo je već područje odnosa između međunarodnoga i domaćega prava, u kojem vladaju dvije oprečne koncepcije glede primjene pravila međunarodnoga prava na području države (dualističko i monističko shvaćanje), tako da zalazimo u predmet neke druge rasprave.

¹³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija), Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3., par. 34.*

¹⁴ Kao što je izraženo u presudi u predmetu *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.*

¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija), Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3., par. 34.*

¹⁶ I M. Ragazzi raspravlja o ova četiri primjera međunarodnih obaveza *erga omnes* koje je Međunarodni sud analizirao u svojem *obiter dictum*-u (tj. presudama u kojima diskusija o obavezama *erga omnes* nije bila dio *ratio decidendi* spora). Tako, Ragazzi, 2002, *op. cit.*

nje¹⁷ i međunarodna zabrana torture¹⁸, kao međunarodne obaveze, bez iznimke,

¹⁷ O pravu naroda na samoodređenje kao pravu *erga omnes* i suštinske načelo suvremenoga međunarodnoga prava raspravljao je Međunarodni sud u predmetu *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90. U ovome je predmetu Sud zaključio da je pravo na samoodređenje naroda obaveza *erga omnes* te da predstavlja jedno od osnovnih načela suvremenoga međunarodnoga prava. „Prema gledištu Suda, tvrdnja Portugala da pravo naroda na samoodređenje, koje je evoluiralo iz Povelje Ujedinjenih nacija i prakse UN, ima *erga omnes* karakter, je nepogrešiva.” (*East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90, par. 29). Ranije je Međunarodni sud u svoja dva savjetodavna mišljenja, *Legal Consequences for states of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16), te *Western Sahara Case (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12) iz 1975. odredio da je načelo samoodređenja dio običajnoga međunarodnoga prava, dok Sud u prednjoj Presudi iz 1995. ne samo da je podržao svoje određenje iz prethodna dva savjetodavna mišljenja, već je nesumnjivo naznačio da odnosno načelo konstituira *erga omnes* obavezu. Također, prema nekim učenjacima, pravo naroda na samoodređenje je i norma *jus cogens* (Tako, Brownlie, 2003: 489). Vrijedi također iskazati, iako se sada nesumnjivo radi o pravu/obavezi *erga omnes* te iako predstavlja važno načelo, još uvijek je njegova sadržina ne tako jasna (Klabbers, 2013: 117).

¹⁸ I UN Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja (UN Konvencija protiv torture; United Nations, *Treaty Series*, vol. no. 1465, p. 85) iz 1984. (stupila na snagu 1987.) nesporno predstavlja primjer međunarodnoga instrumenta koji sadrži obaveze koje proizvode učinke *erga omnes*. Tako UN Odbor protiv mučenja zaključuje da je apsolutni i nederogabilni karakter prohibicije mučenja postao prihvaćen kao stvar običajnoga međunarodnoga prava te da odredbe čl. 2. Konvencije osnažuju ovu peremptornu, *jus cogens* normu protiv mučenja (Committee against Torture, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Comment No. 2, Implementation of Article 2 by States Parties*, No. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, 23. novembar 2007, par. 1). Nadalje, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju (ICTY) je u predmetu *Furundžija* našao: „zabrana mučenja državama nameće obaveze *erga omnes*, to jest obaveze koje one imaju prema svim drugim članovima međunarodne zajednice, od kojih svaka tada ima korelativno pravo. Pored toga, kršenje takve obaveze istovremeno predstavlja povredu korelativnoga prava svih članica međunarodne zajednice i utire put svakoj pojedinoj članici da postavi zahtjev za udovoljenjem, i da inzistira na ispunjenju obaveze ili barem da traži da se prekine s kršenjima.” (ICTY, *Tužitelj v. Anto Furundžija*, Pretresno vijeće, Presuda, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 151). Ne samo da se ovdje radi o obavezi *erga omnes*, već nastavno na izneseno, ICTY zaključuje: „Dok upravo pomenuta karakteristika *erga omnes* pripada području međunarodnih sprovedbenih mehanizama (*lato sensu*), druga važna karakteristika načela koje zabranjuje mučenje odnosi se na hijerarhiju pravila u međunarodnome normativnome poretku. Zbog važnosti vrijednosti koje štiti, ovo načelo je postalo neopoziva norma *jus cogens*, tj. norma koja u međunarodnoj hijerarhiji ima viši rang nego ugovorno pravo, pa čak i “obična” pravila običajnoga prava. Najočitija posljedica toga višega ranga jeste da države ne mogu odstupiti od dotičnoga načela ni na osnovu međunarodnih sporazuma niti na osnovu pravila lokalnoga ili specijalnoga običajnoga prava, pa čak ni na osnovu općih pravila običajnoga prava koja nemaju istu normativnu snagu.” (ICTY, *Tužitelj v. Anto Furundžija*, Pretresno vijeće, Presuda, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 153). Usporedbe radi, v. Presudu Međunarodnoga suda u predmetu *Questions relating to the*

svih država i međunarodnih organizacija (dakle, cijele međunarodne zajednice) koje djeluju *erga omnes* (*per se*). Otuda je pravni rezon Međunarodnoga suda u ovome pogledu, što je neprijeporno, „najautoritativnija definicija *erga omnes* obaveza“ (Steinerte, Wallace, 2008: 11; usp. Bedi, 2007: 157-161), na koju se Sud pozivao u više navrata. Tako u svome Različiteme mišljenju¹⁹ u predmetu *East Timor (Portugal v. Australia)* sudija C. G. Weeramantry konstatira da je Međunarodni sud raspravljao o pitanju obaveza *erga omnes* u sporovima: *Northern Cameroon*²⁰, *the South West Africa cases*, *Preliminary Objections*²¹ and *South West*

Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), *Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422 (predmet poznat kao *Habré* slučaj); Filipović, 2013: 199-213. Valja istaknuti da se prije izreke Presude Međunarodnoga suda u predmetu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* postavljalo pitanje „za povredu kojih obaveza je država odgovorna i po kojoj vrsti odgovornosti. Da li država osim što je odgovorna za sprječavanje i kažnjavanje zločina genocida odgovara za povredu istih onih inkriminiranih radnji za koje krivično odgovara pojedinac. Ili su obaveze države po Konvenciji drukčije. Jer Konvencija nigdje izričito ne govori da država i sama može biti odgovorna za genocid. Pošto ta pitanja nisu ranije postavljana pred međunarodne sudove, tužba Bosne i Hercegovine protiv Savezne Republike Jugoslavije pružila je priliku Sudu da o tome zauzme stav.“ (Softić, 2015: 88). Tužba Bosne i Hercegovine je „uistinu bila pionirski poduhvat jer do okončanja ovoga postupka niko, ni Sud ni države, nije znao kakav je zapravo domašaj ove Konvencije. Kakva prava i obaveze proizilaze iz Konvencije za države članice.“ Da li su otuda, prema Konvenciji, države obavezne da se i same uzdrže od činjenja genocida? Ovaj je postupak „pružio priliku Sudu da zauzme pravne stavove u ovoj materiji.“ (Softić, 2015: 156). Naime, kako je Međunarodni sud u navedenome predmetu prvi puta u svojoj povijesti zauzeo stajalište po prethodnim pitanjima tumačenja odredaba Konvencije o genocidu iz 1948. i povezanim pravnim dilemama, tako je isti međunarodni sudski forum u sporu *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* uspostavio nove standarde u pogledu tumačenja i primjene Konvencije protiv mučenja iz 1984. Kako piše M. Filipović, praksa Međunarodnoga suda „značajno je doprinijela razvoju međunarodnoga prava i uspostavljanju određenih pravnih standarda. Neke od presuda predstavljale su prekretnicu, kako u tumačenju pojedinih međunarodnih ugovora, tako i u razvoju međunarodnoga običajnog prava. Nedavna presuda [...] u sporu između Belgije i Senegala nastavlja tim putem i uspostavlja nove standarde“, s obzirom da Međunarodni sud „prvi put u svojoj historiji pravni interes jedne države opravdava konceptom zasnivanja prava na osnovu obaveza *erga omnes partes*. Iako je ovaj koncept spomenut i u slučaju ICJ *Barcelona Traction* iz 1970., nikada do sada opravdanost zahtjeva jedne strane u sporu nije bila zasnovana samo na obavezama *erga omnes partes*.“ (Filipović, 2013: 199-200). Međutim, čini se da ipak postoji osjetna konceptualna razlika između obaveza *erga omnes partes* i obaveza *erga omnes* (*per se*). O predmetnome u nastavku rada.

¹⁹ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90, 214.

²⁰ *I.C.J. Reports 1963*, p. 15.

²¹ *I.C.J. Reports 1962*, p. 319.

*Africa cases, Second Phase*²², *Nuclear Tests (Australia v. France)*²³ and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*²⁴, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*²⁵, te *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility*.²⁶ Ipak, i povrh svega,

„najvažnija evolucija izvan *Barcelona Traction Case* bila je ustanovljavanje obaveze *erga omnes* u odnosu na pravo na samoodređenje [naroda] u predmetu *East Timor* i u Savjetodavnome mišljenju o pravnim posljedicama izgradnje zida na okupiranome palestinskome području, kao i obaveze *erga omnes* u vezi s prohibicijom torture, koja je priznata u predmetu *Furundžija* na ICTY.“ (Memeti, Nuhija, 2013: 43. Kurziv autora).

„Ukratko, *ergo omnes* obaveze su takve za koje sve države imaju pravni interes da ih izvršavaju iz razloga važnosti njihova predmeta za međunarodnu zajednicu [...] zapovjedne norme prema kojima države imaju dužnost da se suzdržavaju [od činjenja] neovisno o bilo kojem ugovoru, jer dužnost povinovanja [takvim normama], kako se shvaća, ima cijela međunarodna zajednica.“ (Buffa, 2010: 622).

Kako se u ovome duhu pominje cijela međunarodna zajednica, otuda možemo razumjeti da i međunarodne organizacije, koje itekako ulaze u obuhvat, odn. činitelji su, ali i čimbenici međunarodne zajednice, imaju međunarodnu obavezu da se povinuju normama koje ostvaruju učinke prema svima.

U Savjetodavnome mišljenju istoga Suda u predmetu *Rezerve na Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida* iz 1951, određuje se da su „načela koja su potcrtana u navedenoj Konvenciji načela koja su priznata od prosvijećenih nacija kao obavezujuća za države, čak i bez bilo koje *konvencijske* obaveze.“²⁷

²² *I.C.J. Reports 1966*, p. 6.

²³ *I.C.J. Reports 1974*, p. 253.

²⁴ *I.C.J. Reports 1974*, p. 457.

²⁵ *I.C.J. Reports 1980*, p. 3.

²⁶ *I.C.J. Reports 1988*, p. 69.

²⁷ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Reservations to the Convention on Genocide)*, *Savjetodavno mišljenje: I.C.J. Reports 1951*, p. 15, 7. Ponovimo, obaveza država u smislu sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida, kao i njihova izravnoga nečinjenja te odsustvo učešća u bilo kojem obliku saučesništva u činjenju genocida (temeljem čl. II i III Konvencije o genocidu) otuda derivira iz imperativne norme međunarodnoga prava, što glede zločina genocida znači da su njome obavezani svi subjekti međunarodnoga prava, dakle, države, međunarodne organizacije i pojedinci, bez obzira na to da li su neke države ili međunarodne organizacije članice Konvencije o genocidu. Potvrdu ovom stajalištu pronalazimo u tome da je prva posljedica, koja proistječe iz koncepcije genocida – da se radi o zločinu po međunarodnome pravu te da je protivan moralnome zakonu kao i

Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948.²⁸ predstavlja univerzalni i mnogostrani međunarodni ugovor, koja *per se* sadržava međunarodnu obavezu *erga omnes* (koja djeluje prema cjelokupnoj međunarodnoj zajednici država i međunarodnih organizacija). Kako smo prethodno naveli, isti je Sud 1996. potvrdio da prava i obaveze sadržane u Konvenciji o genocidu iz 1948. predstavljaju prava i obaveze *erga omnes* – svaka država ima obavezu da spriječi i kazni zločin genocida koja nije teritorijalno ograničena Konvencijom.²⁹ Ovakva međunarodna obaveza, u konkretnom slučaju, derivira iz imperativnih normi međunarodnoga prava (lat. *jus cogens*) (poput, naprimjer, obaveze sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida). Nadalje, Međunarodni sud je 2004. u Savjetodavnome mišljenju o pravnim posljedicama izgradnje zida na okupiranome palestinskome području ustvrdio da je država Izrael ovim činom povrijedila svoju međunarodnu obavezu *erga omnes*, kako u pogledu obaveze poštivanja prava na samoodređenje, tako i u vezi s određenim obavezama prema međunarodnome humanitarnome pravu.³⁰ Također, više je no zanimljivo gledište Suda da jednostrani akt države može proizvesti pravni učinak *erga omnes*, čak i onda kada njegova sadržina ne reflektira pravilo običajnoga međunarodnoga prava. (Salerno, 2011: 236).³¹

2.1. Obaveze *erga omnes* i *jus cogens*

Potkraj ovoga dijela smatramo da je razložno naznačiti da norma *jus cogens* i obaveza *erga omnes* nekada ne znače isto, odn. nisu izrazi koji se imaju smatrati istoznačnicama čija se sadržina potpuno ili djelimično podudara. Uprkos činjenici što određeni broj izvora obaveza *erga omnes* nalazimo u međunarodnopravnim

duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija (prema Rezoluciji 96 (1) Opće skupštine UN, 11. decembar 1946) – da su konvencijska načela zapravo načela koja su priznata od prosvijećenih nacija obavezujuća za države, čak i u situaciji kada ne postoji niti jedna konvencijska obaveza. Druga posljedica ove koncepcije pridonosi univerzalnome karakteru kako osude genocida tako i međusobne suradnje (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Savjetodavno mišljenje: I.C.J. Reports 1951, p. 15, 23*). Shodno izrečenome, valja ustvrditi da je namjera Opće skupštine UN i država ugovornica da Konvencija o genocidu bude definitivno univerzalna u svome obuhvatu (opsegu). Takvo što potvrđuje činjenica da je UN Konvencija o genocidu usvojena jednoglasno od svih 56 država članica UN, Rezolucijom Opće skupštine UN, dana 10. decembra 1948.

²⁸ Usvojena Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 260 (III) A 9. decembra 1948. (United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, str. 277).

²⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595, 616.*

³⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Savjetodavno mišljenje, I.C.J. Reports 2004, p. 136, 62, 187, 212, 219.*

³¹ *V. Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457, par. 52.*

normama *jus cogens*³², smatrati da su ova dva koncepta potpuno jednaka, prema nekim piscima, nije baš razborito. Potvrdu ovoj tezi pronalazimo u učenju P. Piconea, koji obrazlaže da ova dva koncepta imaju različito historijsko porijeklo, svoje učinke, kao i odgovarajuća polja primjene. Oponira koncepciji prema kojoj se samo pravila koja utemeljuju obaveze *erga omnes* mogu smatrati za peremptornim, kao i teorijskom promišljanju da sve norme *jus cogens*, ukoliko se povrijede, proizvode obaveze *erga omnes*. (Picone, 2011: 411-424). No, ovakvo gledište znači svojevrsnu kritiku shvatanju koje je usvojeno u konačnome tekstu Nacrta Pravila Komisije UN za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodne protupravne čine iz 2001., odn. konačnome tekstu Nacrta Pravila iste Komisije o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011.³³

Držimo, stoga, da je u ovoj materiji mudro biti na oprezu. Iako je poprilično razložno formulirati zaključak u smislu da sve imperativne pravne norme nesumnjivo imaju *erga omnes* učinak, uostalom pojedini pravni pisci koriste i sintagmu „kogentna odredba *erga omnes*“ (Seršić, 2012: 748, 749)³⁴, to se ne može tvrditi za suprotno, odn. zaključiti da sve obaveze *erga omnes* imaju *jus cogens* status nije baš znanstveno usvojivo.³⁵

3. Utvrđivanje odgovornosti za povredu obaveza *erga omnes*: međunarodni sprovedbeni mehanizmi

Čini se da je postalo razvidno, a na temelju prednjega poglavlja, da se međunarodne obaveze u ovome smislu mogu podijeliti na *erga omnes (per se)* i na *erga*

³² U već citiranome slučaju *Barcelona Traction*, Međunarodni sud je potvrdio postojanje izvjesnih međunarodnih obaveza država koje djeluju u odnosu na sve države i, iako sam izraz nije upotrijebljen, predstavljaju *jus cogens* (Obradović, 2000: 79, 80). Međutim, ovdje moramo biti jako pažljivi. E. de Wet razlučuje da odluka Suda u ovome predmetu predstavlja autoritet pri zaključivanju da *jus cogens* obaveze imaju *erga omnes* učinke (de Wet, 2013: 554).

³³ V. Odjeljak III, čl. 40. st. 1. Nacrta Pravila iz 2001. i Odjeljak III, čl. 41. st. 1. Nacrta Pravila iz 2011.

³⁴ „S obzirom na to da se radi o kršenjima imperativnih normi *erga omnes*, i te su dužnosti *erga omnes*.“ (Cf. Degan, 2011: 392).

³⁵ Tako obaveze iz oblasti međunarodnih ljudskih prava, koje su sadržane u mnogostranim međunarodnim ugovorima, zasigurno i najpoznatijima, Međunarodnome paktu o građanskim i političkim pravima te Međunarodnome paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, oba iz 1966, zasigurno predstavljaju dokaz kolektivnoga interesa, odn. da u ovim slučajevima cijela međunarodna zajednica ima interes da se ove obaveze imaju poštivati i provoditi. Dakle, možemo smatrati da ovi paktovi sadrže obaveze *erga omnes*, budući da su dobile status običajnoga međunarodnoga prava. Istovremeno, ovakvo što niukom slučaju ne može značiti da ove obaveze imaju status *jus cogens*, tj. da se radi o kogentnim pravnim normama. Usporedbe radi, peremptorni karakter prohibicije genocida i torture rezultira iz njihova specifičnoga priznavanja kao takvih od velike većine država (de Wet, 2013: 555).

*omnes partes*³⁶. Prve su uperene prema međunarodnoj zajednici kao cjelini³⁷, dok se ove druge duguju skupini država³⁸. Sljedstveno komentaru čl. 48. Nacrta Pravila o odgovornosti država³⁹, o obavezama koje su uperene prema cijeloj međunarodnoj zajednici država i međunarodnih organizacija razmatrano je u predmetu *Barcelona Traction* (Crawford, 2002: 276)⁴⁰, dok se obaveze *erga omnes partes* mogu izvesti, odn. imati svoj izvor u mnogostranim ugovorima ili običajnome međunarodnome pravu. (*Ibid*: 277).⁴¹ Ipak, primjećujemo da radi izbjegavanja dodatne zabune, Nacrt Pravila o odgovornosti država, umjesto izraza „obaveze *erga omnes*“ koristi deskriptivni izraz – to su, prema već iznijetome, obaveze koje djeluju prema cijeloj međunarodnoj zajednici, dok su ove druge, obaveze koje su aktivne prema grupi država, najčešće strana ugovornica jednoga, uglavnom, regionalnoga međunarodnoga instrumenta. U ovome duhu vrijedi navesti Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. kao *exempli causa* obaveza *erga omnes partes*, dok je, pak, UN Konvencija o genocidu iz 1948. potvrda postojanja univerzalnih obaveza *erga omnes*, dakle, u svome punome obuhvatu.

Također valja imati na umu da Međunarodni sud u više svojih odluka ima identično gledište, a to je da „*erga omnes* karakter norme i pravilo o pristanku na nadležnost jesu dvije različite stvari”⁴² te da, uprkos prostoj činjenici da su prava i obaveze *erga omnes* dio predmeta jednoga međunarodnoga spora, ipak „ne daju Sudu nadležnost da odlučuje u tom sporu.”⁴³ Jednak učinak na uspostavljanje nadležnosti Međunarodnoga suda ima i povrijeđena norma *jus cogens*, koja je kao takva predmet nekoga međunarodnoga spora između država. (The Inter-

³⁶ „Obaveze koje mogu proizići za države stranke nekih mnogostranih ugovora, a koje se pokatkad nazivaju obavezama *erga omnes partes*“ (Degan, 2011: 368).

³⁷ Čl. 48. st. 1. tč. b. Nacrta Pravila iz 2001.

³⁸ Čl. 48. st. 1. tč. a. Nacrta Pravila iz 2001.

³⁹ Glede odgovornosti međunarodnih organizacija u ovome duhu v. čl. 49. Nacrta Pravila iz 2011., koji, jednako tako, pravi istovjetnu distinkciju između međunarodnih obaveza.

⁴⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija)*, *Presuda, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, 32, par. 33. Valja upozoriti da referiranje Međunarodnoga suda u predmetu *Belgium v. Senegal* na svoje obrazloženje glede međunarodnih obaveza dato u predmetu *Barcelona Traction* može stvoriti zabunu u odnosu na diferencijaciju međunarodnih obaveza. Poblize v. Uchkunova, 2012. Preuzeto 13. aprila 2020. s <http://www.ejiltalk.org/belgium-v-senegal-did-the-court-end-the-dispute-between-the-parties/>.

⁴¹ Primjeri ovih obaveza poblize objašnjeni u par. 7. na istoj str. ovoga izvora.

⁴² *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90, 102, par. 29.

⁴³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6, 32, par. 64.

national Court of Justice: 34)⁴⁴. Potvrdu ovome nalazimo u predmetu *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, u kojem Sud, između ostaloga, zaključuje:

„Konačno, Sud smatra nužnim podsjetiti da prosta činjenica što se prava i obaveze *erga omnes* ili peremptorne norme općega međunarodna prava (*jus cogens*) pojavljuju kao predmet spora ne može *per se* konstituirati iznimku načelu da njegova nadležnost uvijek ovisi o pristanku strana.“⁴⁵

Postoje, dakle, takva dobra i vrijednosti čija povreda prema jednom članu međunarodne zajednice dira interese svakoga člana te zajednice „u tolikoj mjeri da svakom od njih pripada pravo nastupanja prema povreditelju.“ (Andrassy, 1976: 358)⁴⁶ Stoga, kod povrede međunarodne obaveze *erga omnes*, svaka je država i međunarodna organizacija Ujedinjenih nacija ovlaštena da pozove na *odgovornost* svaku državu i svaku međunarodnu organizaciju koja je prekršila

⁴⁴ Preuzeto 17. juna 2019. s http://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/manuel_en.pdf. Čl. 36. Statuta ICJ iz 1945. predviđa različite načine na koji država, koja se nalazi u međunarodnome pravnome sporu (o nekoj činjenici ili tački prava) s drugom državom/državama, može prihvatiti, odn. biti suglasna da se spor, u kojem je ona jedna od strana učesnica, iznese pred Međunarodni sud na konačno rješavanje. Iako je dvostrani sporazum između država u sporu, znan kao „specijalni sporazum ili kompromis“ (The International Court of Justice: 35), najčešći način s ovim u vezi, s druge strane, postaje već opća međunarodna praksa da države pri sklapanju dvostranih ili, pak, mnogostranih međunarodnih ugovora (konvencija) ugovore “obaveznu” nadležnost Međunarodnoga suda, kao način mirnoga rješavanja međunarodnih sporova, koji će eventualno proizići ili nastati primjenom ili tumačenjem nekog međunarodnog ugovora. Ovakav vid formalnoga predviđanja nadležnosti Međunarodnoga suda naziva se kompromisorna klauzula i novijega je datuma od kompromisa (The International Court of Justice: 37. Na str. 38. i 39. istoga izvora daje se tabelarni pregled međunarodnih ugovora koji sadrže odredbu o ovakvom vidu uspostavljanja nadležnosti Suda). U konačnici, treći vid prihvatanja nadležnosti Suda opisan je u čl. 36. st. 2. i 3. Statuta ICJ, a to je deklaracija, kao jednostrani pravni akt neke države, kojom se *pro futuro* prihvata kompulsorna nadležnost ovoga Suda, bilo u sporovima određene prirode, bilo u odnosu na tačno određene države (pobliže u: The International Court of Justice: 39-43). Za šire, v. Đajić, 2012: 63-67. Usp. sa sistemom međudržavnoga spora u pogledu tumačenja, poštivanja i primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) iz 1950. pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu (ESLJP), budući da čl. 33. EKLJP propisuje da se „Svaka visoka ugovorna stranka može obratiti Sudu povodom svake navodne povrede odredaba Konvencije i dodatnih protokola od strane druge visoke ugovorne stranke.“ (detaljnije u: Omejec, 2014: 823).

⁴⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 6, 52, par. 125. V. i *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3, 42-43, par. 88.

⁴⁶ V. već pomenuti čl. 48. Nacrta Pravila iz 2001., kao i čl. 49. Nacrta Pravila iz 2011.

navedenu obavezu⁴⁷, dok se kod obaveze koja djeluje prema jednoj ili skupini država moraju ispuniti dva preduvjeta u pogledu *utvrđivanja odgovornosti države*⁴⁸ po međunarodnom pravu. Sve države i međunarodne organizacije, drugim riječima, imaju pravni interes u zaštiti imperativnih normi općega međunarodnoga prava. (Šire u: Tams, 2005). No, što se dešava kada Ujedinjene nacije povrijede obavezu *erga omnes*? U toj prilici, države i druge međunarodne organizacije su te koje bi trebale posjedovati pravo da pozovu Ujedinjene nacije na pravnu odgovornost. Međutim, čini se da, prema konačnome tekstu Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011, one to već posjeduju, želeći se ovim rješenjem zaštititi vrijednosti ili dobra cijele međunarodne zajednice, odn. kolektivni interesi skupina država ili međunarodnih organizacija, u čijim odredbama se tako stipulira da:

Država ili međunarodna organizacija, osim povrijeđene države ili međunarodne organizacije, ima pravo pozvati na odgovornost drugu međunarodnu organizaciju [...] ako je povrijeđena obaveza uperena prema skupini država ili međunarodnih organizacija, uključujući i državu ili organizaciju koja poziva na odgovornost [...]. 2. Država koja nije povrijeđena država ovlaštena je pozvati na odgovornost međunarodnu organizaciju [...] ako je povrijeđena obaveza uperena protiv međunarodne zajednice u cjelini. 3. Međunarodna organizacija koja nije povrijeđena međunarodna organizacija ima pravo pozvati na odgovornost drugu međunarodnu organizaciju [...] ako se povrijeđena obaveza duguje međunarodnoj zajednici u cjelini [...].⁴⁹

Međutim, smatramo da bi ispravnije gledište bilo da, iako postoji interes zajednice, i iako svaka država i međunarodna organizacija imaju pravni interes da vrše predmetnu zaštitu, samo tačno određene države i međunarodne organizacije, koje su izravno pogođene povredom, mogu ustati s pravnim zahtjevom

⁴⁷ „Neki autori ističu malu praktičnu mogućnost da se u praksi primijeni pozivanje na odgovornost od strane država koje nisu izravno povrijeđene zbog povrede kogentnih odredaba *erga omnes* [...] a neki upozoravaju na složenost postavljanja zahtjeva pred Međunarodnim sudom ako nije riječ o državi koja nije izravno povrijeđena.” (prema: Seršić, 2012: 748).

⁴⁸ Prvi preduvjet utvrđivanja odgovornosti je da je neka država prekršila obavezu prema drugoj državi, a drugi preduvjet je da samo povrijeđena/pogođena država (ona država prema kojoj je međunarodna obaveza djelovala, odnosno bila usmjerena) ima pravo pozvati na odgovornost državu povrediteljicu međunarodne obaveze. Jednako tako, valja odrediti i što čini međunarodni protupravni čin. Tako, „Međunarodni protupravni čin države postoji kada je ponašanje koje se sastoji od djelovanja ili propusta: (a) pripisivo državi po međunarodnome pravu; i (b) predstavlja povredu međunarodne obaveze te države.“ Čl. 2. (elementi međunarodnoga protupravnoga čina države) Nacrta Pravila iz 2001. Usp. s čl. 4. Nacrta Pravila iz 2011.

⁴⁹ Čl. 49. st. 1, 2 i 3. Nacrta Pravila iz 2011.

protiv države ili organizacije povrediteljice. Dakle, u gornjem slučaju da se primjeni isti pravni režim koji je prihvaćen kod povrede tzv. običnih međunarodnih obaveza. Iako je, čini se, Komisija UN za međunarodno pravo zauzela drukčiji stav donošenjem Nacrta Pravila 2001., odn. 2011., zaključivši da „u slučaju povrede ovih obaveza svaka se država mora smatrati legitimnom u pozivanju – vjerovatno kroz sudske kanale – na odgovornost države koja počinu međunarodno protupravno djelo“⁵⁰, što je potvrdio i Međunarodni sud u predmetu *Barcelona Traction* 1970. u smislu da svaka država ima pravo zahtijevati poštivanje obaveza *erga omnes*⁵¹, razborito bi bilo vjerovati da ovakvo rješenje ne bi bilo uputno iz dvojakoga razloga: 1) praktički teško ostvarivo; 2) mogućnosti djelovanja *ultra vires* i najrazličitijih zloupotreba ovoga prava je golema. Istina, predmetno rješenje bi bilo, teoretski uzevši, najispravnije i slijedilo bi pravnu logiku povrede obaveza i *erga omnes per se* i *erga omnes partes*, dakle, predstavljalo bi potvrdu ovoga koncepta, no, vjerujemo da sadašnje međunarodno pravo i praksa država nije na potrebnom stepenu razvoja da bi mogla spriječiti zloupotrebu date ovlasti svim državama i međunarodnim organizacijama kroz odnosni koncept. Držimo da nema apsolutno bezuvjetnoga pravnoga režima pokretanja pitanja utvrđivanja pravne odgovornosti kod povrede obaveze *erga omnes*.⁵² Kao što sudska⁵³ i praksa država kod instituta univerzalne nadležnosti

⁵⁰ *Yearbook of the ILC*, 1976, vol. II, Dio drugi, str. 99.

⁵¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija)*, *Presuda, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, 32; Također i: *ICTY, Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, IT-95-17/1, 10. decembar 1998, par. 151; Jednako tako, bilo bi kontradiktorno ako bi se u slučaju povrede kogentne norme uspostavio odnos odgovornosti isključivo između države povrediteljice i izravno povrijeđene države. (Ago, 1976: 32).

⁵² O osiguranju suglasnosti s *erga omnes* obavezama te o raspravi mogu li postojeći mehanizmi međunarodne zajednice osigurati adekvatnu primjenu sadašnjega koncepta, pogledajte v. Zemanek, 2000: 8-17. Isti pisac u ovome smislu daje prikaz i Nacrta pravila o odgovornosti države za međunarodne protupravne čine, istina onog iz 1996. (*Ibid*: 25-34). Usp. s mjerama i mehanizmima unutar međunarodnih organizacija za svrhe osiguranja provedbe odluka međunarodnih organizacija na teritoriji država njihovih članica, ali i na teritoriji država nečlanica, posebno ukoliko se radi o djelovanju Vijeća sigurnosti UN temeljem glave VII Povelje UN. U tom smislu, Hurd, 2011; Račić, 2010.

⁵³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3. Na temelju ove sudske presude, u suvremenome međunarodnome pravu čini se da ne postoji apsolutna ili bezuvjetna univerzalna nadležnost, već se traži postojanje određene veze ili *nexusa* između države i osumnjičenoga pojedinca. Najčešće je uvjet koji se ima ispuniti sadržan u teritorijalnoj vezi, tj. u činjenici da se osumnjičena osoba nalazi na području odnosne države koja ima intenciju obrazovati svoju nadležnost po ovom pravnom osnovu. No, čini se da koncept univerzalne nadležnosti prima rastuću podršku među pravnim znanstvenicima. Jednako tako, raste broj država koje u svojim nacionalnim pravnim sistemima imaju zakone koji osiguravaju univerzalnu nadležnost, međutim izostaje podrška u praksi država. (Bassiouni, 2006: 44). Prema ovom pravnom piscu, nužno je imati

jedinstvenu teoriju o univerzalnoj jurisdikciji, odnosno jedinstveni koncept univerzalnoga načela u međunarodnome pravu. Upravo je formiranje smjernica za ovu namjenu bila svrha projekta Princeton o univerzalnoj jurisdikciji (eng. *Princeton Project on Universal Jurisdiction*). M. C. Bassiouni vjeruje da će Princeton inicijativa ići u pravcu koncipiranja i usvajanja međunarodne konvencije o univerzalnoj jurisdikciji za teške međunarodne zločine. (Bassiouni, 2006: 63). A. H. Butler ustvrđuje da je obim univerzalne jurisdikcije u nacionalnim pravnim sistemima država „često vrlo ograničen i predmet je mnogih restrikcija.“ (Butler, 2006: 75). Nakon početka projekta *Princeton* o univerzalnoj jurisdikciji, učinjen je izvrstan napredak u mnogim državama u smislu širenja obima univerzalne nadležnosti, koju su nacionalni sudovi ovlašteni izvršavati. Kraljevina Belgija je, naprimjer, bila jedna od prvih država koja je svoje sudove ovlastila da uspostavljaju univerzalnu nadležnost u odnosu na zločin genocida, zločine protiv čovječnosti i ratne zločine počinjene u unutrašnjim oružanim sukobima (v. Zakon od 16. juna 1993. u odnosu na suzbijanje teških povreda Ženevskih konvencija od augusta 1949. i Dopunskih Protokola I i II od 8. juna 1977., *Moniteur Belge* 17751 (5. august 1993)). No, jednako tako valja ustvrditi da je ova zapadnoeuropska država odustala od ovako široko postavljene jurisdikcije, vjerovatno i posljedično odluci Međunarodnoga suda u predmetu *Arrest Warrant* iz 2002 (v. Zakon od 23. aprila 2003 – mijenjajući Zakon od 16. juna 1993 – u odnosu na kažnjavanje teških povreda međunarodnoga humanitarnoga prava, kao i čl. 144. Sudskoga kodeksa). Nakon Kraljevine Belgije 1993., slične zakonske odredbe o široko postavljenoj univerzalnoj krivičnoj jurisdikciji usvojile su Ujedinjeno Kraljevstvo i Savezna Republika Njemačka. (Butler, 2006: 75). Također, v. Slaughter, 2006: 168-192; Orentlicher, 2006: 214-239; Kirby, 2006: 240-259; Sands, 2006: 23-45; Hall, 2002: 3-6; Becker, 2002: 15. Za raspravu o primjeni univerzalne nadležnosti glede zločina genocida: Vyver, 1999: 319-336. Dilema, je li razložno da države posežu za univerzalnom krivičnom jurisdikcijom u suvremenom međunarodnom pravu, odn. da li bi se one u tome trebale ohrabrivati, tretira se u: Zemanek, 2000: 48-50; dok se o pitanju univerzalne nadležnosti *in absentia* studiozno raspravlja u: Rabinovitch, 2004 – u kojem članku (zanimljivo je da je napisan i objavljen nakon odluke Suda u predmetu *Arrest Warrant*) se iznosi zaključak da je sada nemoguće odrediti je li univerzalna nadležnost *in absentia* dozvoljena po međunarodnome pravu, prevashodno iz razloga nepostojanja konsenzusa po ovom pitanju, ali i dotadašnje nekonzistentne sudske prakse. No, ono što je moguće promišljati jeste da je ovaj institut vjerovatno nesuglasan s mnogim historijskim opravdanjima njegove upotrebe. Također, postoje i mnogi praktični razlozi koji niječu legitimitet ovoga instituta. U prvome redu, ovo bi bio atak na stabilnost međunarodnih odnosa, uzdrmalo bi ulogu Međunarodnoga krivičnoga suda, dovelo bi do međunarodnopravne nesigurnosti. Uostalom, apsolutna univerzalna nadležnost dovela bi u pitanje i načelo pravičnosti samoga krivičnoga postupka, s obzirom na eventualni nedostatak ili vjerovatnost postojanja vrlo malo dokaza o učinjenome djelu u državi koja nema poveznicu s počiniteljem takvoga djela (*Ibid*: 529). U konačnici, na sličnome tragu je i J. Klabbbers, koji iskazuje da univerzalna nadležnost zvuči kao odlična ideja, jer je pomogla dovesti do kraja nekažnjavanje počinitelja za teške povrede ljudskih prava, no, u isto vrijeme, postoji i nekoliko vrlo praktičnih zabrinutosti glede ovoga pravnoga instituta, koje se ogledaju poglavito u sakupljanju dokaza radi suđenja pojedincu na temelju individualne krivične odgovornosti. Naime, suđenje pojedincu u Republici Finskoj, koji se sumnjičio da je učestvovao u izvršenju genocida u Republici Ruandi 1994. značilo je da lokalni finski sud i tužitelj moraju otići u Ruandu kako bi ispitali svjedoke i prikupili materijalne dokaze (Klabbbers, 2013: 95). Uzimamo ovaj primjer kao eklatantan onome što želimo ustvrditi: bogate zemlje ovo sebi mogu priuštiti, međutim J. Klabbbers iznosi da siromašne zemlje možda nisu u mogućnosti takvo što učiniti te

pokazuje da je većinski stav da čisto (apsolutno ili bezuvjetno) univerzalno načelo u praksi ne postoji (Crnić-Grotić, 2005: 299-320), odnosno da je skopčano s velikim praktičnim poteškoćama, mislimo da bi pitanje pokretanja pravnoga postupka od strane *bilo koje* države ili međunarodne organizacije za povredu međunarodne obaveze *erga omnes* moglo predstavljati dvosjekli mač, osobito što bi, u ovom slučaju, prijetile zloupotrebe takve ovlasti u međunarodnoj zajednici prepunoj najrazličitijih političkih i geostrateških interesa.⁵⁴ Smatramo, dakle, da bi se pokretanje postupka trebalo ostaviti samo onoj državi ili međunarodnoj organizaciji koja je povredom obaveze odnosne vrste izravno pogođena, s obzirom da povreda obaveze teoretski pogađa cijelu međunarodnu zajednicu,

iskazuje bojazan da se univerzalna jurisdikcija možda koristi da bi se pokazala i/ili ostvarila politička moć države, u uvjetima kada bogate države Zapada procesuiraju one pojedince koji su povrijedili standarde tih bogatih zapadnjačkih država (prema: *Ibid*). Najzad, a povrh svega, za bolje razumijevanje dosega i učinaka univerzalne jurisdikcije, v. District Court of Jerusalem, Israel, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, Criminal Case No. 40/61, Judgment, 11 December 1961 (usp. s izjavom da se „predmet *Eichmann* smatra najistaknutijim presedanom u pogledu univerzalne nadležnosti u odnosu na genocid.“ (Inazumi, 2005: 63)) te, jednako tako važan za ove aspekte, predmet *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701 (Supreme Court of Canada, *R. v. Imre Finta*, Judgment, br. 23023, 23097, 24. mart 1994 (potonja odluka izražava stajalište da, temeljem primjene univerzalnoga načela, kanadski sudovi imaju nadležnost procesuirati, konkretno, mađarskoga državljanina za ratni zločin i/ili zločine protiv čovječnosti koji su počinjeni na području države Mađarske u razdoblju koje se odnosi na Drugi svjetski rat. Takvo što predviđao je, u vrijeme donošenja odluke, tada na snazi kanadski krivični zakon. Puni tekst Presude preuzet je 14. augusta 2020. s http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Canada/RcFinta_SupremeCourt_24-3-1994-EN.pdf).

⁵⁴ Ovo je na tragu učenja, odn. argumentacije *contra* primjeni univerzalne nadležnosti u međunarodnome pravnome poretku, budući da ova vrsta nadležnosti može proizvesti „opasne posljedice, naročito u odsustvu općeprihvaćenih ograničenja njezina opsega.“ Univerzalna nadležnost nije poput drugih oblika međunarodne nadležnosti, jer se ona „ne temelji na pretpostavkama suvereniteta ili suglasnosti država“, već radije da ih izbjegne. Tvrdi se da ova nadležnost „može dovesti do sukoba i mogućih neprijateljstava između država, jer se ona može protumačiti kao zadiranje u suverenu vlast države koja predviđa tradicionalnu nadležnost za određeno djelo.“ (Kontorovich, 2004: 184). Iako se stotinama godina univerzalna jurisdikcija primjenjivala isključivo u odnosu na zločin piratstva [vjerovatno iz razloga što se ovo protupravno djelo može činiti isključivo u otvorenome moru (eng. *High Seas*) i zračnome prostoru iznad njega – dakle, prostoru koji se nalazi izvan teritorijalnoga suvereniteta bilo koje države], posljednjih se desetljeća ona primjenjuje i na mnoge povrede ljudskih prava – ova ekspanzija u njezinoj primjeni i obimu praćena je porastom volje na strani država da je koriste (*Ibid*). U regiji Jugoistočne Europe, Republika Srbija se može uzeti kao primjer države koja svojim nacionalnim propisom predviđa primjenu univerzalne nadležnosti, i to za djela ratnih zločina (generički, skupni naziv). Stoga, v. Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 67/2003, 135/2004, 61/2005, 101/2007, 104/2009, 101/2011 - dr. zakon i 6/2015).

dok *stvarno* samo određenu državu/e ili međunarodnu organizaciju.⁵⁵ Druge države i međunarodne organizacije, po našem shvatanju, imali bi tek komplementarnu nadležnost, dakle, mogli bi biti aktivno legitimirani samo u situaciji kada izravno pogođena država ili međunarodna organizacija ne može, tj. nije u poziciji pokrenuti postupak pravnoga utvrđenja povrede obaveze.⁵⁶

⁵⁵ Ovo gledište je blisko shvatanju prirode i karaktera međunarodnoga spora, i svih njegovih akcesornih elemenata, koji se iznosi pred Međunarodni sud. Naime, Sud je do sada u najvećoj mjeri rješavao međunarodne sporove koje bi pred njega iznijele strane u tom sporu, od kojih je jedna uglavnom bila povrijeđena država (eng. *Injured State*) međunarodnim protupravnim djelom koje je nastalo povredom neke međunarodne obaveze države.

⁵⁶ Ovakvo rješenje nije baš jednako stajalištu koje je dominiralo u vrijeme usvajanja konačnoga teksta Nacrta Pravila o odgovornosti 2001./2011., odn. njihovim čl. 48./49. Slijedom određenja iz predmetnih odredaba, valja tvrditi da je svaka država ovlaštena, kao članica „međunarodne zajednice kao cjeline“ (eng. *international community as a whole*) (ovaj termin je danas općeprihvaćen. Prvi puta ga je koristio Međunarodni sud u predmetu *Barcelona Traction (I.C.J. Reports 1970 p. 3, 32 (par. 33))*. Nalazimo ga kao takvoga i u Rimskome statutu Međunarodnoga krivičnoga suda iz 1998. (čl. 5. st. 1) (United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, p. 3). Isprva je korišten da bi označio samo međunarodnu zajednicu država, dok se danas koristi za zajednicu svih međunarodnopravnih entiteta, uključujući pri tome, pored država, sve međunarodne organizacije koje posjeduju međunarodnopravni subjektivitet (tako, Crawford, 2001: 314; usp. s Degan, 2006: 218-221; Villalpando, 2010: 387-419)) pozvati na odgovornost drugu državu zbog povrede međunarodnih obaveza *erga omnes per se* i *erga omnes partes*, te, slijedstveno tome, a shodno čl. 48. st. 2. Nacrta pravila iz 2001. (usp. s čl. 49. st. 4. Nacrta Pravila iz 2011.) zahtijevati od države povrediteljice prestanak činjenja međunarodnoga protupravnoga djela, davanje obećanja i garancija da se djelo više neće ponoviti, kao i reparaciju u interesu povrijeđene države ili beneficijara povrijeđene obaveze. Također, sve su države, po svojoj definiciji, članice međunarodne zajednice kao cjeline, i odnosne obaveze su po definiciji kolektivne obaveze koje štite interese međunarodne zajednice kao takve. No, ovo ne znači da takve obaveze ne štite istodobno i individualne interese država, kao što prohibicija čina agresije štiti opstanak svake države i sigurnost njezinih građana. Jednako tako, svaka individualna država može posebno biti pogođena povredom obaveza *erga omnes*. *Exempli causa*, obalna država koja je posebno pogođena zagađenjem, što je posljedica povrede obaveze kojoj je u cilju zaštita morske životne sredine u kolektivnome interesu (prema: Crawford, 2002: 278, par. 10). U ovome duhu se vjerovatno ima shvatiti i čl. 22. Pakta Lige naroda (uspostavljanje sistema mandata). Smisao ove odredbe je dodjela mandata nad određenim područjem (radilo se o bivšim kolonijama Njemačkoga i Osmanskoga carstva koje su stavljene u nadležnost Lige naroda pobjedom nad ovim carstvima u Prvome svjetskome ratu (1914 – 1918) od Lige naroda, kao međunarodne organizacije, nekoj državi na upravljanje (sadržina u ovisnosti od klasifikacije mandata (A, B i C mandati)), s ciljem stvaranja uvjeta za *pro futuro* stjecanje suverenosti toga područja koje je bilo pod mandatom. Jedna od odlika sistema mandata je bila da kada država, mandatorna sila, povrijedi svoju obavezu u odnosu na vršenje mandata, smatralo se da je povrijeđena ona obaveza koju je država, mandatorna sila, imala prema cijeloj međunarodnoj zajednici, odn. držalo se da je ta država povrijedila kolektivni interes.

S druge strane, kako smo prethodno u radu naveli, prvi preduvjet utvrđivanja odgovornosti je da je neka država prekršila obavezu prema drugoj državi, a drugi preduvjet je da samo povrijeđena/pogođena država (ona država prema kojoj je međunarodna obaveza djelovala, odnosno bila usmjerena) ima pravo pozvati na odgovornost državu povrediteljicu međunarodne obaveze.⁵⁷ No, ko bi u praksi pozivao Organizaciju ujedinjenih nacija i ostale međunarodne organizacije na odgovornost zbog kršenja međunarodne obaveze? Države članice Ujedinjenih nacija? Možda druge međunarodne organizacije? Također, ko bi u ovome slučaju bio odgovoran, znajući da Nacrt Pravila iz 2011. i to njegov čl. 48. st. 1. predviđa dualitet odgovornosti i međunarodne organizacije i države/a za istu povredu međunarodne obaveze.⁵⁸ Istina, pod određenim uvjetima i okolnostima, a temeljem ovoga pravila, može se raditi o zajedničkoj odgovornosti (eng. *joint responsibility*) međunarodne organizacije i države/a, kao i o supsidijarnoj odgovornosti (eng. *subsidiary responsibility*) međunarodne organizacije ili države. (Pobliže u: Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries (2011), New York: United Nations, str. 77, par. 2. Da li bi otuda Ujedinjene nacije mogla pozvati na odgovornost neka druga međunarodna organizacija, kao što i postoji mogućnost shodno Nacrtu Pravila iz 2011?⁵⁹ Držimo

⁵⁷ V. u: *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Savjetodavno mišljenje, I.C.J. Reports 1949, p. 174 (181-182).

⁵⁸ No, zapitajmo se kakva je intencija Komisije UN za međunarodno pravo u pogledu čl. 48. (Odgovornost međunarodne organizacije i jedne ili više država ili međunarodnih organizacija), jer ova odredba adresira situaciju kada je međunarodna organizacija odgovorna za neko protupravno djelo zajedno s jednim ili više drugih entiteta (tvorevina), bilo međunarodnih organizacija bilo država. „Zajednička odgovornost međunarodne organizacije s jednom ili više država je predviđena čl. 14. do 18, koja se tiču odgovornosti međunarodne organizacije u vezi s činom države, i s čl. 58. do 62, koji se odnose na odgovornost države u vezi s međunarodnim protupravnim djelom međunarodne organizacije.“ (United Nations, 2011: 76). U prilog ovoj tezi ide i pravno rješenje prisutno kod zaključivanja tzv. miješanih sporazuma (eng. *mixed agreements*) između Europske unije (EU) i njezinih država članica, i to u situaciji kada takvi sporazumi ne predviđaju podjelu odgovornosti između Europske unije i njezinih država članica. Europski sud (pravde) u ovakvim situacijama ustvrdio je zajedničku odgovornost Unije i država članica. Usp. ESP, *Parliament v. Council*, Judgment of 2 March 1994, case C-316/91, European Court of Justice Reports, 1994, p. I-623, I-660–661.

⁵⁹ „Međunarodna organizacija, kada poziva na odgovornost drugu međunarodnu organizaciju u slučaju povrede međunarodne obaveze prema međunarodnoj zajednici kao cjelini, djelovat ćemo samo u izvršenju funkcija koje su njoj dodijeljene od njezinih država članica, koje bi bile ovlaštene da pozovu na odgovornost pojedinačno ili zajednički u odnosu na povredu.“ (United Nations, 2011: 79, par. 7). Literatura, s ovim u vezi, uglavnom pominje Europsku uniju i njoj, od njezinih država članica, preneseno ovlaštenje (*Ibid*: par. 8). Mada je uvriježeno stajalište, ali i praksa, da je uglavnom međunarodna organizacija ta koja poziva na odgovornost neku državu povrediteljicu međunarodne obaveze *erga omnes*, shodno normi čl. 49. Nacrta Pravila iz 2011., moguće je i da država/e pozovu neku međunarodnu organizaciju na odgovornost. Međutim, praksa nije baš znakovita. S druge strane, signifikantna je praksa

da bi ovo pozivanje i *utvrđivanje* odgovornosti Ujedinjenih nacija bilo nužno da dođe izvan organizacije, jer bi u protivnome imali tzv. samopozivanje i samoutvrđivanje odgovornosti, kojem rješenju nedostaje pravne ozbiljnosti i pravne praktičnosti i efikasnosti takvoga sistema materijalnih i procesnih pravnih pravila. Stoga smatramo da neka sadašnja rješenja jesu možda teoretski dobro uobličena, odn. nomotehnički uredna, no teško da bi sve odredbe iz Četvrtoga dijela (implementacija međunarodne odgovornosti međunarodne organizacije), posebno iz njegova Prvoga poglavlja (pozivanje na odgovornost međunarodnu organizaciju) bile u potpunosti ostvarive u praksi. Iskazujemo da date odredbe teško da pripadaju realističkome pojmu prava, više su dio nedovršenoga, prividnoga ili gologa prava (lat. *nudum jus*).⁶⁰ Jednako tako, da li bi realno bilo za

Europske unije, kao međunarodne organizacije *sui generis*, koja vrlo često izražava svoju poziciju da države nečlanice čine povredu obaveza, i to onih koje se duguju međunarodnoj zajednici kao cjelini (*Ibid*: par. 9). Naprimjer, opća pozicija Vijeća Europske unije od 26. aprila 2000. bila je izražena kao „teška i sistematska kršenja ljudskih prava u Burmi” (Republika Unija Mijanmar) (*Official Journal of the European Communities*, 14. maj 2000, L 122, 1), dok se nešto recentniji primjer odnosi na mjere koje su poduzete od Vijeća Europske unije u odnosu na situaciju u Libiji, kada su strogo osuđeni nasilje i korištenje sile protiv civila te je ujedno izraženo žaljenje zbog suzbijanja mirnih demonstranata (Odluka Vijeća 2011/137/CFSP od 8. februara 2011, *Official Journal of the European Union*, 3. mart 2011, L 58, 53). U Komentarima se naznačuje da nije baš jasno da li su u ovim primjerima sve države članice EU pozvale na odgovornost zvanične vlade Republike Unije Mijanmar i Libijske Arapske Džamahirije (od 2011., svrgavanjem s vlasti Moamera el Gadafija, zvanično Država Libija) ili je to, pak, učinila EU kao distinktivna organizacija (United Nations, 2011: par. 9). Na kraju, EU usvaja i ekonomske mjere protiv navodno odgovornih država (*Ibid*: 80), pri čemu je zanimljivo da je termin „sankcija” rezerviran isključivo za Vijeće sigurnosti UN, kada djeluje shodno glavi VII Povelje UN, odn. za sistem UN, dok se kvalitativno ili sadržajno isti ili sličan instrumentarij kod EU naziva mjerama (eng. *measures*). Također, u ovome dijelu, vrijedno pažnje je i Savjetodavno mišljenje o Odgovornostima i obavezama država koje sponzoriraju osobe i entitete u odnosu na aktivnosti u Zoni (eng. *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area*) (radi se o Međunarodnoj zoni dna mora i podzemlja, koja ne spada u teritorijalni suverenitet država). Vijeće za morsko dno Međunarodnoga tribunala za pravo mora, sa sjedištem u Hamburgu, tako je razmotrilo da je ovlaštenje Međunarodne vlasti za morsko dno (eng. *International Seabed Authority*, posebno međunarodno tijelo sa sjedištem na Jamajci, obrazovana prema UN Konvenciji o pravu mora iz 1982. i Sporazuma iz 1994. glede implementacije Dijela XI UN Konvencije o pravu mora) da zahtijeva kompenzaciju zbog povreda obaveza u Zoni implicitno predviđeno čl. 137. st. 2. UN Konvencije o pravu mora, koji određuje da će Međunarodna vlast za morsko dno djelovati „u ime“ *čovječanstva* (ITLOS, *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area*, 1 February 2011, par. 180. Kurziv autora; United Nations, 2011: 80, par. 12).

⁶⁰ Na ovome stadiju već je postalo razvidno da postoje različite razine ili sistemi odgovornosti, od pravne odgovornosti pojedinaca, preko odgovornosti država, sve do odgovornosti međunarodnih organizacija *po međunarodnome pravu*. Ovi različiti sistemi koegzistiraju jedni pored drugih, međusobno se isprepliću te tako mogu stvoriti različite

očekivati da Ujedinjene nacije pozivaju na odgovornost druge međunarodne organizacije, kao što su primjerice Europska unija ili, pak, Organizacija Sjeveroatlantskoga sporazuma (NATO)?

Nadalje, i čl. 40. Nacrta Pravila iz 2001. i čl. 41. Nacrta Pravila iz 2011. razlikuje „teške povrede obaveza prema imperativnim normama općega međunarodnoga prava“ od ostalih povreda.⁶¹ Iz ovoga zaključujemo da suprotno teškim povredama međunarodne obaveze koja derivira iz *jus cogens*, postoji tzv. obično kršenje međunarodne obaveze koja ne derivira iz *jus cogens*. Iz naprijed navedenoga, a temeljem izvršene analize Nacrta pravila o odgovornosti država/međunarodnih organizacija i komentara Nacrta Pravila o odgovornosti država (v. u: Crawford, 2002: 242-248) te komentara Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija⁶², i pored toga što čl. 40/41. ne sadrže ilustrativne primjere imperativnih normi⁶³, nalazimo da se teška kršenja međunarodne obaveze koja nastaju iz *jus cogens* odnose, u velikoj mjeri, na teška kršenja ljudskih prava i osnovnih sloboda, na teška kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava, odnosno na činjenje međunarodnih zločina *stricto sensu*. Radi se, u konačnici, o teškome kršenju međunarodnih načela i pravila kojima se osigurava zaštita vrijednosti od suštinskoga značaja za cijelu međunarodnu zajednicu država i međunarodnih organizacija, među kojima su mir i sigurnost čovječanstva svakako primarni.⁶⁴

filozofske i praktične probleme. Dodatni problem nastaje kada se individualnoj krivičnoj odgovornosti i odgovornosti država pridoda još i odgovornost međunarodnih organizacija, odn. drukčije izraženo, „stvari se dodatno zakompliciraju s mogućim dodavanjem treće razine odgovornosti: one međunarodnih organizacija.“ (Klabbers, 2013: 138). Ističemo da se ovo zapažanje niukom slučaju ne smije shvatiti da optiramo za isključivanje odgovornosti međunarodnih organizacija za međunarodne protupravne čine, posebno međunarodnih zločina *stricto sensu* – samo želimo ukazati na eventualne praktične probleme koji se mogu vremenom razviti u praksi, budući da ne bi voljeli vidjeti međunarodnu zajednicu i međunarodnopravni poredak u situaciji koja će samo biti potvrda stare maksime: „gdje svako može biti odgovoran, niko nije.“ (*Ibid*). Jednostavno, kako je područje odgovornosti međunarodnih organizacija još uvijek nerazvijeno, otvoreno je za goleme rasprave i različita tumačenja.

⁶¹ U čl. 40. Nacrta Pravila iz 2001. stoji: (1) „Ovo poglavlje primjenjuje se na međunarodnu odgovornost koja uključuje ozbiljnu povredu od države obaveze koja proistječe iz peremporne norme općeg međunarodnog prava. (2) Povreda takve obaveze je ozbiljna ukoliko uključuje teški ili sistematski neuspjeh odgovorne države da ispuni obavezu.“ Čl. 41. Nacrta Pravila iz 2011. je identične sadržine.

⁶² United Nations, 2011: 66.

⁶³ Valja također imati na umu da primjeri *jus cogens* uopće nisu iscrpni. Tako, Crawford, 2002: 247.

⁶⁴ U ovome dijelu napravili smo svojevrсни uvod u odnosnu problematiku. Temeljitiya razrada zahtijeva nove znanstvene rasprave.

3.1. *Obaveze erga omnes i actio popularis*

Kod postupanja u slučaju kršenja u međunarodnopravnoj doktrini valjalo bi razlučiti obaveze *erga omnes* od *actio popularis*, budući da već dugo u literaturi nailazimo na dilemu o postojanju *actio popularis* u međunarodnome pravu. (Memeti, Nuhija, 2013: 34)⁶⁵. U rimskome pravu, simplificirano, *actio popularis* označavao je postupak koji je pojedinac mogao pokrenuti u ime javnoga interesa. (Aceves, 2003: 356). Dakle, u Starome Rimu stranac je mogao iznijeti slučaj u ime povrijeđenoga roba, budući da robovi nisu imali *jus standi* pred rimskim tribunalom kako bi pokrenuli postupak u svoje ime. (Rubin, 2001: 268). Čini se da je ovaj izraz, odn. institut ušao iz rimskoga prava u službeni leksikon međunarodnoga prava s donošenjem Izdvojenoga mišljenja poljskoga suca Winiarskija u predmetu Međunarodnoga suda *South West Africa (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa) (Preliminary Objections)*⁶⁶ godine 1962., u kojem je on ustvrdio da, izgleda, da je *actio popularis* strana međunarodnome pravu i novina u međunarodnim odnosima.⁶⁷ Ovu poziciju je podržao Međunarodni sud četiri godine kasnije, kada je ustanovio da tadašnje Carstvo Etiopije i Republika Liberija nisu imale pravo ili interes da preispituju navodno neslaganje Južne Afrike s opsegom i sadržinom mandata Lige naroda u pogledu Jugozapadne Afrike, odn. da se one ne mogu smatrati da imaju bilo kakvo pravo ili interes u vezi s predmetom ovoga spora.⁶⁸ Tako je ICJ dao veoma restriktivno tumačenje „pravnoga interesa“ u svojoj Presudi iz 1966., budući da nije bio spreman potvrditi da država može imati pravni interes u odbrani načela međunarodnoga prava ukoliko nije pretrpjela materijalnu štetu – osim ukoliko ovakvo što nije *explicite* propisano u nekome međunarodnome instrumentu. (de Wet, 2013: 556).

Međutim, postoje naznake da Međunarodni sud može biti sve suočeniji s postupcima rješavanja međunarodnih sporova između država učesnica koji se odnose na zaštitu kogentnih normi, upravo zbog evoluirajućega utjecaja koncepta *erga omnes* na prirodu „pravnoga interesa“⁶⁹ koji države moraju iskazati ili pokazati

⁶⁵ O statusu *actio popularis* u međunarodnome pravu v. Aceves, 2003: 353-402; Razmotriti i: Jørgensen, 2000: 217-220.

⁶⁶ *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 319.

⁶⁷ Dissenting Opinion of President Winiarski, *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 319, 452, 453.

⁶⁸ *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, 51, par. 99.

⁶⁹ Svrha međudržavnoga zahtjeva pred ESLJP je zaštita javnoga poretka Europe. Europska komisija, kao kvazisudsko tijelo, u svojoj odluci u predmetu *Danska, Francuska, Norveška, Švedska i Nizozemska v. Turska* iz 1983 (Ap. br. 9940/82 do 9944/82, *Decision on admissibility*, 6. decembar 1983) obrazložila je objektivni karakter obaveza koje za države stranke proizilaze

za svrhe dokazivanja da mogu biti aktivno legitimirane u određenome sporu, tj. biti strana učesnica spora koji se nalazi pred Međunarodnim sudom. (*Ibid*). Znakovito je stoga da je isti Međunarodni sud godine 1970. u predmetu *Barcelona Traction* ustvrdio da sve države „mogu imati pravni interes u njihovoj zaštiti; to su obaveze *erga omnes*“⁷⁰, čime je udahnuo novi život mogućnosti *actio popularisa* u međunarodnome pravu. (Aceves, 2003: 357)⁷¹. Međunarodni sud će tako u svojim narednim odlukama proširiti pojam pravnoga interesa, odn. njegova razumijevanja.⁷²

U konačnici, iako nalazimo da su koncepti *actio popularis* i *erga omnes* u nekim elementima povezani, dovoljno su različiti i neovisni jedan od drugoga. (Meteti, Nuhija, 2013: 34). S druge strane, razumno je napisati da se odnosni koncepti mogu valjano povezati i s *univerzalnom nadležnošću*. (Usp. s Rubin, 2001: 265-280).⁷³

4. Zaključak

Slijedom svega prethodno iznijetoga, zaključujemo da će se suvremeno međunarodno pravo vjerovatno razvijati u pravcu sve većeg priznanja i vrednovanja interesa međunarodne zajednice svih država i međunarodnih organizacija, i.e. u pravcu sve obimnije zaštite zajedničkih, odn. kolektivnih interesa⁷⁴ kroz

iz Konvencije, ali i temeljnu pravnu svrhu međudržavnih zahtjeva uopće – to je pomenuta zaštita javnoga poretka Europe. U tu svrhu, v. par. 39, 40. i 41. predmetne odluke.

⁷⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija), Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3, 32, par. 33.*

⁷¹ Čini se da ima osnova smatrati međudržavne zahtjeve, odn. međunarodne sporove pred ESLJP u pogledu povreda odredaba EKLJP ilustrativne primjere *actio popularisa* te prigovora državama *in abstracto*. Ovo temeljem razloga da se kod međudržavnih zahtjeva od države ne traži utvrđenje da je ona žrtva povrede Konvencije, odn. da se „ne traži postojanje neposrednoga pravnoga interesa države podnositeljice zahtjeva koji bi bio povezan s predmetom spora.“ (Omejec, 2014: 825). Tako ESLJP, na temelju čl. 33. EKLJP, ima široku nadležnost *ratione personae*. Ovakvo utvrđenje pronalazimo i u judikaturi ESLJP, poglavito u predmetu *Irska v. Ujedinjeno Kraljevstvo* iz 1978 (Ap. br. 5310/71 [1978] ECHR 1 (18. januar 1978), posebno par. 240. Presude).

⁷² *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90; Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422; de Wet, 2013: 556-558.*

⁷³ Kurziv autora.

⁷⁴ Iako se piše o kolektivnim interesima kao interesima međunarodne zajednice kao cjeline, primjećujemo da oni nisu isto što i obaveze *erga omnes*, te se u tom kontekstu ne bi trebali miješati. Kolektivnih je interesa mnogo više negoli postojećih obaveza *erga omnes*. Zapravo, ne postoji jedan kolektivni interes, već mnogo identičnih interesa koji posjeduju kolektivnu sadržinu (Villalpando, 2010: 394). S druge strane, obaveze koje se duguju međunarodnoj

norme međunarodnoga prava. Dakle, s obzirom na usvojeni koncept „međunarodne zajednice“ i „općega interesa“⁷⁵, koji je nesumnjivo jedna od karakteristika sadašnjih razvojnih tendencija međunarodnoga prava, izvjesno je da se ova grana prava usmjerava u pravcu afirmiranja određenoga „subjektiviteta“ međunarodne zajednice. (Obradović, 2000: 79). „Međutim, još uvijek je dosta daleko od toga da se može tvrditi da takav subjektivitet danas već postoji i da se, naprimjer, izvršitelj međunarodnoga protupravnoga djela [država ili međunarodna organizacija] nalazi u nekom pravnom odnosu prema međunarodnoj zajednici kao takvoj.“ (*Ibid*). Na temelju pozitivnoga prava u užem smislu riječi, odn. u procesnopravnome smislu, teško je, uprkos svemu, tvrditi kako sem dvostranoga (prekršitelj – povrijeđeni) postoji i neki širi obligacioni odnos koji se uspostavlja izvršenjem protupravnoga čina u oblasti odgovornosti država i međunarodnih organizacija. (*Ibid*).⁷⁶ Međutim, J. Crawford u svojim komentarima polazi od tvrdnje da odista postoje različita mišljenja u vezi pitanja da li su pravni odnosi (eng. *legal relations*) koji proizilaze iz počinjenja međunarodnoga protupravnoga djela u svojoj suštini dvostrani, dakle, je li se tiču isključivo odnosa odgovorne i povrijeđene države *inter se*. (Crawford, 2002: 79). *In conclusio* u ovome radu, J. Crawford nalazi da je, temeljem tumačenja presude u predmetu *Barcelona Traction*, kao i temeljem koncepta postojanja međunarodnih obaveza *erga omnes (per se)*, u međunarodnome pravu postavljena *šira koncepcija pravne odgovornosti država*, pa samim time, i međunarodnih organizacija, koja se nužno reflektira u članovima Nacrta Pravila iz 2001/2011, i čije posljedice, mada uključuju standardne dvostrane situacije odgovornosti, *nisu ograničene isključivo na njih*. (*Ibid*).⁷⁷

Isto tako, za međunarodne organizacije, pravni odnos koji proistječe iz međunarodnoga protupravnoga djela ne mora nužno biti dvostrani. (United Nations, 2011: 14). Pošto povreda obaveze može pogoditi više od jednog subjekta međunarodnoga prava ili međunarodnu zajednicu u cjelini, otuda, u odgovarajućim okolnostima, više od jednoga subjekta može pozvati, kao povrijeđeni subjekt

zajednici kao cjelini konstruirane su kao obaveze *erga omnes*, tj. duguju se simultano svim članovima međunarodne zajednice. (Valjalo bi usp. ovo stajalište s *ibid*).

⁷⁵ Zajednički, kolektivni, generalni, opći – misli se na interese međunarodne zajednice kao cjeline.

⁷⁶ S ovim u vezi, „teško da bi se moglo reći da se izvršitelj takvoga čina nalazi u odnosu prekršitelja, recimo, prema svim ostalim državama uzetim pojedinačno, ako je izvjesno da međunarodna zajednica „kao takva“ u smislu prava ne postoji. Ovo, uz ostalo, i zato što Povelja [UN] ne sadrži odredbu sličnu onoj iz čl. 16. Pakta Lige naroda, prema kojoj bi članice UN u slučaju konstatiranja agresije automatski bile obavezne da poduzmu zajedničke mjere protiv agresora.“ (Obradović, 2000: 79).

⁷⁷ Kurziv naknadno dodan.

ili u nekom drugom svojstvu, neku međunarodnu organizaciju na pravnu odgovornost. (*Ibid*).

U tom segmentu, držimo da će doći do još širega razvoja koncepta međunarodnih obaveza *erga omnes*, odnosno do njihova kvalitativnoga (sadržajnoga) i kvantitativnoga (brojčanoga) širenja, pa tako, posljedično tome, i do širenja koncepta pravne odgovornosti država i međunarodnih organizacija za međunarodna protupravna djela. Međunarodni sud i pravni rezon sudaca ove sudske instance igrace, vjerujemo, nemjerljivu ulogu u daljnjem razvoju međunarodnoga prava u ovom pogledu. (Usp. Tams, Tzanakopoulos, 2010: 781-800). Štaviše, predviđamo uporedo razvijanje proceduralnih pravila međunarodnoga prava u smislu utvrđivanja odgovornosti država i međunarodnih organizacija za međunarodna protupravna djela, osobito za ona kojima se vrši povreda normi *jus cogens* općega međunarodnoga prava, s ciljem da takav koncept pravne odgovornosti ima svoju nesmetanu i sveobuhvatnu primjenu u praksi.

Literatura

Aceves, W. J. (2003). *Actio popularis? The Class Action in International Law. The University of Chicago Legal Forum*. Vol. 2003, izd. 1, Article 9

Ago, R., Special Rapporteur, *Fifth Report on State Responsibility, Yearbook of the ILC, 1976*, vol. II, Dio prvi

Andrassy, J. (1976). *Međunarodno pravo*. 6. izd. Zagreb: Školska knjiga

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Presuda, I.C.J. Reports 2007, p. 43

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 3

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgija v. Španija), Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3

- Bassiouni, M. C. (2006). The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law. U Macedo, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press
- Becker, S. W. (2002). The Princeton Principles on Universal Jurisdiction. *Inte-rights Bulletin*. Vol. 14, br. 1.
- Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331
- Bedi, S. R. S. (2007). *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*. Oxford, Portland: Hart Publishing
- Brownlie, I. (2003). *Principles of Public International Law*. 6. izd. Oxford: Oxford University Press
- Buffa, D. (2010). Proposed Remedy for the Dilemma of Innumerable Futures: Ukraine, Russia, and NATO Membership. *35 Brooklyn Journal of International Law* 593
- Butler, A. H. (2006). The Growing Support for Universal Jurisdiction in National Legislation. U Macedo, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press
- Cassese, A. (2003). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press
- Committee against Torture, *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Comment No. 2, Implementation of Article 2 by States Parties*, No. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, 23. novembar 2007
- Compagnie nationale Air France c. Mbaye, 2003 CanLII 35834 (QC CA)
- Crawford, J. (2001). Responsibility to the International Community as a Whole. *8 Indiana Journal of Global Legal Studies* 303
- Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. New York: Cambridge University Press
- Crawford, J., Special Rapporteur, *First Report on State Responsibility*, 1998, A/CN.4/490/Add.2
- Crnić-Grotić, V. (2002). *Pravo međunarodnih ugovora*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

- Crnić-Grotić, V. (2005). Impunity and Universal Jurisdiction in Present International Law. U Crnić-Grotić, V., Matulović, M. (ur.), *International Law and the Use of Force at the Turn of Centuries: Essays in Honour of V. Đ. Degan*. Rijeka: University of Rijeka
- de Wet, E. (2013). *Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. U Shelton, D. (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press
- Degan, V. Đ. (2006). *Međunarodno pravo*. 2. osuv. izd. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
- Degan, V. Đ. (2011). *Međunarodno pravo*. Zagreb: Školska knjiga
- Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90
- Dissenting Opinion of President Winiarski, *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 319
- District Court of Jerusalem, Israel, *Attorney General v. Adolf Eichmann*, Criminal Case No. 40/61, Judgment, 11 December 1961
- Dopunski Protokol I uz Ženevske konvencije iz 1977
- Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries*. (2011). New York: United Nations
- Đajić, S. (2012). *Međunarodno pravosuđe*. Beograd: Službeni glasnik
- East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 90
- ESLJP, *Danska, Francuska, Norveška, Švedska i Nizozemska v. Turska*, Ap. br. 9940/82 do 9944/82, *Decision on admissibility*, 6. decembar 1983
- ESLJP, *Irska v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, Ap. br. 5310/71 [1978] ECHR 1, 18. januar 1978
- ESP, *Parliament v. Council*, Judgment of 2 March 1994, case C-316/91, European Court of Justice Reports, 1994, p. I-623
- Filipović, M. (2013). Belgija v. Senegal – Granice tumačenja Konvencije protiv torture. *Pravni zapisi*. God. IV, br. 1
- Hall, C. K. (2002). Universal Jurisdiction: Challenges to Implementation since Pinochet I. *Interights Bulletin*. Vol. 14, br. 1
- Hurd, I. (2011). *International Organizations. Politics, Law, Practice*. New York: Cambridge University Press

ICTY, *Tužitelj v. Anto Furundžija*, Pretresno vijeće, Presuda, IT-95-17/1, 10. decembar 1998

Inazumi, M. (2005). *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Antwerpen, Oxford: Intersentia

ITLOS, *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area*, 1 February 2011

Jørgensen, N. H. B. (2000). *The Responsibility of States for International Crimes*. New York: Oxford University Press

Kirby, M. (2006). Universal Jurisdiction and Judicial Reluctance: A New „Fourteen Points“. U Macedo, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press

Klabbers, J. (2013). *International Law*. New York: Cambridge University Press

Kontorovich, E. (2004). The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation. *Harvard International Law Journal*. Vol. 45, br. 1

Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. Usvojena Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 260 (III) A 9. decembra 1948. United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, str. 277

Legal Consequences for states of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16)

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Savjetodavno mišljenje, I.C.J. Reports 2004, p. 136

Memeti, A., Nuhija, B. (2013). The Concept of *Erga Omnes* Obligations in International Law, *New Balkan Politics, Journal of Politics*

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14

Nacrt Pravila Komisije UN za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodne protupravne čine iz 2001

Nacrt Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457

Obradović, K. (2000). *Odgovornost država za međunarodne protivpravne čine – opšta načela*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Odluka Vijeća 2011/137/CFSP od 8. februara 2011, *Official Journal of the European Union*, 3. mart 2011, L 58

Official Journal of the European Communities, 14. maj 2000, L 122

Omejec, J. (2014). *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourški acquis*. Zagreb: Novi informator

Orentlicher, D. F. (2006). The Future of Universal Jurisdiction in the New Architecture of Transnational Justice. U Macedo, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press

Picone, P. (2011). The Distinction between *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*. U Cannizzaro, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. New York: Oxford University Press

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422

Rabinovitch, R. (2004). Universal Jurisdiction *In Absentia*. *Fordham International Law Journal*. Vol. 28, izd. 2.

Račić, O. (2010). *Ujedinjene nacije. Između moći i prava*. Beograd: Službeni glasnik, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu

Ragazzi, M. (2002). *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford: Oxford University Press

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 174

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23

Rimski statut Međunarodnoga krivičnoga suda iz 1998. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, p. 3.

Rubin, A. P. (2001). *Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes? New England Law Review*. Vol. 35: 2

Salerno, F. (2011). Treaties Establishing Objective Regimes. U Cannizzaro, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. New York: Oxford University Press

Sands, P. (2006). *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*. London: Penguin Books

Seršić, M. (2012). Diplomatska zaštita. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 62, (1-2)

Slaughter, A.-M. (2006). Defining the Limits: Universal Jurisdiction and National Courts. U Macedo, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press

Softić, S. (2015). *Revizija presude Međunarodnog suda pravde, mit ili stvarnost*. Fojnica: Štamparija Fojnica

South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 319

South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6

Steinerte, E., Wallace, R. M. M. (2008). *Nutcases: International Law*. 1. izd. London: Sweet & Maxwell

Supreme Court of Canada, *R. v. Imre Finta*, Judgment, br. 23023, 23097, 24. mart 1994

Tams, C. J. (2005). *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Tams, C. J., Tzanakopoulos A. (2010). Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 23, izd. 4

The International Court of Justice, *Handbook* (http://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/manuel_en.pdf)

Uchkunova, I. (2012). *Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute between the Parties?* (<http://www.ejiltalk.org/belgium-v-senegal-did-the-court-end-the-dispute-between-the-parties/>)

UN Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja iz 1984. United Nations, *Treaty Series*, vol. no. 1465, p. 85

Villalpando, S. (2010). The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law. *European Journal of International Law*. Vol. 21, izd. 2

Vučinić, Z. (2006). *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*. 2. dop. izd. Beograd: Službeni glasnik

Vyver, J. D. v. d. (1999). Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide. *Fordham International Law Journal*. Vol. 23, izd. 2

Western Sahara Case (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12)

Yearbook of the ILC, 1976, vol. II, Dio drugi

Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine Republike Srbije („Sl. glasnik RS”, br. 67/2003, 135/2004, 61/2005, 101/2007, 104/2009, 101/2011 - dr. zakon i 6/2015)

Zakon od 16. juna 1993. u odnosu na suzbijanje teških povreda Ženevskih konvencija od augusta 1949. i Dopunskih Protokola I i II od 8. juna 1977., Moniteur Belge 17751 (5. august 1993)

Zemanek, K. (2000). New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations. *Max Planck Yearbook of United Nations Law 4*

Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata iz 1949

Dr. sc. Enis Omerović,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Zenica, Bosnia and Herzegovina,

OBLIGATIONS ERGA OMNES PER SE AND ERGA OMNES PARTES

Abstract

In this paper, the author defines the concept and outline the definition of international obligations, particularly of those erga omnes. The first part of the paper will discuss crucial elements of substantive international law in this regards, while these condpart will provide for international enforcement mechanisms–procedural international law – for purposes of invocation and determination of international responsibility for violations of obligation serga omnes. The starting point lies in the fact that there is a conceptual distinction of erga omnes international obligations. Accordingly, there are erga omnes per se, obligations acting towards the international community as a whole, and an other group, erga omnes partes, obligations arising for States Parties to multilateral international treaties. In the paper, a brief analysis of the relationship between erga omnes per se and juscogens will be made. Likewise, as the International Court of Justice in The Hague has stated in several of its rulings, erga omnes character of the normand the rule on establishing of the jurisdiction of this Court represent two different things. Despite the mere fact that rights and obligations erga omnes are part of a case of an international legal dispute, however, it does not give the Court the power to decide a particular dispute. The violation of the juscogens standard, which as such is the subject of an international dispute between States, has an equal effect on the establishment of jurisdiction of the International Court of Justice. Furthermore, the position in relation to the subject matter of our research, taken by the United Nations International Law Commission in adopting the Draft Articles on the Responsibility of States and International Organizations for Internationally Unlawful Acts in 2001 and 2011, respectively, will be explored. In dealing with violations, in international legal doctrine as well as practice, obligations erga omnes should be distinguished from actio popularis. On the other hand, is it reasonable to argue that the concepts involved can be properly linked to the doctrine of universal jurisdiction?

Keywords: *International Obligations, Erga Omnes Per Se, Erga Omnes Partes, Jus Cogens, Actio Popularis, International Law on Responsibility, Law on International Procedure.*

НЕПОСРЕДНО ВРШЕЊЕ СУВЕРЕНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ПРАВО И ОДГОВОРНОСТ^{2 3}

Апстракт: Непосредна демократија је идеал модерне државе. Механизми за њено вршење нису једноставни и нису општеприхваћени. Уопштено посматрано, може да се закључи да непосредно вршење суверености није тако често, док је у Србији изузетно ретко. У овом раду покушавамо да пружимо одговор зашто је то тако. Као главни разлог намеће се неадекватна и застарела законска регулатива овог питања. Истраживање је показало да неадекватно законско регулисање ове материје представља својеврсни део наше уставне „традиције“. Такође, учињен је осврт на невелику праксу током последњих тридесетак година и указано је на потпуну неадекватност и неуставност постојећих законских решења. Понуђена је теза о томе да у области непосредног вршења демократије устав Србије, заправо није промењен 2006. године. У посебном одељку, указано је на то који политички чиниоци су најодговорнији за овакво стање. Коначно, на послетку су предложени могући правци за унапређење ове важне уставно-правне области.

Кључне речи: непосредна демократија, народна иницијатива, референдум, политичка одговорност, органски закон.

1. Увод

Непосредно вршење суверености од стране грађана заправо представља остварење (или макар покушај остварења) идеала непосредне демокра-

¹ djordje.markovic@ius.bg.ac.rs

²Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије за 2020. годину“ (подтема: Преображај јавног права Србије).

³Рад је излаган на Међународној научној конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ у организацији Правног факултета Универзитета у Нишу, 18. 09. 2020. године.

тије. Садејство ове „чисте“ и представничке демократије твори полуне-посредну демократију (Марковић, 2015: 214). Њени главни институти су референдум као, „[...] облик непосредног одлучивања грађана на коме се они изјашњавају за једну од две понуђене могућности (да или не, за или против).“ и народна иницијатива која се одређује као „[...] право одређеног броја грађана или одређеног процента бирачког тела да иницира доношење неког општег правног акта или политичке одлуке.“ (Симовић и Петров, 2014: 131 и 133). Упркос томе што различита истраживања упућују да „[...] већи број референдума и народних иницијатива има позитиван утицај на политичку културу [...] као и да норме које се тичу директне демократије унапређују исходе политика, као што су чистија околина, унапређено образовање и боље физичко здравље.“ (Qvortrup, 2014: 58), као и на то да је „чешћа примена директне демократије повезана са већим степеном једнакости, управо како су указивали Платон, Аристотел и Токвил“ (Qvortrup, 2014:60), статистички подаци показују да је „остваривање непосредне демократије изузетна реткост, а не правило“ (Симовић, 2012: 234). Ако се овом не тако честом прибегавању институтима непосредне демократије дода теза о „деформисаним“ институцијама представничке демократије (Симовић, 2012: 221) и „немоћи“ модерног парламента (Петров, (Ne)moć modernog parlamenta, 2008: 707), не чуди закључак о савременим демократијама које „[...] постају изборне олигархијске структуре у којима непосредно изјашњавање грађана може бити пожељно само ради придобијања и оснаживања политичког легитимитета.“ (Симовић, 2012: 235). Речју, политичке везе између бирача и њихових представника су скоро у потпуности покидане, док се институти непосредног изјашњавања грађана, онде где постоје, примењују ретко, или се њихово постојање и коришћење злоупотребљава.

Стање демократије и њених институција ни у Републици Србији није много боље. У складу са словом важећег Устава, грађани су носиоци суверености, коју врше тројако: референдумом, народном иницијативом или преко својих слободно изабраних представника.⁴ У уставном и политичком животу Србије, трећи начин је правило, док се референдум и народна иницијатива јављају у траговима. Разлога за овакво стање је много, а један од њих је и одсуство одговарајућег законског регулисања ове области, чиме ћемо се претежно у овом раду и бавити. О значају прецизних правних правила за непосредно вршење суверености језгровито пише Бо: „Наиме, народна сувереност се од аутократске суверености разликује само чињеницом да јој, као и парламентарној суверености, требају процедурална правила намењена организовању јавног гласања. Као што у парламенту једно

⁴ Чл. 2 ст. 1 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

унутрашње правило успоставља дисциплину унутар колегијалног тела, јавну расправу, дакле, дебату и услове гласања (правило о кворуму, облик већине, итд.), тако и народна сувереност тражи *mutatis mutandis* услове исте врсте: треба организовати гласање, кампању која му претходи, изборне активности у ужем смислу итд.“ (Бо, 2016: 299). У Србији је тренутно стање у овој области такво, да није погрешно ако би се рекло да постоји одсуство адекватне законске регулативе (пошто су постојеће норме или готово непримењиве или упитне уставности) која би омогућила разраду и примену уставних принципа који се тичу непосредне демократије. Због тога, у раду ће само спорадично бити анализирана постојећа законска решења, а акценат ће бити на покушају да се открију узроци недоношења адекватних прописа и утврђивање одговорности релевантних чинилаца за такво (не)поступање.

2. Историјски осврт на развој непосредне демократије код нас

2.1. Установе непосредне демократије у периоду од 1945. до 1990. године

До Другог светског рата Србија, тј. државе чији део је била, нису правно регулисале област непосредне демократије. То се донекле поклапа са тадашњим светским трендовима – веома оскудном предратном регулативом ове области (Јовичић, Демократија и одговорност, 2006: 7). После Другог светског рата, установа референдума бива конституционализована, како савезним тако и републичким уставима. Устав ФНРЈ од 1946.⁵ године предвиђао је само могућност расписивања „народног референдума“, док су Уставни закон од 1953.⁶ и Устав СФРЈ од 1963.⁷ детаљније регулисали ову установу и изричито предвиђали доношење посебног закона, док је Устав СФРЈ од 1974. помињао референдум у склопу одредбе о самоуправљању у организацијама удруженог рада⁸. Народна иницијатива у класичном облику није постојала, али је постојало „непосредно одлучивање у радној

⁵ Чл. 74 Устава Федеративне Народне Републике Југославије, *Сл. лист ФНРЈ*, 10/1946.

⁶ Чл. 2, 7, 18 и 34 Уставног закона о основама друштвеног и политичког уређења Федеративне Народне Републике Југославије и савезним органима власти, *Сл. лист ФНРЈ*, 3/1953.

⁷ Чл. 34, 89, 164, 212 и 214 Устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Сл. лист СФРЈ*, 14/1963.

⁸ Чл. 89, 98, 118 и 146 Устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Сл. лист СФРЈ*, 9/1974.

организацији, општини и другим друштвено-политичким заједницама⁹, односно у оквиру организација удруженог рада које су могле да покрену иницијативу за доношење закона.¹⁰ На републичком нивоу, према Уставу НРСрбије од 1947. године „народни референдум“¹¹ је могао да распише Президијум Народне скупштине, док је Устав СРСрбије од 1963. садржао исцрпније одредбе¹², а по угледу на савезни устав и обавезу доношења посебног републичког закона из ове области. Устав СРС од 1974. је крајње сумарно регулисао ову установу.¹³

Према подацима доступним из литературе, пракса примене института непосредне демократије на савезном нивоу није постојала. По свему судећи, до самог краја некадашње државе није испоштован ни уставни налог о доношењу посебног закона (Јовић, *О уставу*, 1977: 212) и (Јовичић, *Демократија и одговорност*, 2006: 42), који је био прописан како на савезном тако и на републичком нивоу: „С обзиром да Устав не решава сва питања поступка и правних последица референдума, постоји обавеза федерације и републике да их уреде законом.“ (Ђорђевић, 1989: 326). Ипак, СР Србија је најпре 1977. донела Закон о референдуму и другим облицима одлучивања личним изјашњавањем¹⁴, који је претрео измене и допуне 1988. године¹⁵, да би потом 1989. године био донет Закон о референдуму.¹⁶ Као што сте види, тек по доношењу трећег републичког устава, СР Србија је донела и одговарајући закон којим је операционализовала уставне норме, које су од 1947. године биле присутне у њеном правном систему. Устав СРЈ није садржао одредбе о непосредној демократији, што је било и логично с обзиром на природу и односе снага у двојној федерацији.¹⁷ Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора је предвиђала могућност покретања поступка за „промену државног статуса“ путем референдума, што је Црна Гора и искористила 2006. године.¹⁸

⁹ Чл. 71 Устава СФРЈ од 1963.

¹⁰ Чл. 50 Устава СФРЈ од 1974.

¹¹ Чл. 74 ст. 1 тач. 9 Устава Народне Републике Србије, *Сл. гласник НРС*, 3/1947.

¹² Чл. 3, 70, 71, 98, 151 и 171. Устава Социјалистичке Републике Србије, *Сл. гласник СРС*, 14/1963.

¹³ Чл. 104 и 113 Устава Социјалистичке Републике Србије, *Сл. гласник СРС*, 8/1974.

¹⁴ Закон о референдуму и другим облицима одлучивања личним изјашњавањем, *Сл. гласник СРС*, 30/77.

¹⁵ Закон о изменама и допунама Закона о референдуму и другим облицима одлучивања личним изјашњавањем, *Сл. гласник СРС*, 17/1988.

¹⁶ Закон о референдуму, *Сл. гласник СРС*, 40/89.

¹⁷ Устав Савезне Републике Југославије, *Сл. лист СРЈ*, 1/92.

¹⁸ Чл. 60 Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, *Сл. лист СЦГ*, 1/2003.

2.2. Установе непосредне демократије у периоду од 1990. године до данас

Србија, још увек као федерална јединица у саставу СФРЈ, усваја нови Устав 1990. године, који доноси новину у односу на титулара суверености и њено вршење. Она припада грађанима, који је осим преко својих представника и референдумом, врше и народном иницијативом.¹⁹ Занимљиво је да је Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије²⁰ који је донет истог дана када и Устав, у чл. 22 предвидео рок (31. децембар 1991. године) у којем морају да буду усклађени и „остали републички закони који нису у складу са овим уставом“, јер је чл. 21 био предвиђен краћи рок, али за само за десетак таксативно наведених закона. Дакле, према слову Уставног закона нови закон који је регулисао материју референдума првобитно је требало да буде донет до краја 1991. године, али је овај рок изменама и допунама Уставног закона најпре био продужен до истека 1992.²¹ па потом и до краја 1993.²² године. Ипак, нови Закон о референдуму и народној иницијативи²³ је донет тек у јулу 1994. године. Једину промену претрпео је 1998. године.

Нови устав Србија је добила 2006. године. Он садржи готово идентичну одредбу оној из Устава од 1990, о носиоцима суверености и томе како се она врши.²⁴ Институт референдума је регулисан на детаљнији начин од народне иницијативе, с тим да је уставотворац препознао значај ових уставна прописујући обавезу Народне скупштине да закон којим се уређују ова питања мора бити усвојен већином гласова свих народних посланика.²⁵ Такав закон до данас није усвојен, нити је извесно када ће се то десити, упркос постојању обавезе, коју прописује Уставни закон, да се сви закони који нису у складу са Уставом на одговарајући начин измене до 31. децембра 2008. године.²⁶

¹⁹ Чл. 2 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 1/90: „Сувереност припада свим грађанима Републике Србије. Грађани остварују сувереност референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника.“ Референдум се помиње још и у следећим уставним одредбама: чл. 4, 73, 81, 116 и 133.

²⁰ Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 1/90.

²¹ Уставни закон о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 70/92.

²² Уставни закон о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 20/93.

²³ Закон о референдуму и народној иницијативи, *Сл. гласник РС*, 48/94 и 11/98)

²⁴ Чл. 2 Устава Србије од 2006.

²⁵ Чл. 105 ст. 3, тач. 1 и чл. 99, 108, 182, 188, 191 и 203, Устава Србије од 2006.

²⁶ Чл. 15 Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

Било је више покушаја да се ова област ваљано регулише. Најпре је Министарство за државну управу и локалну самоуправу сачинило Нацрт закона о референдуму и народној иницијативи током 2009. године, док јеготово истовремено и „коалиција организација цивилног друштва“ израдила Модел закона о народној иницијативи током 2010.²⁷ Нацрт Министарства је био предмет анализе и Венецијанске комисије.²⁸ Средином 2011. године о овом документу је одржана и јавна расправа²⁹, и то је била последња позната активност све до 2019. године. Током јесени 2019. године, организована је јавна расправа о новој верзији Нацрта закона о референдуму и народној иницијативи. На основу Извештаја о спроведеној јавној расправи (Министарство државне управе и локалне самоуправе, 2020) чини се да текст нацрта закона представља значајно побољшање у односу на постојеће стање, али ипак треба сачекати коначну верзију која ће бити упућена парламенту на разматрање.

3. Непосредна демократија у пракси током протекле три деценије

Уставна култура би требало да буде један од „есенцијалних елемената конституционализма“ (Рејић, 2014: 173). Нажалост, код нас то није случај, јер не само што не постоји активније грађанско учествовање у јавном животу, већ се не може прецизно утврдити ни колико често грађани непосредно остварују сувереност. Подаци о поднетим народним иницијативама нису јавно доступни на сајту Народне скупштине. Подаци о броју предлога закона и њиховим предлагачима налазе се у оквиру годишњих Прегледа активности Народне скупштине Републике Србије, али се на основу њих не може доћи до поузданих података јер су сви предлагачи закона подељени у три категорије: Влада, народни посланици и остали (у којој се налазе народне иницијативе).³⁰ О потенцијалном броју народних иницијатива можемо да стекнемо слику из посредних извора. Тако постоји податак да је у периоду 2000. – 2008. поднето 14 законодавних иницијатива грађана

²⁷ CRTA. (2018). *Narodna inicijativa u fioci: analiza kolektivnog učešća građana u procesu donošenja odluka.*, Beograd. 17. Преузето 25.9.2020. <https://cрта.rs/wp-content/uploads/2018/01/03-narodna-inicijativa.pdf>.

²⁸ Комисија је заузела углавном позитиван став о нацрту Закона. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the Draft Law on Referendum and Civil Initiative of Serbia*. Преузето: 25.09.2020. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL(2010)004-e)

²⁹ Beogradski centar za ljudska prava. (2012). *Ljudska prava u Srbiji 2011: pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava*. Beograd: 165.

³⁰ Преузето 25.9.2020. <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/narodna-skupstina-u-brojkama/broj-podnetih-predloga-zakona.1910.html>.

(Ђурашиновић и Радојевић, 2012: 81), а према подацима CRTA-е, у раздобљу 2012. – 2017. овај број је износио шест³¹. Ако се претпостави да су народне иницијативе подношене и током периода за који не располажемо подацима, долази се до процене да је од краја 1990. године до данас поднето око тридесетак иницијатива (наравно тачан број једино може да пружи Народна скупштина). Ако се овај број упореди са преко 2500 хиљаде усвојених закона у истом периоду³², јасно је да се ради о статистичкој грешци, посебно узимајући у обзир податак да већина народних иницијатива није ни разматрана у парламенту³³. Тако је у нашој литератури уочена рђава парламентарна пракса неразматрања предлога закона који су поднели бирачи, уколико нема мишљења Владе, упркос недвосмилној пословничкој одредби која не познаје ниобавезно, ни обавезујуће мишљење Владе: „Бирачи су вољом политичких чинилаца, а не вољом Устава, постали овлашћени предлагачи закона другог реда.“ (Petrov, Narodna inicijativa i referendum u „troughlu suverenosti“ - građanin, parlament, ustav, 2012: 72). До сада је само једна законодавна народна иницијатива је доживела делимичан успех. Ради се о тзв. Тијанином закону, тј. Закону о изменама и допунама Кривичног законика.³⁴ Неславну судбину су доживеле чак и оне иницијативе које су биле мобилисале велики број грађана. То је био случај са народном иницијативом за расписивање референдума из 2002. који је требало да се тиче питања самосталности Републике Србије – тада чланице СРЈ (Ђурашиновић и Радојевић 2012, 79) или са уставотворном иницијативом из 2011. године „[...]када је преко 300.000 бирача, анимираних од тада опозиционе Српске напредне странке, поднело предлог за промену Устава у погледу смањења броја народних посланика ради уштеде и ефикаснијег рада представничког тела.“ (Simović, 2017: 72). СРЈ је у међувремену престала да постоји иступањем Црне Горе, а Народна скупштина и даље има непро-

³¹ CRTA. (2018). *Narodnainicijativau fioci: analizakolektivnogučeščagrađanauprosesudonošen jaodluka.*, Beograd. Преузето 25.9.2020. <https://crta.rs/wp-content/uploads/2018/01/03-narodna-inicijativa.pdf>.

³² Преузето 25.9.2020. <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/narodna-skupstina-u-brojkama/broj-zakona-objavljenih-u-sluzbenom-glasniku-republike-srbije.1933.html>.

³³ „У последњих 16 година, односно од 2001, ниједна поднета народна иницијатива није разматрана у пленуму.“ Мисли се на период од 2001. до краја 2017. године. стр. 8. CRTA. (2018). *Narodnainicijativau fioci: analizakolektivnogučeščagrađanauprosesudonošen jaodluka.*, Beograd. Преузето 25.9.2020. <https://crta.rs/wp-content/uploads/2018/01/03-narodna-inicijativa.pdf>.

³⁴ Предлоге за измену Кривичног законика из иницијативе Фондације „Тијана Јурић“ (коју је подржало преко 160 000 грађана) преузела је Влада и додала још неке, не тако мале измене и допуне, тако да је коначно Закон усвојен као предлог Владе. Закон о изменама и допунама Кривичног Законика, *Сл. гласник РС*, 35/2019.

мењен број седишта. Петров истиче да је у овом другом случају дошло и до повреде Устава: „У ствари повређен је део Устава који уређује ревизиони поступак, јер се вољом државног органа (Народне скупштине) спречава уставом одређени број бирача да у потпуности оствари своје право предлагања промене Устава. Повређена су и начела Устава, а посебно члан 2, о носиоцима суверености.“ (Petrov, Narodna inicijativa i referendum u „troughlu suverenosti” - грађанин, парламент, устав, 2012: 71-72).

Од 1990. године до данас је одржано шест референдума на пет гласања. Најпре је 1. и 2. јула 1990. године одржан референдум на коме су се грађани решили дилему – избори или нови устав, дајући предност доношењу највишег акта. По доношењу Устава уследила су три референдума током 1992. године: најпре у истом дану, 31. маја 1992. године, грађани су се изјашњавали на два референдума о државним симболима и Амандману I на Устав Србије, који се тицао стварања „уставних услова за расписивање превремених избора за народне посланике“ (Јовановић, 2008: 102), да би се о Амандману I поново изјашњавали 11. октобра 1992. године. Сва три референдума доживела су неуспех због недовољне излазности.³⁵ У предвечерје оружаног сукоба на КиМ, 7. априла 1998. године, грађани су се изјаснили против ангажовања страних представника у решавању проблема у јужној покрајини, и коначно на дводневном уставотворном референдуму, 28. и 29. октобра 2006. године, потврђен је важећи Устав.³⁶ Спровођење овог „викенд” референдума“ се оцењује као супротно слову ЗРНИ (Petrov, Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoј Srbiji - bilans i pogled unapred, 2017: 23). Занимљиво је да су прва три референдума у Републици Србији спроведена у складу са Законом из 1989. године, који није био усклађен са новодонетим Уставом од 1990. године. У истом периоду на територији Србије је одржано и неколико „правно нерегуларних акција у форми 'референдума'“ (Јовановић, Облици директне демократије – народна иницијатива и референдум, 2011: 43). Најпре су се 27. – 30. септембра 1991. године на Косову и Метохији, Албанци изјаснили за „републику Косово као независну

³⁵ Републички референдум ради потврђивања Амандмана I на Устав Републике Србије, одржан 31. маја 1992. године; Републички референдум ради претходног изјашњавања грађана о државним симболима Републике Србије, одржан 31. маја 1992. године; Републички референдум ради потврђивања Амандмана I на Устав Републике Србије, одржан 11. октобра 1992. године; преузето 25.9.2020. <http://arhiva.rik.parlament.gov.rs/arhiva.php>.

³⁶ Републички референдум ради изјашњавања грађана Србије да ли прихватају учешће страних представника у решавању проблема на Косову и Метохији, одржан 7. априла 1998. године; Републички референдум ради потврђивања новог Устава Републике Србије, одржан 28. и 29. октобра 2006. године, преузето 25.9.2020. <http://arhiva.rik.parlament.gov.rs/arhiva.php>.

суверену државу“ (Јовановић, 2008: 106), а сличним поводом су се 25. и 27. октобра 1991. године изјашњавали и грађани муслиманске вероисповести у „шест општина Рашке области“ (Јовановић, 2008: 106). У марту 1992. албански житељи југа Централне Србије гласали за уједињење са „Косовом“. ³⁷На територији четири општине које се налазе на северу КиМ, претежно настањене Србима, 14. и 15. фебруара 2012. године, бирачи су се изјаснили да не прихватају институције тзв. Републике Косово. ³⁸

Референдуми у протеклих тридесетак година, били они правно признати или не, на нашем простору били су углавном показатељ озбиљних политичких потреса, од доношења нових устава и државних симбола до територијалних спорова. „Чињеница да се 'референдуми' одржавају не доказује ништа. Тако се референдум може развити у кључни елемент демократског система; али, како искуство пост-совјетског света указује, он може бити подривен, уколико су одговарајући став – одговарајућа култура – одсутни.“ (Hill and White, 2014: 40). Иако је јасно да у нашем систему нема одговарајуће политичке културе, чини се исправним закључак који нуди Нastiћ, да лоша искуства из прошлости не смеју да осујете и обесхрабре идеју употребе референдума у будућности „[...] јер сваки референдум одређен је посебношћу политичког тренутка у коме се расписује.“ (Nastić, *Neposredno ičešće грађана и postupku promene ustava*, 2017: 109). У прилог овоме сведочи и нужност одржавања парламентарних и других избора јер „нема убедљивих доказа да је референдум по дефиницији подложнији манипулацији елита у односу на изборе“ (Tierney, 2012: 128). Упркос овим закључцима, чини се да је „[...] политичко наслеђе, упркос предностима непосредне демократије у решавању уставних питања, утицало на творце српског устава Устава да процедуру примене референдума оставе недовршеном и да препусте законодавцу детаљно нормирање референдумског поступка.“ (Рејић, 2009: 774), а законодавац се потпуно оглушио на оскудне, али недвосмислене уставне налоге.

4. Неусклађеност важећих прописа

Пре неколико деценија Јовичић је резонувао на следећи начин: „[...] Друштво се налази у непрестаном кретању, друштвени односи се развијају и мењају, па се и право мора одликовати сталном покретљивошћу. Оно не сме да петрифицира преживеле друштвене односе, нити да спречава развијање но-

³⁷ Albanci „podgrevaju” priču o referendumu iz 1992. Преузето 25.9.2020. <http://www.politika.rs/sr/clanak/442763/Albanci-podgrevaju-pricu-o-referendumu-iz-1992>.

³⁸ Север Косова неће Приштину. Преузето 25.9.2020. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/1045398/sever-kosova-nece-pristinu.html>.

вих и прогресивних. Оно мора да буде осетљиво на све промене у друштву и мора да их, ако не предвиди, а оно свакако одмах уочи и регулише.“ (Јовичић, Устав и законитост, 2006: 450) Тренутно стање права у области непосредне, али и посредне демократије управо је супротно. Право је окаменило друштвене односе који не одговарају садашњем тренутку. Иако је Србија на прагу треће деценије 21. века, релевантни закони из ове области потичу из прошлог века. Закон о референдуму и народној иницијативи датира из 1994. године (у даљем тексту: ЗРНИ), а Закон о избору народних посланика³⁹ из 2000. године. У овом раду бавимо се само првим од поменутих закона, али је због сагледавања шире слике битно поменути оба. Чини се да је у застарелости ових аката кључ многих, ако не и већине проблема, са којима се суочава политички и уставни систем Србије.

Важећи ЗРНИ не само што је одавно донет, он је једноставно речено неуставан. О неусаглашености појединих одредби овог Закона са Уставом од 2006. године је релативно доста писано у нашој литератури, тако да ћемо на овом месту споменути само пар спорних одредби, које одсликавају дух читавог Закона: чл. 10 ст. 1 који одређује овлашћене предлагаче, чл. 24 који се тиче пуноважности референдума, чл. 29, 39 и 41 који прописују надлежност непостојећег Врховног суда, итд. У случају ЗРНИ тешко је говорити о делимичној неуставности закона, не само због тога што одстрањивање поменутих одреби довело до тога да читав закон изгубио смисао, већ и због његове суштине која тешко да је припадала и транзиционим деведестим годинама, а још мање данашњем тренутку. У прилог том недемократском духу сведочи одреба према којој је предвиђен изузетно кратак рок од седам дана за прикупљање потписа.⁴⁰ Чини се да законодавац није био вољан да дозволи грађанима суштинско остваривање било какве иницијативе, али пошто га је Устав на то обавезивао, својски се потрудио да носиоцима сувереностима максимално отежа поступак.

На овом месту долазимо до дилеме да ли је Србија 2006. године уопште и променила устав с материјалног аспекта. Формално несумњиво јесте. Међутим, ако узмемо у обзир да уставну материју не чини само текст акта који се назива уставом, већ сви они писани па и неписани акти, који се тичу права грађана и државног устројства, посматрајући материју непосредног вршења суверености чини се да смо ближи негативном него позитивном одговору. У прилог томе да ЗРНИ јесте део материјалног устава пише и Петров: „По значају који референдум и народна иницијатива имају

³⁹ Закон о избору народних посланика, *Сл. гласник РС*, 35/2000, 57/2003 - одлука УСРС, 72/2003 - др. закон, 75/2003 - испр. др. закона, 18/2004, 101/2005 - др. закон, 85/2005 - др. закон, 28/2011 - одлука УС, 36/2011, 104/2009 - др. закон, 12/2020 и 68/2020.

⁴⁰ Чл. 36 ЗРНИ.

у модерној уставној демократији, [...] закон који регулише ову материју може се сматрати законом уставног карактера“ (Petrov, Narodna inicijativa i referendum u „troughu suverenosti“ - грађанин, парламент, устав, 2012: 75). Ако се у обзир узме и поменути Закон о избору народних посланика из 2000. године, као још један закон уставног значаја, може се закључити да је наш систем постављен на лоше темеље. ЗРНИ је и 1994. године садржао мање демократичности од тадашњег Устава, тако да је право чудо да је „преживео“ до данашњих дана, а можда и није, јер како истиче Симовић: „Уставна ригидност је непогрешив индикатор постојања својеврсне аномалије у друштвено-политичком животу државе. Она сведочи о кризи једног друштва чији су унутрашњи конфликти до те мере деликатни и нерешиви да се уставни поредак нужно конзервира. [...]Реални устав све више се удаљава од писаног слова устава, што нарушава достојанство устава и ствара уверење да је устав само фасада која номинално сведочи о привржености вредностима либерално-демократског конституционализма иза које се крије ауторитарни политички живот.“ (Simović, 2017: 64). У прилог овој тези, а на основу нашег уставно-историјског развоја можемо да уочимо једну константу. Еуфемистички речено, током деценија опстаје крајње немаран однос владајућих према уставу као највишем акту и према, макар номинално, носиоцима суверености. Упркос томе што су према слову устава и политичкој реторици и режим од 1945. до 1990. као и сви потоњи режими, све своје активности спроводили у име и за народ, грађане, радничку класу и сл., нису смогли снаге да благовремено и свеобухватно омогуће том народу да учествује макар делимично у вршењу суверености која му припада. На федерелном нивоу, као што смо из посредних извора могли да закључимо такав закон никада није ни донет, а на републичком то је учињено пет пута (са урачунати изменама и допунама) за 75 година. Чини се премало. Стога је нашем систему преко потребно детаљно уређење ове области. „Реконструкција народне суверености [...]“ која „[...] трага за новим могућностима друштвено адекватне институционализације стварања права која допуњује постојећу парламентарну.“ (Maus, 2001:98-99). Ова „друштвено адекватна институционализација стварања права“ могла би код нас да се оствари на следећи начин. У некој будућој, систематској и промишљеној уставној реформи требало би озбиљно размотрити увођење категорије органских закона у наш правни систем, који би се налазили испод устава а изнад обичних закона. Ово тим пре, јер постоје мишљења да у нашем систему већ постоје „квалификовани“ и „обични“ законина основу начина њиховог доношења (Nastić, Zakonodavni referendum kao oblik neposrednog učestvovanja građana u zakonodavnom postupku, 2012: 84). С

тим да би каталог закона који улазе у категорију органских⁴¹ требало редефинисати и предвидети већину за њихово доношење која би била већа од апсолутне, како би се постигао шири друштвени консензус (Ђ. Марковић, 2018: 304). Тек када се донесе квалитетно законодавство које се тиче непосредног али и посредног вршења суверености, које ће бити заштићено посебном процедуром, као и већом формалном снагом, моћи ће да се говори о, како Милачић истиче: „дедраматизацији конфликта“ (Милачић, 1997: 7) која је преко потребна нашем цивилном друштву, јер се оно „изражава а истовремено и штити посредством демократски створеног права [...]“ (Милачић, 1997: 9).

5. Утврђивање одговорности за постојеће стање

По ступању на снагу Устава од 2006, српски законодавац је био у обавези да регулише област непосредног вршења суверености на основу две правне заповести. Једне непосредне и једне посредне. Прву, непосредну правну обавезу, да се ускладе сви закони који нису у складу са Уставом до 31. децембра 2008. године, установио је Уставни закон за спровођење Устава.⁴² Правна природа овог акта је спорна. У теорији постоји готово неподељен став да је по основу садржине реч о спроведбеном акту (закону) (Петров, 2017: 17), док је с формалног аспекта, његова правна снага нижа од уставне, јер је донет по лакшем поступку него што је то случај са Уставом (Vučić, 2011: 125-126), (Чавошки, 2011: 87). Ипак, Уставни суд Србије је одбио да испитује уставност овог акта, огласивши се ненадлежним⁴³, стављајући га тако посредно, ако не у ранг Устава, а онда барем изнад закона. Упркос овој недоумици, јасно је да је иначе свим нормама Уставног закона (као својеврсним прелазним и завршним одредбама) место у уставу, што је у нашим старим уставима и била пракса све до Другог светског рата. Због тога, овде је реч о једној несавршеној норми, која као и многе друге уставне норме не садржи санкцију, али се њој не може и не сме одрицати нормативни карактер (Јовић, О уставу, 1977:217). Због тога, непоступање законодавца у складу са изричитом „уставно-законском“ нормом носи још већу одговорност. Друга, посредно видљива правна обавеза, прописана је чл. 2 ст. 1 Устава Србије, који се тиче носилаца суверености и њеног вршења. Реч је о одредби која није непосредно примењива и због тога је неопходно

⁴¹ „Понекад назив 'органски закони' се користи за обичне законе чија садржина поседује уставни значај. [...] У Немачкој, на пример, изборни закон је уставни закон у суштинском али не и у формалном смислу.“ (Grimm, 2012: 106.)

⁴² Чл. 15 Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

⁴³ Закључак о одбацивању иницијативе за оцену уставности/законитости ПУз-356/2009.

доношење закона који би регулисао ову материју. Тако Јовичић истиче да се „Највећи део закона доноси [се], без изричите уставне одредбе, једноставно зато што је њихово доношење неопходно за регулисање одређених друштвених односа. [...] У задатак законодавца спада да установи који су закони потребни и да их донесе.“ (Јовичић, *O ustavu*, 1977:213). Занимљиво али погрешно становиште изнело је Министарство државне управе у Извештају о спроведеној јавној расправи о Нацрту закона о референдуму и народној иницијативи о томе да „чланом 56. Устава није утврђено овлашћење да се питања која се односе на петицију ближе уређују законом“, што ваљда води закључку да је Влада онемогућена да предложи закон из те области (Министарство државне управе и локалне самоуправе, 2020). Следећи ову правну логику, не постоји изричито уставно овлашћење ни за доношење закона који би се тicao референдума и народне иницијативе, а чији је нацрт Министарство израдило и поводом којег се и повело ово питање о праву на петицију. Како бисмо истакли ову правно-логичку недоследност навешћемо још једну мисао академика Јовичића: „Устави дакле у највећем броју случајева не одређују максимум законодавног домена: законима, као после устава најважнијом категоријом општих правних аката, може се, у начелу, регулисати све оно што законодавац сматра потребним (а што му уставом није изричито забрањено).“ (Јовичић, *O ustavu*, 1977:213). У прилог овоме сведочи и пракса Уставног суда Мађарске, који је заузео становиште да законодавац може да делује и „без изричитог уставноправног налога“ у ситуацијама када је „недостајуће законодавство неопходно за остваривање појединих уставних права“ или је законодавац регулисао одређену област али на неодговарајући начин „што генерише неуставну ситуацију“. (Ђурић, 2013: 616). Овде се ради о једној специфичној ситуацији – нечињењу законодавца тј. пропуштању одређеног чињења. Тако Ђурић истиче да за одређивање „уставноправно релевантног нечињења законодавца“ није довољан „прост проток времена“, већ какве су „правне последице инерције“, осим „у изузетним и ретким случајевима у којима уставне одредбе одређују рок који је законодавна власт дужна да поштује“ (Ђурић, *Kontrola ustavnosti pečinjenja (propuštanja zakonodavca)*, 2013, 615). У нашем случају постоји и јасно одређен рок и правне последице инерције које се огледају у изузетно малом броју законодавних и референдумских грађанских иницијатива.

Упркос овим правним заповестима, Србија ни после 14 година од доношења Устава нема адекватан закон који регулише материју непосредне демократије, стога сепоставља питање одговорности за овакво стање. На првом месту, не може се оспорити одговорност Народне скупштине као законодавног органа. Сви сазиви у овом периоду носе део одговорности. Међутим, ако се прихвати теза да парламент „према својој природи није

институција која иницира“ већ институција која је „склона да реагује на иницијативу других“ (Petrov, (Ne)moć modernog parlamenta 2008: 705), тиме долазимо до одговорности Владе. Овај орган, као носилац извршне власти и као фактички најзначајнији учесник у законодавном поступку, сноси и највећу одговорност. Поставља се питање природе одговорности Владе. Реч је правној политичкој одговорности, чија је санкција евентуални опозив, тј. смена владе од стране парламента (Јовићић, *Odgovornost nosilaca javnih funkcija*, 1968: 11). Уколико влада има снажну подршку мало је вероватно да ће се ово десити. Посебно се у тренутним политичким околностима не чини реалним да би било која владапала због недоношења закона који доноси грађанима већи удео у политичком одлучивању. Што се тиче одговорности саме Народне скупштине, Јовићић је још песимистичнији: „што се тиче одговорности законодавца за неактивности, она је правно неостварива.[...] 'кривац', законодавни орган, остаје накажњен.“ (Јовићић, *O ustavu*, 1977: 213).

На другом месту, највећу одговорност сноси Уставни суд. Овај орган је имао две могућности/обавезе на основу којих је могао/морао да делује. Прво, да извести Народну скупштину, а друго да самоиницијативно покрене поступак оцене уставности ЗРНИ. Закон о Уставном суду⁴⁴ предвиђа да Уставни суд пружа обавештења Народној скупштини, „о стању и проблемима остваривања уставности и законитости у Републици Србији, даје мишљења и указује на потребу доношења и измену закона и предузимање других мера ради заштите уставности и законитости“, као и томе да утврдио да „надлежни орган није донео општи акт за извршавање одредаба Устава, закона или другог општег акта, а био је дужан да такав општи акт донесе“. Ненадић сматра да је ова друга обавеза „реликт скупштинског система власти“ и да је у постојећем систему поделе власти по среди одговорност Владе (Ненадић, 2018: 270). У сваком случају, иако је Уставни суд „релативно често указивао“ законодавном органу које су то ситуације у којима је потребно да интервенише, „а нарочито често после истека рока за усаглашавање свих закона са Уставом (31. децембра 2008)“ (Ненадић, 2018: 271), то није учинио и поводом ЗРНИ, или то барем није видљиво из Прегледа рада Уставног суда у 2009. години, као ни из потоњих Прегледа рада овог Суда.⁴⁵ Друга могућност/обавеза коју Уставни суд није искористио је да самоиницијативно покрене поступак оцене уставности ЗРНИ, у којем би касирао његове кључне одредбе, што би могло да води уклањању

⁴⁴ Чл. 105 и Чл. 106. Закона о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС, 40/15 и 103/15.

⁴⁵ Преглед рада Уставног суда у 2009. години. Преузето 25.09.2020. <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/Misc/Pregled2009.pdf>,

читаваог Закона из нашег правног поретка. Овакво поступање Суда би била недвосмислена опомена и подстицај како извршној тако и законодавној власти, да агилније приону на посао доношења новог закона. Када је реч о поступку нормативне контроле, део одговорности за неподношење предлога којим би се овај поступак покренуо, лежи и на свим овлашћеним предлагачима: свим председницима Републике од 2006. године до данас, свим парламентарним опозиционим странакама које су бројале 25 или више народних посланика, судовима, и другим државним органима. Део одговорности на послетку лежи и на самим грађанима као носиоцима права на подношење иницијативе за оцену уставности и законитости.

Уколико у случају Владе или Народне скупштине, постоји потенцијална, али далека и мало вероватна санкција губитка власти на следећим изборима, у случају Уставног суда, шансе за било какву врсту санкције због нечињења су још мање. Постоји врло мала могућност да судија коме истиче први мандат, не буде поново изабран, али је тешко замислити да као разлог за то буде необавештавање оних органа о нечему чему су и они сами морали да воде рачуна. Уколико се ради о судији у другом деветогодишњем мандату, санкција, чак ни овако далека, практично не постоји. Што се тиче грађана, они су сами себе санкционисали јер се нису залагали за већи степен политичке партиципације коју би им један модеран закон у овој области могао донети. Тако се на крају круга враћамо заправо на његов почетак, на појединца и његово поимање одговорности: „Одговорност тражи и сталну обавезу, али и стално право носиоца јавне и друштвене функције да испитује и преиспитује услове и могућности за постојање ове одговорности и његов морални однос према одговорности тј. према дужностима и раду.“ (Ђорђевић, 1989: 327). Једно од могућих решења за овакав зачарани круг могло би да буде повећање видљивости рада највиших институција, које се не смеју заклањати иза крутих правних форми, онда када су у питању интереси читаваог друштва. Носиоци јавних функција, морају бити непрестано свесни јавности, мислити о њој, па и зазирати од њене реакције, јер иако ни јавност није непогрешива, она је једина брана самовољи неколицине на истакнутим државним положајима.

6. Уместо закључка

Стање демократије у Србији после три деценије номиналног преласка на вишестраначки и либерално-демократски режим је такво, да су грађани готово у потпуности потиснути из токова политичког одлучивања. Они периодично учествују на изборима на којима нису сигурни шта и кога бирају, а институције сопствене државе доживљавају као митски Левијатан

окренут против њих. Један од разлога за то су и анахрони закони који се тичу како непосредне (ЗРНИ) тако и посредне (изборно законодавство) демократије. Због тога, грађанима Србије је неопходан модеран, недвосмислен и демократски скројен закон, који би створио предуслове за њихово активније и делотворније ангажовање у иницирању и доношењу најважнијих прописа и одлука. Уколико до тога не дође у скоријој будућности, потенцијално изјашњавање грађана Србије о неком битном и „идентитетском“ питању (стаутус КиМ, чланство у ЕУ, војна неутралност и сл.) би у „постојећем правном оквиру који није систематски усклађен“ било „изузетно правно проблематично“ и не би могло „да има карактеристике које би омогућиле процедурално и легално и демократски легитимно доношење одлуке [...]“ (Ђурић и Манојловић, 2018: 645)

Осим поменутих законодавне реформе, у будућности би била пожељна и темељна реформа устава. Тако би могло озбиљно да се промисли о занимљивој и контроверзној идеји која се тиче увођења обавезног гласања. Грађани би имали и обавезу, а не само право (како је то сада уређено) да узимају учешће у доношењу различитих одлука, од избора представника, до референдумског изјашњавања. Тиме би практично били натерани да партиципирају у политичком животу, па би се сходно томе више трудили да буду боље обавештени и очекивали више од својих представника, чиме би постали свеснији свог дела одговорности у политичком животу (Рејић, 2014: 179). Још једна од предности оваквог решења би било и то што би се постигао висок легитимитет одлука које би грађани непосредно доносили, услед веће излазности. Ипак, ово наизглед једноставно и оправдано решење, у пракси може да испољи бројне проблеме и недоумице⁴⁶, али свакако завређује да буде подробије размотрено у будућности.

Такође, требало би закону који регулише непосредно вршење суверености, као и изборним законима, да се да посебно место у хијерахији правних прописа, како они не би сувише често били предмет дневнополитичког волунтаризма. Тек тада бисмо могли да говоримо о истинском искораку ка садржинској промени нашег целокупног устава и потпуној или макар потпунијој реализације уставне одредбе о носиоцима суверености. Без одговарајуће правне разраде, идеја народне суверености остаће само пука декларација без одјека у стварности: „Са тог аспекта, класична идеја недељивости народне суверености не упућује на неки мистичан колективни субјект, него садржи једноставан захтев да сувереност искључиво припадне онима који су сами погођени одлукама – а не, рецимо, службеним

⁴⁶ Вид. *Države koje su uvele obavezno pravo glasa*. Преузето 15.12.2020. <http://www.cesid.rs/da-li-znate/drzave-koje-su-uvele-obavezno-pravo-glasa/>. *Obavezno glasanje: čemu služi, a uz to i ne radi*, Преузето 15.12.2020. <https://talas.rs/2019/05/03/obavezno-glasanje-ne-radi/>.

управљачима и функционерима. Идеја јединства и недељивости народне суверености не означава ништа друго него 'државу' у рукама 'народа'." (Maus, 2001: 102).

Литература

Бо, О. (2016). Држава и њена власт. Београд: Службени гласник и Правни факултет.

Јовановић, М. (2011). Облици директне демократије – народна иницијатива и референдум. Српска политичка мисао. 4(XVIII). 33-49.

Јовановић, М. (2008). Политичке институције у политичком систему Србије. Београд: Институт за политичке студије.

Јовичић, М. (2006). Демократија и одговорност. Београд: Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду.

Јовичић, М. (2006). Устав и законитост. Београд: Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду.

Марковић, Ђ. (2018). Органски закон у уставноправном поретку Републике Србије. У Вујовић О. (Прир.) Универзално и особено у праву Том I. Косовска Митровица: Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици Правни факултет. 287-306.

Марковић, Р. (2015). Уставно право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Досије.

Милачић, С. (1997). Представничка демократија и владавина јавног мњења: допуњавање или противречност. Анали Правног факултета у Београду. 1-3(XLV) 3-38.

Ненадић, Б. (2018). Утицај уставносудског делања на вршење законодавне власти. У Васић Р. (прир.). Номотехника и правничко расуђивање. Београд: Програм Уједињених нација за развој у Србији и Правни факултет. 231-280.

Симовић, Д. (2012). Перспективе развоја институција непосредне демократије. Правна ријеч. 31(IX). 221-236.

Симовић, Д, и Петров, В. (2014). Уставно право. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Чавошки, К. (2011). Уставни закон као спроведбени закон. У Кузмановић Р. и Мирјанић. Д. (Прир.) Споменица Гаши Мијановићу. Бања Лука: Академија наука и умјетности РС. 83-99.

Ђорђевић, Ј. (1989). Уставно право. Београд : Savremena administracija.

Ђурашновић Радојевић, Д. (2012). Законодавна функција Народне skupštine Републике Србије. У Орловић С. (Прир.) Демократске performanse парламента Србије, Босне и Херцеговине и Црне Горе. Београд, Сарајево, Подгорица: Универзитет у Београду – Факултет Политичких наука, Сарајевски отворени центар, Факултет политичких наука – Универзитет Црне Горе. 79-99.

Ђурић, В. и Мановљовић, С. (2018). Referendumsko izjašanjavanje o statusu КиМ . Правни живот. 12(LXVII) 631-645.

Ђурић, В. (2013). Контрола уставности нечињенја (пропуштања) законодавца. Правни живот. 12(LXII)609-624.

Grimm, D. (2012). Types of Constitution. In Rosenfeld M. and Sajo. A. (Ed.). Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press. 38-54.

Hill, Ronald J, and White S. (2014). Russia, the Former Soviet Union and Eastern Europe. In Qvortrup M. (Ed.). Referendums Around the World. New York: Palgrave Macmillan. 17-43.

Jovičić, M. (1977). О уставу. Београд: Savremena administracija.

Jovičić, M. (1968). Одговорност носилаца јавних функција. Београд: Институт за упоредно право.

Maus, I. 2001. Аспекти народне суверености, превео: Данило Н. Basta. Београд: Досије.

Nastić, M. (2017). Непосредно учеће грађана у поступку промене устава. У Шарчевић, Е. и Simović, D. (Прир.). Reviziona vlast u Srbiji. Сарајево: Фондација Центар за јавно право. 91-114.

Nastić, M. (2012). Законодавни референдум као облик непосредног учествовања грађана у законодавном поступку. У Пажванчић, М. и Поповић А. (Прир.). Парламентарна пракса II. Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 77-91.

Pejić, I. (2009). Облици непосредне демократије у уставној држави. Правни живот. 14(LXXXIV). 759-775.

Pejić, I. (2014). Fundamental Values in New Democracies: The Principle of Representation in the Serbian Constitution. Collection of Papers, Faculty of Law, Nis. 67(LIII). 169-184.

Petrov, V. (2008). (Ne)moć modernog parlamenta. Pravni život 14(LXXIV). 693-710.

Petrov, V. (2012). Narodna inicijativa i referendum u „trouglu suverenosti“ - građanin, parlament, ustav. U Pajvančić, M. i Popović A. (Prir.). Parlamentarna praksa II. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 63-77.

Petrov, V. (2017). Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoj Srbiji - bilans i pogled unapred. U Šarčević, E. i Simović, D. (Prir.). Revizijska vlast u Srbiji. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo. 13-37.

Qvortrup, M. (2014). Referendums in Western Europe. In Qvortrup M. (Ed.). Referendums around the world : the continued growth of direct democracy. New York: Palgrave Macmillan. 43-65.

Simović, D. (2017). Ustavna rigidnost i aporije revizijske vlasti u Republici Srbiji. U Šarčević, E. i Simović, D. (Prir.). Revizijska vlast u Srbiji. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo. 63-90.

Tierney, S. (2012). Constitutional Referendums. Oxford: Oxford University Press.

Vučić, O. (2011). Ustavnost ustavnog zakona. U Lilić, S. (prir.) Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, knjiga I. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 118-131.

– *Правни и други извори*

Устав Федеративне Народне Републике Југославије, *Сл. лист ФНРЈ*, 10/1946.

Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења Федеративне Народне Републике Југославије и савезним органима власти, *Сл. лист ФНРЈ*, 3/1953.

Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Сл. лист СФРЈ*, 14/1963.

Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Сл. лист СФРЈ*, 9/1974.

Устав Народне Републике Србије, *Сл. гласник НРС*, 3/1947.

Устав Социјалистичке Републике Србије, *Сл. гласник СРС*, 14/1963.

Устав Социјалистичке Републике Србије, *Сл. гласник СРС*, 8/1974.

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 1/90.

Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 1/90.

Уставни закон о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 70/92.

Уставни закон о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 20/93.

Устав Савезне Републике Југославије, *Сл. лист СРЈ*, 1/92.

Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, *Сл. лист СЦГ*, 1/2003.

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

Закон о референдуму и другим облицима одлучивања личним изјашњавањем, *Сл. гласник СРС*, 30/77.

Закон о изменама и допунама Закона о референдуму и другим облицима одлучивања личним изјашњавањем, *Сл. гласник СРС*, 17/1988.

Закон о референдуму, *Сл. гласник СРС*, 40/89.

Закон о референдуму и народној иницијативи, *Сл. гласник РС*, 48/94 и 11/98.

Закон о изменама и допунама Кривичног Законика, *Сл. гласник РС*, 35/2019.

Закон о избору народних посланика, *Сл. гласник РС*, 35/2000, 57/2003 - одлука УСРС, 72/2003 - др. закон, 75/2003 - испр. др. закона, 18/2004, 101/2005 - др. закон, 85/2005 - др. закон, 28/2011 - одлука УС, 36/2011, 104/2009 - др. закон, 12/2020 и 68/2020.

Закон о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС, 40/15 и 103/15.

Закључак о одбацивању иницијативе за оцену уставности/законитости IУз-356/2009.

Преглед рада Уставног суда у 2009. години. Преузето 25.09.2020.

<http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/Misc/Pregled2009.pdf>.

Министарстводржавне управе и локалне самоуправе. 2020. Извештај о спроведеној јавној расправи о Нацрту закона о референдуму и народној иницијативи.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the Draft Law on Referendum and Civil Initiative of Serbia*. Преузето: 25.09.2020. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL(2010)004-e).

CRTA. (2018). *Narodna inicijativa u fioci: analiza kolektivnog učešća građana u procesu donošenja odluka.*, Beograd. 17. Преузето 25.9.2020. <https://cрта.rs/wp-content/uploads/2018/01/03-narodna-inicijativa.pdf>.

Beogradski centar za ljudska prava. (2012). *Ljudska pravau Srbiji 2011: pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava*. Beograd: 165.

Број поднетих предлога закона. Преузето 25.9.2020. <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/narodna-skupstina-u-brojkama/broj-podnetih-predloga-zakona.1910.html>.

Број закона објављених у Службениом гласнику Републике Србије. Преузето 25.9.2020. <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/narodna-skupstina-u-brojkama/broj-zakona-objavljenih-u-sluzbenom-glasniku-republike-srbije.1933.html>.

Републички референдум ради потврђивања Амандмана I на Устав Републике Србије, одржан 31. маја 1992. године; Републички референдум ради претходног изјашњавања грађана о државним симболима Републике Србије, одржан 31. маја 1992. године; Републички референдум ради потврђивања Амандмана I на Устав Републике Србије, одржан 11. октобра 1992. године; Републички референдум ради изјашњавања грађана Србије да ли прихватају учешће страних представника у решавању проблема на Косову и Метохији, одржан 7. априла 1998. године; Републички референдум ради потврђивања новог Устава Републике Србије, одржан 28. и 29. октобра 2006. године. Преузето 25.9.2020. <http://arhiva.rik.parlament.gov.rs/arhiva.php>.

Albanci „podgrevaju” priču o referendumu iz 1992. Преузето 25.9.2020. <http://www.politika.rs/sr/clanak/442763/Albanci-podgrevaju-pricu-o-referendumu-iz-1992>.

Север Косова неће Приштину. Преузето 25.9.2020. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/1045398/sever-kosova-nece-pristinu.html>.

Države koje su uvele obavezno pravo glasa. Преузето 15.12.2020. <http://www.cesid.rs/da-li-znate/drzave-koje-su-uvele-obavezno-pravo-glasa/>.

Obavezno glasanje: čemu služi, a uz to i ne radi, Преузето 15.12.2020. <https://talas.rs/2019/05/03/obavezno-glasanje-ne-radi/>.

Ђорђе Марковић,
Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade,

DIRECT EXERCISE OF SOVEREIGNTY IN THE REPUBLIC OF SERBIA – LAW AND RESPONSIBILITY

Summary

The citizens of Serbia consider the institutions of their country distant and alienated. There are two reasons for this. The first is outdated election legislation, which is designed to further weaken the relation between citizens and their parliamentary representatives. The second is an almost inapplicable and unconstitutional legal regulation of direct democracy, which was primarily discussed in this paper. Although those institutions (referendum and legislative initiatives) was constitutionalized since the end of World War II, they have never fully taken root in Serbian constitutional, legal and political system. For the decades, the legislator was inert to adopt the adequate regulation of this legal sphere. The following result is a very scarce practice, which has led to the impression that citizens have almost no influence on political processes, which is not far from the truth. This is evidenced by the data that the National Assembly in those few cases in which it was submitted people's initiatives, essentially refused to act on them. Due to this situation, the question of the responsibility of political actors arises. The highest political institutions such as the National Assembly, the Government, the President of the Republic and the Constitutional Court also bear the most of the political responsibility, primarily due to the failure to act in an adequate manner. Part of the responsibility lies with the opposition political parties, as well as the citizens themselves. In essence, only citizens suffer the sanction, while most institutions and political actors remain unpunished. Therefore, Serbia deserves a substantial and qualitative change of both the constitution and all those laws that can be brought under the constitution in a broader sense. Only then, we may consider changes that correspond to the political and general social moment in which we find ourselves.

Keywords: direct democracy, legislative initiative, referendum, political responsibility, organic law.

USTAVNO OGRANIČENJE ZADUŽENJA DRŽAVE KAO PRIMJER DRUŠTVENE ODGOVORNOSTI PRAVNE NORME

Apstrakt: Nova orijentacija ustavnog prava detaljnije tretira pitanja uloge države u ekonomskoj politici i između ostalog ograničava mogućnosti zaduženosti države koja znači zaduživanje budućih generacija. Navedeno se temelji ne samo na političkom viđenju određene države nego značajno i na zahtjevima Evropske unije kroz definisanje odgovornije uloge države u ekonomskoj politici. (Pünder, 2016:103) Obzirom na izazove sa kojim se susreće Bosna i Hercegovina, uz ostale zemlje u tranziciji, bilo bi korisno da se razmotre određene pozitivne pravne prakse pri formulaciji fiskalnih pravila koja se odnose na realizaciju budžeta. U tom pogledu treba istaći pozitivnu pravnu praksu u normiranju ekonomske politike u razvijenim zemaljama koja se ogleda u ograničavanju trošenja (a time i smanjenja mogućnosti stvaranja deficita) i zaduživanja. Primjer ovakve prakse su fiskalna pravila ugrađena u Ustav Savezne Republike Njemačke. Ovakvim pravilima se ograničava moć političkih predstavnika da djeluju protivno nacionalnim dugoročnim interesima u oblasti ekonomije kroz ustavnu obavezu finansiranja javnih rashoda iz trenutnih javnih prihoda, odnosno na teret prihoda od oporezivanja, što znači da teret javnih prihoda snose sadašnje, a ne prenosi se na buduće generacije zbog zabrana uzimanja kredita za potrebe javnih rashoda. To bi sigurno moglo biti jedno od rješenja na problem agent-principal koji se javlja u političkom djelovanju. Politički predstavnici mogu imati kratkoročne interese, a obzirom da upravljaju državom imaju moć djelovanja u skladu sa takvim interesima koji ugrožavaju dugoročne državne interese. Prema teoriji građani, principal, imaju manje dostupnih informacija i vremena da se suprostave takvim djelovanjima. Ovaj tip ograničenja u ustavu imaju Njemačka i Švicarska, a većina zemalja Evropske unije prije ulaska u EU nije imala ograničenja deficita.

¹ sedad.dedic@unze.ba, docent na užoj naučnoj oblasti „Državno i međunarodno javno pravo” na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

Кljučне riječi: *Ustavno ograničenje zaduženja, društvena odgovornost, ekonomska politika.*

1. Uvod

Nova orijentacija ustavnog prava detaljnije tretira pitanja uloge države u ekonomskoj politici i između ostalog nastoji da uspostavi ograničenja mogućnosti zaduživanja države koje znači zaduživanje budućih generacija. Navedeno se temelji ne samo na političkom viđenju određene države nego značajno i na zahtjevima Evropske unije kroz definisanje odgovornije uloge države u ekonomskoj politici. (Pünder, 2016:103) Obzirom na izazove sa kojim se susreće Bosna i Hercegovina, uz ostale zemlje u tranziciji, ramotrit ćemo i određene pozitivne pravne prakse pri formulaciji fiskalnih pravila koja se odnose na realizaciju budžeta. U tom pogledu treba istaći pozitivnu pravnu praksu u normiranju ekonomske politike u razvijenim zemaljama koja se ogleda u ograničavanju trošenja (a time i smanjenja mogućnosti stvaranja deficita) i zaduživanja. Primjer ovakve prakse su fiskalna pravila ugrađena u Ustav Savezne Republike Njemačke. Ovakvim pravilima se ograničava moć političkih predstavnika da djeluju protivno nacionalnim dugoročnim interesima u oblasti ekonomije kroz ustavnu obavezu finansiranja javnih rashoda iz trenutnih javnih prihoda, odnosno na teret prihoda od oporezivanja, što znači da teret tekućih javnih rashoda snose sadašnje, a ne prenosi se na buduće generacije zbog zabrana uzimanja kredita za potrebe javnih rashoda. To bi sigurno moglo biti jedno od rješenja na problem agent-principal koji se javlja u političkom djelovanju. Politički predstavnici mogu imati kratkoročne interese, a obzirom da upravljaju državom imaju moć djelovanja u skladu sa takvim interesima koji ugrožavaju dugoročne državne interese. Prema teoriji građani, principal, imaju manje dostupnih informacija i vremena da se suprostave takvim djelovanjima. Ovaj tip ograničenja u ustavu imaju Njemačka i Švicarska, a većina zemalja Evropske unije prije ulaska u EU nije imala ograničenja deficita.

Kada se pitanje ograničenja zaduženja spomene često, zbog površnog posmatranja, dobijemo drugo pitanje kako će se finansirati kapitalni projekti, putevi itd... Zanimare ključnu stvar da se to ograničenje odnosi samo na zabranu finansiranja tekućih javnih rashoda i potrošnje od strane bilo koje trenutne političke vlasti, a ne odnosi se na kapitalne investicije izgradnja autoputeva i drugih infrastrukturnih i ostalih projekata koji u stvari znače dugoročnu investiciju, a ne tekuće rashode za svakodnevnu potrošnju administracije, državnog aparata i sl..

Naviknuti smo da se ustavom regulišu pitanja ekonomskog sistema dok se za pitanje ekonomske politike smatra da traži veću fleksibilnost i regulaciju zakonskim normama koje se jednostavnije i efikasnije mogu mijenjati i prilagođavati

stalno promjenljivim potrebama ekonomije. Međutim praksa je pokazala da u demokratskim sistemima postoje velike mogućnosti zloupotrebe. Iako živimo u epohalno promijenjenim okolnostima, u odnosu na historiju, u smislu da je došlo do transformacije moći vladara u demokratsku vlast nikada nije prestalo nastojanje pojedinaca i grupa da uzurpiraju suverenu vlast naroda nastojeći da demokratskim putem stečena ovlaštenja upotrijebe kao da su u poziciji diktatorskih režima. Takve zloupotrebe su posebno aktuelne i česte u području upravljanja javnim finansijama. Naime, određeni nosioci javne vlasti su toliko razvili instrumente i metodologiju zloupotreba u javnim finansijama da su mnoge očite zloupotrebe učinili potpuno zakonitim. Jedan od takvih primjera je upravo i zaduživanje države, tj. budućih generacija dizanjem enormnih kredita za tekuće javne rashode. Imajući u vidu dosadašnja iskustva, takva nastojanja i opasnosti neće ni prestati i to je činjenica koja je bila poseban motivirajući razlog za pisanje ovog rada kako bi na jednom mjestu, a istovremeno u okvirima jednog kraćeg naučnog rada obradili važnost i osnovne pravne mogućnosti za ograničenja zaduženja budućih generacija i pravnih usmjeravanja finansiranja tekućih javnih rashoda isključivo iz tekućih javnih prihoda.

2. Odnos ustava i ekonomske politike

U oblasti ustavne ekonomije, ustav se definiše kao “sredstvo zaštite dugoročnih interesa društva uprkos kratkoročnih interesa političara” kao rukovodećih osoba u vladama i vladinim institucijama kao nosiocima ekonomske politike. (Blume, Voigt, 2013:239)

Uglavnom u svim ustavima, ustavne odredbe propisuju proces donošenja budžeta putem dva modaliteta: donošenje budžeta kao jednog instrumenta, te donošenje budžeta uz prihvatanje finansiranja javnih rashoda, ali nije iskazan istovremeno kao jedan dokument uz prihvatanje i prihoda i rashoda. (Morrison, 2016:7-8) Nova orijentacija ustavnog prava detaljnije tretira pitanja uloge države u ekonomskoj politici i između ostalog npr. ograničava mogućnosti zaduženosti države koja znači zaduživanje budućih generacija. Navedeno se temelji ne samo na političkom viđenju određene države nego značajno i na zahtjevima Evropske unije o čemu će biti više riječi u komparativnom pregledu. (Pünder, 2016:103)

Ova tema je svakako vezana i za monetarni suverenitet država tako autor Dimitrijević navodi da „u današnjim okolnostima većina autora stala je na stanovište da se koncept monetarnog suvereniteta ne može razmatrati kao statički, koji bi se prosto sveo na skup kataloških ovlašćenja, tj. prava države i drugih javno-pravnih kolektiviteta u monetarnom saobraćaju. Sa druge strane, u uslovima postojanja monetarnih unija, značajan broj autora zagovara tezu o intenzivnoj „eroziji monetarnog suvereniteta“, koji prema njihovim shvatanjima postoji

samo u figurativnom smislu i prema tome nema ništa više osim „mitskog“ karaktera. Svakako da u globalizovanim ekonomskim i finansijskim odnosima dolazi do transformacije koncepta monetarnog suvereniteta, ali stava smo da se može govoriti samo o tendenciji evolucije istog, a ne o njegovom apsolutnom ili relativnom slabljenju, već više o prilagođavanju savremenim privrednim okolnostima i međunarodnim prilikama.“ (Dimitrijević, 2017:660)

Prema C.A. Beardu ustav je u svojoj suštini i ekonomski dokument jedne države baziran na konceptu da osnovna prava privatnog vlasništva imaju poseban značaj za državu i da su na takav način zaštićena aktom najviše pravne snage od bilo kojeg oblika uzurpacije što predstavlja jedan od temelja tržišne ekonomije i jedan od osnovnih zadataka uloge države u ekonomskoj politici. (Beard, 1962:160) Ustavno ograničenje zaduženja države za finansiranje tekućih rashoda na direktan način štiti i privatno vlasništvo građana, jer svako novo zaduženje države neminovno vodi i povećanju poreznih davanja i drugih finansijskih nameta građanima na njihovu imovinu i poslovanje.

Bitno je istaći da istraživanje koje smo proveli nije zabilježilo nijedan ustav na svijetu koji je ostajao ravnodušan prema osnovnim društveno-ekonomskim odnosima. U skladu sa prethodno navedenim i savremena ustavnopravna teorija je u određivanju predmeta regulisanja, pa i u sam pojam ustava, unijela elemente iz kojih je moguće zaključiti da veza između ustava, društveno-ekonomskog uređenja i ekonomske politike, kao ostvarenja ustavnih načela i ciljeva konkretnog društveno ekonomskog uređenja, nije samo zbog činjenice što se svaki ustav zasniva na određenom društveno-ekonomskom sistemu već i u tome što svaki ustav izražava i reguliše bar osnovna ekonomska pitanja, a vrlo često definiše i nosioce ekonomske politike, njihove nadležnosti i osnovna načela kojima treba da se rukovode. (Fira, 1979:135)

Prema F. R. Tesón, ustavi imaju zadatak zaštititi tržišnu utakmicu radi blagostanja građana. Stoga, liberalni ustavi bi trebali, prije svega, nuditi zaštitu prava vlasništva i slobode ugovaranja. Ekonomska teorija zastupa mišljenje o neophodnosti zaštite konkurentne tržišne utakmice, pa prema tome za liberalne demokratije je neophodno ustavno regulisanje u oblasti ekonomske politike. Ustavi bi trebali biti sastavljeni u najboljem interesu građana u svim sferama, odnosno ustavi bi trebali štiti građane od potencijalnih političkih zloupotreba posebno u oblasti ekonomske politike, kao što su zaduživanja budućih generacija kroz kreditne aranžmane za tekuće troškove, gdje su politički predstavnici koji rukovode instrumentima ekonomske politike često skloni da u korist kratkoročnih interesa ugroze dugoročni ekonomski prosperitet jedne države, odnosno navedena ustavna zaštita dugoročnih interesa društva je potrebna zbog postojanja rizika da politički predstavnici zbog pogrešnih informacija ili nekih

drugih razloga pogrešno upotrijebe ovlaštenja koja imaju. Ovi argumenti se suprotstavljaju nekim mišljenjima da ustavi ne bi trebali uopće tretirati pitanja ekonomske politike. (Teson, 2011:128-129)

“Svako ko iz historije izostavi ekonomske uticaje ili ih zanemari u diskusiji o javnim pitanjima dolazi u smrtnu opasnost da zamijeni mitologiju s realnošću, zamućuje, a ne bistri odgovore na pitanja. Očevi američkog Ustava sebe su upisali u vječno velike praktične državnike jer su priznali moć ekonomskih interesa u političkom polju, a vještini su njihovim korištenjem dali korisne pouke iz umijeća vladanja novim generacijama. Tek ustrajnim izučavanjem njihovih radova i otkrivanjem njihove hrabrosti i pogleda na ekonomske interese koji postoje u temeljima svih ustavnih formalija naša generacija može garantirati trajnost vladavine prava (*government under law*) i njezinu razliku prema arbitrarnosti sile. Na nama je kao nasljednicima njihove ostavštine da stalno i uporno pitamo – kad god je riječ o teorijama savezne države ili pravima država: ‘Koji interesi leže iza njih i u čiju korist ide promjena i njihovo ostvarenje?’. Odbijajući to napraviti, postajemo žrtve historije – mi smo onda tek glineni golub u rukama onih koji su kreirali ustav.” (Beard, 1962:6)

Zadaci ekonomske politike mogu biti kratkoročne i dugoročne prirode, pri čemu prva grupa zadataka obuhvata rješavanje najakutnijih tekućih problema procesa društvene reprodukcije, dok drugi zadaci znače ostvarivanje trajnih uslova za realizaciju osnovnog cilja ekonomske politike. U procesu privrednog razvoja ciljevi i zadaci ekonomske politike mogu biti različiti, a što je uslovljeno dejstvom mnogih faktora koji u datom momentu ili u datoj fazi privrednog razvoja predodređuju dinamiku privredne aktivnosti usmjeravajući njeno težište na određenu privrednu djelatnost, a iz čega nužno proističu različite mjere koje nosioci privredne aktivnosti preduzimaju radi usmjeravanja privrednog razvoja i regulisanja tokova privrednih kretanja. upravo zbog toga se i promjene u ekonomskoj politici javljaju kao logična posljedica dinamike privrednog života i nastojanja nosilaca privrednih aktivnosti da postignu optimalne rezultate. (Politička enciklopedija, 1975:242)

Propisi materijalnog prava o ekonomskoj politici, uže rečeno formulisanje fiskalnih pravila, uključuju postavljanje granice deficita i granice ukupnog duga. Ovakve granice se najčešće postavljaju u odnosu na udio trenutnog GDP-a i ugrađuju u ustave. Prema Blume i Voigt, ovakve granice se nazivaju ustavnim pravilima deficita. Fiskalna pravila o granicama duga i deficita su pokazala značajan efekat u smanjenjima deficita i duga kod pet kantona od dvadesetšest kantona u Švicarskoj kroz period od 1986 do 1997. (Feld, Kirchgässner, 2001: 329–363) Također, rezultati opširnije studije provedene od strane Blume i Voigt pokazuju značajne efekte ustavnih pravila deficita država koje ih imaju usposta-

vljene u odnosu na ostale države koje ih nemaju. Ustavna pravila ograničavanja deficita su u korelaciji sa odgovornijim² (manjim) trošenjem budžetskih sredstava, što u kombinaciji sa transparentnošću dovodi i do smanjenja korupcije. (Blume, Voigt, 2013:239)

Ekonomska politika je uvjetovana normativnim okvirom koji je definisan prvenstveno ustavom, pa onda zakonima, pravilima, procedurama i ostalim institucijama koje omogućavaju realizaciju ekonomskih politika. Ovakva uloga normativnih okvira u ekonomskoj politici je izražena pri realizaciji bilo koje ekonomske odluke koja je provodiva jedino u odgovarajućem normativnom sistemu. (Buchanan, 1975:225-230) „Institucije su smišljena ograničenja koja strukturiraju ljudsku interakciju. Ona se sastoje od formalnih ograničenja (pravila, zakoni, ustavi), neformalnih ograničenja (normi ponašanja, konvencija i samopostavljenih kodova ponašanja) i karakteristika njihovog provođenja. Zajedno oni definiraju poticaj strukturiranja društva i posebno ekonomija.“ (North, 1993)

Prilikom dizajniranja raspodjele nadležnosti u jednom pravnom sistemu treba imati u vidu različite potrebe koje imaju tranzicijske ekonomije i ekonomije u razvoju u odnosu na razvijene ekonomije. (Hadfield, 2008:70) Okruženje tranzicijskih i ekonomija u razvoju ne dozvoljava primjenu pravnih rješenja bez prilagođavanja. Npr. uspostavljena institucija u oblasti ekonomske politike u razvijenim ekonomijama može imati stabilnost i uspješano djelovanje, dok identična institucija bez prilagođavanja u tranzicijskim i ekonomijama u razvoju može djelovati kontraproduktivno, čime se postiže i neopravdano trošenje javnih sredstava. Vezano za proces formiranja institucija, u demokratskim društvima kreatori ustava se suočavaju sa dilemom o fleksibilnosti procesa izmjena ustavnih amandmana. Fleksibilan proces izmjene ustavnih amandmana ima prednost provođenja lakše reforme pri zamjeni, uvođenju ili ukidanju institucija, dok nefleksibilan proces izmjene ustavnih amandmana pruža određenu zaštitu stabilnosti demokratske vlasti. (Eisgruber, 2001:13)

Moderni ekonomski razvoj zbiva se u uslovima otvorenog tržišta, ali i regulirane tržišne ekonomije u kojoj prevladava privatno vlasništvo kao ustavima garantirana kategorija. Potreba reguliranja proističe iz činjenice što se na tržištu ne mogu u svim okolnostima postići učinci koji bi istodobno bili prihvatljivi za privrednike, potrošače i društvo u cjelini. Stoga u razvijenim ekonomijama svijeta tržište ne djeluje stihijski, već je regulirano nužnim institucionalnim okvirima i planskim akcijama, i to radi racionalizacije njegova djelovanja u procesu cjelokupnog razvoja. Programi ulaganja temeljna su pretpostavka rasta i razvoja

² „Najčešći razlog pogrešnih ekonomskih odluka je ignoriranje sekundarnih efekata i dugoročnih posljedica. Političari, ili druge interesne skupine stalno naglašavaju, često i namjerno, kratkoročne koristi koje slijede iz određene ekonomske politike, dok potpuno ignorišu dugoročne posljedice.“ (Kurtović, Hodžić, 2010:51).

pojedinačnih privrednih subjekata, a time i ukupne ekonomije svake zemlje. (Vajić, 1994:35)

Zbog komplikovanih i sporih procedura izmjena, koji zbog toga nisu u stanju normativno pratiti dinamične zahtjeve privrede, ustavi država vrlo često ne sadrže „ni odredbe ni garancije koje bi upućivale na određeno privredno uređenje. Neki ustavi ne normiraju čak ni konkretne ustavnopravne principe organizacije privrednog života, nego ovo uređenje prepuštaju zakonodavcu koji o tome može slobodno odlučivati u granicama koje određuje Ustav, a da mu pri tom izvan opšte demokratske, nije potrebna nikakva dodatna legitimacija.“ (Ross, 2009:86) U tom smislu uloga države u ekonomskoj politici dobija dodatni kapacitet ovlaštenja, ali i odgovornost za rezultat prilikom usmjeravanja, izgrađivanja i održavanja privrednog ambijenta u okviru ustavnih principa slobode tržišta i principa tržišne ekonomije.

U stoljeću konstitucionalizma, nakon Bečkog kongresa 1815. godine, od kada su sve zemlje svijeta bile obavezne da imaju ustave kojim bi se utvrđivalo državno i društveno uređenje, prava i slobode građana, društveno-ekonomsko uređenje, organizacija državne vlasti (zakonodavna, sudska i izvršna), zaštita ustavnosti i zakonitosti i dr., zaštita ostaje kontinuirana i obavezna. (Kuzmanović, 1994:11)

Naime, neupitan je politički uticaj u zakonodavnom dijelu vlasti u kojem se normira oblast ekonomske politike, a posebno fiskalne politike i pitanja zaduženja države, a ustavni sudovi bi trebali biti neutralni i izvan političkog uticaja, radi donošenja neutralnih presuda o pravnim pitanjima. Ovim se naravno izražava istovremeno i povezanost ustavnog prava i ekonomske politike, pri čemu se izražava neophodnost postavljanja ograničenja u oblasti ekonomske politike, a ta ograničenja su najdjelotvornija ukoliko su ustavne odredbe. Slikovit primjer postavljanja ovakvih ograničenja su naravno ograničenja deficita u ustavu Njemačke o čemu ćemo posebno govoriti u komparativnom pregledu. Izmjenama Ustava Njemačke iz 1969. godine Ustav je involviran u ekonomsku politiku tako što direktno propisuje određene odredbe fiskalne politike kroz uspostavu zlatnog pravila javnih finansija. Član 115. izmjena Ustava iz 1969. godine: „(1) Zaduživanje i pretpostavka obećanja, jamstva ili druge obaveze, koji će rezultirati nastankom javnih rashoda u slijedećim fiskalnim godinama, zahtjeva federalno zakonodavno odobrenje uz istaknute maksimalne iznose izdataka. Prihod nastao iz zaduživanja ne smije prelaziti ukupne izdatke za investicije predviđene u budžetu, izuzetci mogu biti dopušteni samo za prevazilaženje poremećaja ukupne ekonomske ravnoteže. Detalji će biti regulisani federalnim zakonima. (2) U pogledu specijalnih sredstava Federacije, izuzetke od odredaba stava (1) ovog člana mogu se odobriti federalnim zakonom.“³

³ www.constitution.org/cons/germany.txt pristupljeno 10. 9. 2016.

3. Neka komparativna iskustva o ustavnog ograničenja zaduženja države

Izmjenama Ustava Njemačke iz 1969. godine Ustav je involviran u ekonomsku politiku tako što direktno propisuje određene odredbe fiskalne politike kroz uspostavu zlatnog pravila javnih finansija. Član 115. izmjena Ustava iz 1969. godine: „(1) Zaduživanje i pretpostavka obećanja, jamstva ili druge obaveze, koji će rezultirati nastankom javnih rashoda u slijedećim fiskalnim godinama, zahtjeva federalno zakonodavno odobrenje uz istaknute maksimalne iznose izdataka. Prihod nastao iz zaduživanja ne smije prelaziti ukupne izdatke za investicije predviđene u budžetu, izuzetci mogu biti dopušteni samo za prevazilaženje poremećaja ukupne ekonomske ravnoteže. Detalji će biti regulisani federalnim zakonima. (2) U pogledu specijalnih sredstava Federacije, izuzetke od odredaba stava (1) ovog člana mogu se odobriti federalnim zakonom.“⁴

Istaknuti zahtjevi pomenutog ustava su: trenutno trošenje se može realizirati samo trenutnim prihodima, te omogućavanje da se javni kapitalni izdaci finansiraju dugom osim ugrožavanja makroekonomskog balansa. Time zlatno pravilo nije davalo posebno ograničenje zaduživanja, pa izmjenom ustava 2009. godine je zlatno pravilo ukinuto i zamijenjeno sa ograničenjem strukturalnih neto posuđivanja na 0,35% godišnjeg GDP-a počev od 2016. godine.

Osim toga strukturalni deficit⁵ neće biti dozvoljen od 2020. godine, osim u slučaju prirodnih katastrofa ili ozbiljnih ekonomskih kriza. (Bénassy-Quéré, Coeuré, Jacquet, Pisani-Ferry, 2010:217) Član 109. stav 3. Ustava Njemačke navodi: „Budžeti federalne države i saveznih država će biti u principu balansirani bez prihoda od kredita. Federacija i savezne države će uspostaviti pravila koja će uzimati u obzir, simetrično u vremenu uzlazne i silazne putanje, efekte razvoja tržišta koje odstupaju od normalnih uslova, kao i izuzetke za prirodne katastrofe ili neobične vanredne situacije izvan vladine kontrole i značajno štetne za državni finansijski kapacitet. Detalji budžeta Federacije će biti u skladu sa članom 115. uz shvatanje zadovoljenja prve rečenice, ako prihod od kredita ne prelazi 0,35 posto u odnosu na nominalni bruto domaći proizvod. Savezne države same uređuju detalje za budžete u okviru svojih ustavnih ovlasti, s tim da je prva rečenica zadovoljena ukoliko nije bilo prihoda od kredita.“⁶

Naime, neupitan je politički uticaj u zakonodavnom dijelu vlasti u kojem se normira oblast ekonomske politike, a ustavni sudovi bi trebali biti neutralni i izvan političkog uticaja, radi donošenja neutralnih presuda o pravnim pitanjima. Ovim

⁴ www.constitution.org/cons/germany.txt pristupljeno 10. 9. 2016.

⁵ Strukturalni ili standardizirani deficit predstavlja dugoročnu mjeru finansijske pozicije države uz uklonjene kratkoročne faktore. Više u: (Gruber, 2011:99).

⁶ <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> pristupljeno 10. 09. 2016.

se naravno izražava istovremeno i povezanost ustavnog prava i ekonomske politike, pri čemu se izražava neophodnost postavljanja ograničenja u oblasti ekonomske politike, a ta ograničenja su najdjelotvornija ukoliko su ustavne odredbe. Slikovit primjer postavljanja ovakvih ograničenja su naravno ograničenja deficita u ustavu Njemačke.

Izmjena ustava Njemačke 2009. godine je jasno nametnula princip balansirano budžeta kroz zahtjev da se bužeti balansiraju „bez prihoda iz kredita“. Pomenuti budžeti uključuju budžet federalne države i budžeti saveznih država. Na ovaj način se stavio naglasak na finansiranju javnih rashoda iz trenutnih javnih prihoda, odnosno na teret prihoda od oporezivanja, što znači da se teret javnih prihoda snosi na sadašnjim, a ne prenosi na buduće generacije. (Pünder, 2016: 101-115) Naime, osim pomenutih budžetskih nivoa u Njemačkoj postoji još općinski (lokalni) budžetski nivo kojem je dozvoljeno jedino zaduživanje radi finansiranja investicionih projekata ili reprogramiranje postojećih dugovanja. (Pünder, 2016: 125-126)

Postavljanje limita na deficite i dugove su regulirani na različitim nivoima pri čemu: neki imaju izvor u međunarodnom pravu, neki u međunarodnim sporazumima, a neki u ustavu. Naprimjer, većina država članica Evropske Unije prije sporazuma vezanih za Evropsku Uniju nisu imali nikakva ograničenja duga i deficita. Ovaj tip ograničenja u ustavu imaju samo Njemačka i Švicarska, pri čemu Njemačka ima najduže vrijeme ograničenja ovakvog tipa i to počevši nakon drugog svjetskog rata postavljeno je ograničenje javnog duga u Osnovnom zakonu Njemačke (njem. *Grundgesetz*). Švicarska koristi fleksibilnija ustavna ograničenja deficita, obzirom na zahtjeve da se deficit tokom ekonomskog ciklusa balansira. (Morrison, 2016:10-14) Prema Blume i Voigt, ovakve granice se nazivaju ustavnim pravilima deficita. Fiskalna pravila o granicama duga i deficita su pokazala značajan efekat u smanjenjima deficita i duga kod pet kantona od dvadeset šest kantona u Švicarskoj kroz period od 1986 do 1997. (Feld, Kirchgässner, 2001:329–363) Također, rezultati opširnije studije provedene od strane Blume i Voigt pokazuju značajne efekte ustavnih pravila deficita država koje ih imaju uspostavljene u odnosu na ostale države koje ih nemaju. Ustavna pravila ograničavanja deficita su u korelaciji sa odgovornijim (manjim) trošenjem budžetskih sredstava, što u kombinaciji sa transparentnošću dovodi do smanjenja korupcije. (Blume, et al., 2013:239)

Ukoliko razmatramo ograničenja koja imaju izvor u sporazumima vezanim za članstvo u Evropskoj Uniji, značajno je pomenuti neka od ograničenja deficita i duga pomenutim u Ugovoru iz Maastrichta, a koja se pojavljuju kao kriteriji za

uvođenje jedinstvene valute eura. Maastrichtski kriteriji za uvođenje eura (kriteriji konvergencije):⁷

- stabilnost cijena (odstupanje stope inflacije potrošačkih cijena ne veće od 1,5 postotnih poena iznad prosječne stope tri članice sa najstabilnijim cijenama);
- pouzdane javne finansije (ukupan deficit ne smije biti veći od 3% BDP-a);
- održive javne finansije (ukupan javni dug ne smije biti veći od 60% BDP-a);
- trajnost konvergencije (dugoročna nominalna kamatna stopa ne smije biti veća od 2 postotna poena iznad prosječne stope tri države sa najstabilnijim cijenama);
- stabilnost kursa valute (održavanje normalnih odstupanja u određenim granicama tokom dvije godine).

Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u Ekonomskoj i monetarnoj uniji potpisan u Briselu 2012. godine⁸ navodi budžetska pravila radi održive i balansirane budžetske politike. Navedena pravila balansiranog budžeta prema ovom Ugovoru, članice potpisnice su dužne normirati u svoj pravni sistem u roku od godinu dana, i to putem odredbi koje će obezbjediti što dugotrajniji učinak, optimalno putem ustava.

Npr. Ustav Češke, kao i ostali zakoni u Češkoj, ne uključuju zabranu ili bilo kako ograničenje budžetskog deficita. U toku su razmatranja amandmana ustava koji bi ograničavali javno zaduživanje. (Marková, Kopecký, Suchánek, 2016:85)

4. Pravna rješenja ograničenja zaduženja u Bosni i Hercegovini

Ustav BiH ubraja se u liberalno-demokratske ustave i po pitanju ekonomskih odnosa jasno je orjentisan ka privatnom vlasništvu i tržišnoj privredi. (Trnka, 2006:46) Za Bosnu i Hercegovinu možemo reći da pripada grupi djelomično otvorenih ekonomija pri vladavini decentralizirane parlamentarne demokratije. S obzirom na nezaustavljivi proces globalizacije i integracije možemo naglasiti da postoji određeno preklapanje domaće makroekonomske politike sa međunarodnom ekonomskom politikom. Ustavnopravni okvir Bosne i Hercegovine u oblasti ekonomske politike je specifičan u pogledu raspodjele nadležnosti između različitih nivoa vlasti.

⁷ Evropska komisija, http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/adoption/who_can_join/index_en.htm pristupljeno 28.08.2020

⁸ Evropska komisija, http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-12-2_en.htm pristupljeno 28.08.2020.

Stoga pregled ustavnopravne raspodjele nadležnosti u oblasti ekonomske politike možemo posmatrati na osnovu separacije i prikaza sljedećih dijelova ekonomske politike: (Kurtović, Hodžić, 2011:44)

- monetarna politika,
- fiskalna politika,
- politika dohodaka sa naglaskom na socijalnu politiku,
- međunarodna ekonomska politika.

Ovlaštenja organa i institucija BiH obuhvataju osnovne elemente privrednog sistema kao i ključne segmente ekonomske politike u funkciji jedinstvenog ekonomskog prostora i bazičnih pretpostavki za ekonomski razvoj. Znači, Ustavom BiH su obuhvaćene: regulacija monetarnog sistema, carina, vanjske trgovine, međunarodnih finansijskih odnosa, osnova fiskalnog sistema, a čije ostvarenje bi trebalo biti u funkciji temeljnih pretpostavki ekonomskog razvoja tj. slobode kretanja roba, usluga, kapitala i privredne aktivnosti na bosanskohercegovačkom prostoru, ali i stabilizacione politike, uravnoteženog razvoja te ekonomskih odnosa sa inostranstvom, kao i javnih korporacija BiH iz Aneksa IX Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH.⁹ (Begić, 1998:179)

⁹ (Begić, 1998:179) „Sljedeća pitanja su u nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine: vanjska politika, vanjskotrgovinska politika, carinska politika, monetarna politika, kao što je predviđeno članom VII, finansiranje institucija i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine, politika i regulisanje pitanja imigracije, izbjeglica i azila, provođenje međunarodnih i međuentitetskih krivičnopravnih propisa, uključujući i odnose sa Interpolom, uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava, regulisanje međuentitetskog transporta, kontrola vazdušnog saobraćaja. U pogledu nadležnosti entiteta ustavom je propisano da će svaki entitet pružiti svu potrebnu pomoć vladi Bosne i Hercegovine kako bi joj se omogućilo da ispoštuje međunarodne obaveze Bosne i Hercegovine, s tim da će finansijske obaveze u koje je ušao jedan entitet bez saglasnosti drugog, a prije izbora Parlamentarne skupštine i Predsjedništva Bosne i Hercegovine, ostati obaveza tog entiteta osim ukoliko je ta obaveza neophodna za nastavak članstva Bosne i Hercegovine u nekoj međunarodnoj organizaciji. Za uspostavljanje efikasnog ekonomsko-političkog sistema u BiH propisano je da će entiteti ispuniti sve uslove za pravnu sigurnost i zaštitu lica pod svojom jurisdikcijom, održavanjem civilnih ustanova za primjenu pravnih propisa, koje će funkcionisati u skladu sa međunarodno priznatim standardima uz poštovanje međunarodno priznatih ljudskih.“ Čl. III/1 i 2 Ustav BiH. „Utisak da se radi o iscrpnom katalogu nadležnosti je još jači ako uzmemo u obzir član III/3.a) Ustava BiH prema kojem „vladine funkcije i ovlaštenja koja nisu [...] Ustavom izričito povjerena institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima“. Prema tome, ta odredba reguliše rezidualnu nadležnost entitetâ (eng. *residual* znači „preostali“). Drugim riječima, ta odredba može biti protumačena tako što entitetima pripadaju sve nadležnosti koje nisu eksplicitno dodijeljene državi.“ (Ademović, Marko, Marković, 2012:111)

Privredni sistem čija je osnova tržišna privreda traži odgovornu ulogu države u ekonomskoj politici kroz uspostavljanje i vođenje dugoročne ekonomske politike, te formiranje što je moguće stabilnijeg makroekonomskog okruženja. To posebno važi za domaća i međunarodna finansijska tržišta. Za investicije i dugoročne odluke o potrošnji jedan od glavnih uslova je povjerenje u stabilan okvir. U navedeno se ubraja i odbijanje protekcionističkih intervencija kao i monetarne politike usmjerene isključivo na kratkoročne ekonomske ciljeve ili privredni rast. (Konrad, 2010)

Prema Ustavu BiH, centralna vlast ima vrlo usko definirana ovlaštenja. Ona uključuju nadležnosti nad monetarnom politikom, vanjskim poslovima, imigracijom i davanjem azila, te servisiranje duga (iako samo entiteti imaju pravo da se zadužuju). Preciznije član III stav 1. Ustava Bosne i Hercegovine definiše nadležnost institucija Bosne i Hercegovine za sljedeća pitanja:

- a) Vanjska politika.
- b) Vanjskotrgovinska politika.
- c) Carinska politika.
- d) Monetarna politika, kao što je predviđeno članom VII.
- e) Finansiranje institucije i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine.
- f) Politika i regulisanje pitanja imigracije, izbjeglica i azila.
- g) Provođenje međunarodnih i međuentitetskih krivičnihopravnih propisa, uključujući i odnose sa Interpolom.
- h) Uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava.
- i) Regulisanje međuentitetskog transporta.
- j) Kontrola vazdušnog saobraćaja.

Usvajanjem Zakona o Fiskalnom vijeću u Bosni i Hercegovini¹⁰ se formira koordinaciono tijelo fiskalne politike, Fiskalno vijeće BiH. Time se učinio mali korak, ali samo na koordinaciji fiskalne politike. Član 5. Zakona o Fiskalnom vijeću u BiH navodi nadležnosti i odgovornosti istog:

- „a) koordinaciju fiskalne politike u Bosni i Hercegovini,
- b) usvajanje Prijedloga dokumenta Globalni okvir fiskalnog bilansa i politika u Bosni i Hercegovini, koji sadrži sljedeće parametre:

¹⁰ Zakon o Fiskalnom vijeću u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH”, br. 63/08)

- 1) prijedlog fiskalnih ciljeva budžeta institucija: Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine,
 - 2) prijedlog makroekonomske projekcije i projekcije ukupnih indirektnih poreza i njihove raspodjele za narednu fiskalnu godinu,
 - 3) prijedlog gornje granice zaduženja budžeta institucija: Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.
- c) usvajanje prijedloga kratkoročnih i dugoročnih makroekonomskih projekcija,
 - d) praćenje realizacije utvrđenih ciljeva i kriterija prilikom donošenja i izvršavanja budžeta, kao i preduzimanje korektivnih mjera i aktivnosti,
 - e) uspostavljanje potpune koordinacije aktivnosti u poštivanju budžetskih kalendara u pripremi, usvajanju, izvršenju i reviziji budžeta institucija: Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine,
 - f) predlaganje prioriteta u unapređenju sektora javnih finansija u Bosni i Hercegovini,
 - g) usvajanje Poslovnika o radu Fiskalnog vijeća i drugih potrebnih akata za funkcioniranje rada Fiskalnog vijeća,
 - h) usvajanje budžeta Fiskalnog vijeća.“

Na osnovu ovog Zakona i prijedloga Fiskalnog vijeća donesen je Globalni okvir fiskalnog bilansa i politika u Bosni i Hercegovini za period 2016–2018. godine¹¹ u kojim su iskazana određeni fiskalni ciljevi te fiskalna pravila u vidu gornje granice zaduženosti budžeta u skladu sa važećim zakonima o zaduživanju, dugu i garancijama¹².

U skladu sa prethodno navedenim i u skladu sa važnosti odgovorne upotrebe pravne norme prema sadašnjima i budućim generacijama, a u cilju razmatranja buduće ustavne reforme potrebno je da se u prijedlozima ustavnih izmjena u Bosni i Hercegovini razmotre opcije za uvođenje ustavnih pravila deficita kroz

¹¹ <http://www.mft.gov.ba/bos/images/stories/budzet/2015/Globalni%20okvir%20fiskalnog%20bilansa%20i%20politika%20u%20BiH%202016-2018-BOS.pdf> pristupljeno 09. 08. 2020.

¹² Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ br. 52/05), Zakon o dugu, zaduživanju i garancijama u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 86/07), Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 71/12, 52/14)

propise materijalnog prava vezano za dio ekonomske politike, uže rečeno formulisanje fiskalnih pravila, koja uključuju postavljanje granice deficita i granice ukupnog duga kao što je to navedeno u komparativnom pregledu na primjeru članova 109. i 115. Ustava Njemačke.

Ovakve granice se najčešće postavljaju u odnosu na udio trenutnog GDP-a i ugrađuju u ustave. Prema Blume i Voigt, ovakve granice se nazivaju ustavnim pravilima deficita. Fiskalna pravila o granicama duga i deficita su pokazala značajan efekat u smanjenjima deficita i duga kod pet kantona od dvadeset šest kantona u Švicarskoj kroz period od 1986 do 1997. (Feld et al., 2001:329–363) Također, rezultati opširnije studije provedene od strane Blume i Voigt pokazuju značajne efekte ustavnih pravila deficita država koje ih imaju uspostavljene u odnosu na ostale države koje ih nemaju. Ustavna pravila ograničavanja deficita su u korelaciji sa odgovornijim (manjim) trošenjem budžetskih sredstava, što u kombinaciji sa transparentnošću dovodi do smanjenja korupcije. (Blume et al., 2013:239)

Trenutno su ograničenja zaduženja u Bosni i Hercegovini regulisana određenim zakonskim rješenjima: Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH” br. 52/05), Zakon o dugu, zaduživanju i garancijama u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH”, br. 86/07), Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 71/12, 52/14). Ipak, ustavno reguliranje značajnih pravila za zaštitu društvenih interesa daje veću snagu zaštiti interesa društva obzirom da je ustav temeljni pravni akt čije su izmjene rjeđe i kompleksnije u odnosu na ostale pravne akte. Također, kršenje ustavne odredbe u odnosu na bilo koju odredbu drugog pravnog akta od strane nosilaca ekonomske politike bi trebalo da ima ozbiljnije posljedice, barem u javnosti. Ovo je posebno značajno u kontekstu normiranja nadležnosti u oblasti ekonomske politike obzirom da su glavni nosioci ekonomske politike vlade i političari koji putem ekonomskih institucija svakodnevno vrše korekcije ekonomskih politika. Kada smo sve ovo percipirali smatramo da rješenja koja su ponuđena trebaju biti iskorištena i implementirana u prevazilaženje dijela tretiranih manjkavosti aktuelnih akata i prakse u BiH.

5. Zaključak

Uloga države u ekonomskoj politici, pa time i fiskalnoj politici koja tretira i pitanja zaduženja države, odnos ustava i zakona prema pitanju zaduženja, pitanju privatnog vlasništva i normiranju ekonomskih odnosa je jedno od ključnih pitanja koje je kroz historijski razvoj države, od njenog nastanka do danas, jasno određivalo da li se radi o robovlasničkom, feudalnom, socijalističkom, tržišno-

liberalnom, tržišno-socijalnom, istočno-azijskom tržišnom, ili pak nekom drugom modelu organizacije društveno-ekonomskih procesa u jednoj državi, odnosno da li je u pitanju centralno-planska ili tržišna ekonomija i koji se stepen intervencionizma ili liberalizma, u reguliranju ekonomskih odnosa, primjenjuje.

Navedena stajališta i činjenice u ovom radu se mogu povezati sa tvrdnjama pravne procesne teorije (engl. Legal Process Theory), prema kojim vladavina prava bi trebala uključivati ograničenja u oblasti ekonomske politike i socijalne politike. Razlog za to jeste uticaj političkih subjekata na donošenje odluka putem zakonske regulacije u oblasti ekonomske politike. Dok, ustavni sudovi ne bi trebali nametati tumačenja vezana za ustavne odredbe u oblasti izbora ekonomske politike, jer takvo pitanje nije pravno. (Tushnet, 2008:186) Naime, neupitan je politički uticaj u zakonodavnom dijelu vlasti u kojem se normira oblast ekonomske politike, a ustavni sudovi bi trebali biti neutralni i izvan političkog uticaja, radi donošenja neutralnih presuda o pravnim pitanjima. Ovim se naravno izražava istovremeno i povezanost ustavnog prava i ekonomske politike, pri čemu se izražava neophodnost postavljanja ograničenja u oblasti ekonomske politike, a ta ograničenja su najdjelotvornija ukoliko su ustavne odredbe. Primjer postavljanja ovakvih ograničenja su naravno ograničenja deficita u ustavu Njemačke.

„Nova orijentacija ustavnog prava ograničava mogućnosti zaduženosti države koja znači zaduživanje budućih generacija. Navedeno se temelji ne samo na političkom viđenju određene države nego značajno i na zahtjevima Evropske unije da se s obzirom na karakteristiku *krutosti ustava* ustavom kao najvišim pravnim aktom zaštite dugoročni ekonomski interesi građana i cjelokupnog društva.“ (Pünder, 2016:103) Na ovaj način se, a u kontekstu ustavnog regulisanja uloge države u ekonomskoj politici i ovlaštenja nosioca ekonomske politike, provodi ograničenje nekontrolisanog korištenja državne vlasti što i autor iz oblasti ustavnog prava Trnka navodi kao jednu od osnovnih ustavnih funkcija, jer upravo ta pozicija ustava kao najvišeg pravnog akta koji se, u demokratskim sistemima, može mijenjati samo po mnogo zahtjevnijoj proceduri, od procedure donošenja i promjena zakona, predstavlja jedan od osnovnih elemenata same ideje konstitucionalizma i ustavne vladavine kroz etablirani termin “krutost ustava” koji predstavlja ograničenje i za najvišu vlast da svojim propisima i ponašanjem ne može dovoditi u pitanje ono što je ustavom definisano kao princip, cilj i vrijednost jednog društveno-ekonomskog uređenja. (Trnka, 2006:36)

Određeni naučni krugovi pravna ograničenja i posebno ustavno ograničenje zaduženja mogu smatrati i pretjeranim zadiranjem pravne norme u detalje ekonomskih procesa, međutim iskustva i navedene činjenice u ovom radu kao i stvarni život i praksa su pokazali potrebu za ovakvim rješenjima i korištenjem prava i kao prevencije od zloupotreba.

Ustavno ograničenje zaduženja je posebno korisna pravna praksa za zemlje Balkana, bivša socijalistička uređenja zbog kontinuiranog zaduživanja njihovih vlada upravo za tekuće rashode i za finansiranja ogromnih i neefikasnih državnih aparata što je ekonomski teško opravdan i teško održiv pristup vođenja javnih finansija. Koristan je i primjer Estonije, kao također male države sa prethodnim socijalističkim uređenjem, koja je „stegla kaiš“ i nepotrebne troškove eliminisala i gradila svoj ekonomski prosperitet na realnom radu i svojoj proizvodnji, a ne na zaduživanju. Estonija nije prihvatila kredite MMF-a, nego je razvijala svoj model finansiranja i uz smanjenja troškova u državnom aparatu obezbijedila je adekvatan ambijent za domaće i strane ulagače i tako se umjesto kredita MMF-a odlučila za novac domaćih i stranih investitora i napravila vrhunske ekonomske rezultate.

Ustavno ograničenje zaduženja države za finansiranje tekućih rashoda na direktan način štiti i privatno vlasništvo građana, jer svako novo zaduženje države neminovno vodi i povećanju poreznih davanja i drugih finansijskih nameta građanima na njihovu imovinu i poslovanje. Na ovaj način se stavlja naglasak na finansiranju javnih rashoda iz trenutnih javnih prihoda, odnosno na teret prihoda od oporezivanja, što znači da se teret javnih prihoda snosi na sadašnjim, a ne prenosi na buduće generacije.

Literatura

- A. Bénassy-Quéré, B. Coeuré, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry (2010). *Economic policy: theory and practice*, Oxford: Oxford University Press
- A. Fira (1979). *Ustavno pravo*, Beograd: Beograd Privredni pregled
- C. A. Beard (1962). *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: The MacMillan Company
- C. L. Eisgruber (2001). *Constitutional Self-Government*. Cambridge-London: Cambridge University Press
- C. Steiner, N. Ademović (2010). *Ustav Bosne i Hercegovine-Komentar*. Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer e. V.
- H. Kurtović, K. Hodžić (2011). *Privredno-pravni sistem i politika*. Zenica: Pravni fakultet Univerziteta u Zenici
- I. Vajić (ur.) (1994). *Menadžment i poduzetništvo, 1000 programa ulaganja za mala i srednja poduzeća*. Zagreb: Centar za poduzetništvo, Mladost Zagreb
- K. I. Begić (1998). *Ekonomska politika*. Sarajevo: Univerzitetska knjiga
- K. Trnka (2006). *Ustavno pravo*. Sarajevo: Fakultet za javnu upravu Sarajevo

M. Tushnet (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press

N. Ademović (ur.) (2011). *Kodeks Ustavnog prava Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer e.V. Predstavništvo u Bosni i Hercegovini

N. Ademović, J. Marko, G. Marković (2012). *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer e.V. Predstavništvo u Bosni i Hercegovini

N. Pobrić (2000). *Ustavno pravo*. Mostar: „Slovo“ Mostar

S. R. Ross (2009), *Izabrane odluke Njemačkog Saveznog Ustavnog suda*, Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer e.V. Predstavništvo u Bosni i Hercegovini

F. L. Morrison (2016). *Fiscal Rules: Legal Limits on Government Deficit and Debt*. U F. L. Morrison, Germany: Global Studies in Comparative Law Springer

F. R. Teson (2011). *The Liberal Constitution and Foreign Affairs*. U E. F. Paul i F.D. Miller, J. Paul (Prir.). *What Should Constitution Do?* Cambridge: Cambridge University Press

H. Marková, M. Kopecký, R. Suchánek (2016). *The Process of Budgeting and Issues of Indebtedness in the Czech Republic*. U F. L. Morrison, *Fiscal Rules – Limits on Governmental Deficits and Debt*. Germany: Global Studies in Comparative Law, Springer

H. Pünder (2016). *Objects and Procedures of Budgetary Planning and Limits to Borrowing (“Debt Brake”) in the Federal Republic of Germany*. U F. L. Morrison (ur.), *Fiscal Rules – Limits on Governmental Deficits and Debt*. Germany: Global Studies in Comparative Law Springer

L. Blume, S. Voigt (2013), *The economic effects of constitutional budget institutions*. *European Journal of Political Economy* 29

L. Feld, G. Kirchgässner (2001). *The political economy of direct legislation: direct democracy and local decision-making*. *Economic Policy* 33

M. Dimitrijević (2017). *Monetarni suverenitet u uslovima globalizovanih ekonomskih i finansijskih odnosa*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 76/2017.

R. Kuzmanović (1994). *Sudska kontrola ustavnosti i zakonitosti*. Banja Luka: Pravni fakultet u Banja Luci, Centar za publikacije. Srpska pravna misao, 2-4/94,

Pravni i internet izvori

Ustav SR Njemačke, pristupljeno: 20.08.2020. www.constitution.org/cons/germany.txt

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> pristupljeno: 20.08.2020.

Evropska komisija, pristupljeno: 20.08.2020. http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/adoption/who_can_join/index_en.htm

Konrad Adenauer Stiftung, Smjernice za blagostanje, socijalnu pravdu i održivi ekonomski razvoj, pristupljeno: 19. 08. 2020. godine http://www.kas.de/wf/doc/kas_21156-1522-15-30.pdf?101118154817

Zakon o Fiskalnom vijeću u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH”, br. 63/08)

<http://www.mft.gov.ba/bos/images/stories/budzet/2015/Globalni%20okvir%20fiskalnog%20bilansa%20i%20politika%20u%20BiH%202016-2018-BOS.pdf> (9.08.2020.)

Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH” br. 52/05)

Zakon o dugu, zaduživanju i garancijama u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH”, br. 86/07)

Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 71/12, 52/14)

Enciklopedija

Enciklopedija leksikografskog zavoda (1969). Zagreb: Jugoslovenski leksikografski zavod

Politička enciklopedija (1975). Beograd: Savremena administracija

Pravni leksikon (2007). Zrinski, Čakovec: Leksikografski zavod Miroslav Krleža

Dr Sedad Dedić, PhD

Assistant professor, Law faculty,
University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

CONSTITUTIONAL LIMITATION ON STATE BORROWING AS AN EXAMPLE OF THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF A LEGAL NORM

Summary

The new orientation of constitutional law addresses in more detail the issues of the role of the state in economic policy and, among other things, limits the possibilities of indebtedness of the state which means borrowing of future generations. This is based not only on the political vision of a particular country, but also significantly on the requirements of the European Union by defining a more responsible role of the state in economic policy. In accordance to the challenges facing Bosnia and Herzegovina, with other transition countries, it would be useful to consider certain positive legal practices when formulating fiscal rules related to budget implementation. In this respect, it is worth pointing out the positive legal practice in normalizing economic policy in developed countries, which is reflected in limiting spending (and thus reducing deficits) and borrowing. An example of this practice is the fiscal rules incorporated in the Constitution of the Federal Republic of Germany. Such rules limit the power of political representatives to act against national long-term economic interests through the constitutional obligation to finance public expenditures from current public revenues, that is, at the expense of tax revenues, which means that the burden of public revenues is borne by the present and not passed on to future generations, because of bans on taking out loans for public expenditure purposes. This could certainly be one solution to the agent-principal problem that arises in political action. Political representatives may have short-term interests, and since they govern the state, they have the power to act in accordance with such interests that threaten long-term state interests. According to the theory, citizens, principals, have less information available and time to resist such actions. Germany and Switzerland have this type of limitation in their constitution, and most EU countries had no deficit limits before joining the EU.

Keywords: *Constitutional limitation of borrowing, social responsibility, economic policy.*

SOCIOLOGY OF LAW AS A PRECONDITION OF SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE INTERPRETATION OF LAW

Abstract: *The purpose of this paper is to highlight the theoretical and practical significance of sociology of law in instituting a more reliable process of creating and applying the law, which concurrently entails a better understanding of the social reality (relations of power, interests and needs in the society) and introducing a greater degree of social responsibility in legal interpretation. Given that sociology of law provides a solid theoretical and methodological research framework, including the application of the sociological method, the author posits that sociology of law sets a precondition for higher social responsibility in the area of creating and applying the law. The conclusion is that a greater use of sociology of law in legal interpretation ensures a more reliable formulation of legal norms, as legally sublimed social reality, thus validating the law as a socially responsible state system. Finally, in terms of legal interpretation, social responsibility cannot be viewed as being outside the legal responsibility. In fact, observed in the dialectic unity of opposites, they must mutually presuppose each other, thus confirming the real essence of law through the utilitarian nature of sociology of law in legal theory and practice.*

Keywords: *sociology of law, interpretation of law, social responsibility, law.*

1. Law as the precondition of a socially more responsible state

State is a primary organization of the society that strives to accomplish its political goals. "The law, still, is not only the tool of politics, but also a form of limiting the power of the state and accomplishing certain values accepted by the majority of the society" (Lukić, Košutić, Mitrović, 2001: 17-18).

¹aleksandra.mitrovic@pr.ac.rs

Based on this, the law and the state are studied from the perspective of the society, i.e. the goals to be accomplished and values to be reached by the society. “Namely, certain value system is accepted in each global society (opinions on justice, freedom, equality, order, peace, security and others; these values include objective and subjective elements), and, from the position of such a value system, certain actions of the state or certain content of legal norms is assessed as positive or negative, as desirable or avoidable” (Lukić *et al.*, 2001: 18). In the most radical sense, law is not represented by a set of norms that include codes of conduct; rather, it is based on real human behaviour.

However, this approach is too extreme and, at the same time, incomplete since it excludes one important item, which states that the current positive law norms are an additional catalyst of human action (i.e. human behavior). In accordance with a more extreme sociological standpoint, law is not comprised of norms that are guaranteed by coercion; it is actually opposite. Therefore, law is a force regulated by norms, but these norms do not regulate human behavior; it is a force to be implemented. On the other hand, from a moderate sociological aspect, the legal norm is recognized as a factual element of law, but not the most important one. Recognition of the existence of the legal norm affirms its material manifestations in the form of specific actions in practice rather than an abstract statement or claim in theory.

2. State as a socially more responsible system

In primitive communities, as well as developed states, there is a “social” or “real” law that enables the functioning of the state system; thus, the law created by the state is only one type of the “system of legal rules” that is created and applied in court proceedings or through the application of state sanctions (Stanković, 1998: 7-9). But, law should never be reduced to this form, i.e. to the mechanism of regulating socially undesirable situations or behavior of individuals or groups. In addition to this type of law, there is a “real” social law-related discipline that regulates social relations, but it is not presented in court. The domain of interest of sociology of law is not uniquely and solely focused on the law created and applied by the state, but on the one arising from social interaction, from “real” or social law, given that the law as a system of rules and periodical or singular orders of the state does not represent the law in the true sense of the word, and the laws should be available to the ones that are subjected to them, that is the society (Fuler, 2011: 107).

Based on this, one can understand state law as law in a narrow sense, which sets the legal norms as means of compulsory resolution of conflict in pre-normative legal relations for achieving important interests and goals of the ruling groups.

Goals and values stipulated in legal norms are protected by the power/authority of force, by marking legal actions that are favorable for the ruling group as obligations and authorities, and the ones that are not favorable as offenses and sanctions in case of default in obligations (Visković, 1981/1: 162-163). Therefore, the state is marked as the creator of positive law. It is clear that state (positive) law is not the best law; at the same time, being a logical legality, it is determined only by current interests of the ruling group, and limited in time and space. Thus, state (positive) law neglects natural law, which may not be omitted in the process of law creation. Only if natural law is present in positive law may one speak of a humane law which serves all the people, not only the state. In this manner, the process of creating positive law requires the participation of natural law norms and, as such, it shall be based on reason and rational concept of the authority of the mind, and not the authority of force, i.e. state coercion. Only by joining all three elements of law can we define an integral approach to law, to understand it as a “system of state and social norms that are used for compulsory regulation of the most important and most conflicting human relationships for accomplishing peace, security, justice and other dominant values”(Visković, 2001: 117). When interpreting law in a broad sense from a sociological standpoint, the legal norm is defined somewhat differently. A normative system in a broad sense is not a system sanctioned by the state; that is, the sanction in the legal form is not of a state, but a social character. Therefore, law, in a broader sense, is designated as social law. This law is not sanctioned by the state and it cannot include international, customary, canon or autonomous law.

Social phenomena are, *inter alia*, seen as “processes of communicating or exchange of information – processes in which people send messages to each other with the intent to present something, describe, explain, request, ask, confer emotions, create facts, etc.” (Visković, 1981b: 370). The question remains in what manner human behavior is connected to the law (i.e. specific legal norms, legislation), given the well-known fact that the law impacts the society, the society impacts the law as well. An obvious confirmation of the impact of the law on society is the legal awareness that people have about the law. Such awareness may be positive or negative, where people connect, impact each other and shape their legal consciousness. Such consciousness may be, again, positive and negative, resulting in a certain attitude towards the law, given that the process of applying the law stems from the legal consciousness of an individual. Therefore, the law has its realistic manifestation in norms which result in behavior models that will be approved (applied) or disapproved (violated). If a man does not approve of the law, which results in a violation of law (i.e. one does not act in line with the norms), state authorities come to the fore, use state coercion (sanctions) and pursue the application of law. Still, the manner by which the society

impacts the law is expressed through the fact that the norm must be aligned with the time of adoption, which means that it must relate to the current social atmosphere. When the creator of the norm creates such a norm, it must relate it to the society and the social circumstances of that time through current social culture, which is, again, adopted through current positive law. This is how rights and obligations of an individual in the spirit of current social atmosphere are determined and defined.

Based on set behavioral models, the norm begins to produce certain processes and create relationships between people who start to adjust their behavior, or not, with the content of the norm. “In this sense, legal action is one type of social action, legal phenomena are a special type of social phenomena, and the law is just one part of the society as a whole; thus, the relationship between the society and the law is not a relationship of two separate entities, but of a whole and one of its parts” (Mitrović, Bovan, 2012: 48). Legal action as part of social action, i.e. law as part of the society as a whole, concurrently makes law the subject matter of sociological studies. Therefore, sociology as a complex science has a wide range of interests. Hence, we can define it as a science that “based on appropriate paradigm of a complex deterministic model studies society as a special system, detects regularities in the composition and movement of the society and features of the generic essence of a man” (Bovan, 2014a: 67).

Therefore, it is impossible to speak of law and neglect its social nature that is manifested through constant impact of the society on the law, its composition, but not its functioning and, on the other hand, the impact of the law on the society. The relationship between the law and the society, as well as the relationship between the law and the state is best reviewed and analyzed from the social and legal aspect, i.e. by viewing the law as a separate group of social processes framed by norms that define interests of the state as a form of social organization.

3. The social concept of law

There is a rising trend in legal science to match the process of lawmaking with legislative drafting or legislative technique, i.e. the procedure of legal norm setting and creating legal regulations that is strictly formal, while not enough attention is paid to the very content and successful application of such regulations. However, the legal aspect of creating and applying regulations is both dynamic and variable, but so is the social aspect of the law; thus, one can see the essence of law as a social concept in its creation and application, that is, specific techniques used to regulate social relations. In this sense, lawmaking can be designated as “providing legal form to social reality” (Bovan, 2014/2: 181). Two methods of creating law are defined in this manner: formal (normative) and ma-

terial (substantive). The former relates to the mere technology of drafting legal norms and the procedure of forming a norm, while the latter is labeled technique of organizing social relations, that is, a specific procedure of defining content of the norm regulating social relations. Therefore, in this case, a conclusion can be drawn that one must never neglect the social side of the law, even in the process of lawmaking. It is impossible to deny social factors in the law-making procedure, given that “caring about social factors is necessary since the law is actually created for the purpose of achieving certain effects through its application, to organize and stabilize social relations appropriately” (Stanković, 1998: 3).

In the domain of lawmaking, the European-Continental and the Anglo-Saxon legal traditions are the dominant ones. The former is designated as deductive, given that general legal norms are made based on legal and other general acts; hence, their application as such is reduced to individual legal norms. The latter, the Anglo-Saxon lawmaking model, is labeled as inductive, given that general legal norms are created through precedents in court practice. In addition to the aspect of legal science and tradition that exist in the domain of lawmaking procedure, this lawmaking model can be analyzed from the aspect of consciousness. Therefore, depending on the role of consciousness in the process of lawmaking, there is a distinction between spontaneous and conscious creation of law. In this sense, spontaneous creation is related to morals and custom, i.e. legal norms that are the consequence of everyday social relations with no pre-planning or awareness of their regulation. This lawmaking method is labeled spontaneous, non-formal, diffuse, unsystematic, but the law created in this manner may become part of the positive (state) law, when codified by the state. In this way, custom becomes customary law, that is, social law becomes state law, confirming once again that law is a social phenomenon. The difference between the procedure of creating state law and social law certainly exists because state law is confirmed in court proceedings and state sanctions in cases of socially undesirable situations, which is not the case with social law. Social law is dynamic, spontaneous and alive; it does not require courts to participate in regulating social relations. Still, considering that social relations are present as factors in both types of law, sociology studies social regulation in both cases.

To enable the study of the law as a social concept shaped by norms, it is necessary to observe it from the aspect that will enable the examination of the normative and the sociological dimension of the law. A relatively new sociological aspect of observing law analyzes two important elements: essence/substance (social relations) and structure (legal norm). Any attempt of more precise systematization is impossible, making this systematization a general one. The complex nature of the social relationship phenomenon holds a very important property *ars inventoriae*, confirming that new *topoi* are created all the time, and that the existing

ones are continuously changing (Visković, 1997: 83). Therefore, the sociology-of-law aspect manages to unify, in an integral manner, the essence/substance and the structure of law by following its variable social nature. Namely both in jurisprudence and in real life,, the law and all of its constituent elements and concepts should be observed from *the internal perspective*, which is perceived as a way of thinking where the rule (norm) is seen as the *reason to act* (Coleman, Himma, Shapiro, 2004: 15).

Therefore, the return to the classic tradition is based on the *theory of reasons to act*, where the reasons are norms, not in content but rather in the sense of relation towards authoritarian rules in legal norms (Coleman, *et al.*, 2004: 15). The law is, thus, nothing else but a justified reason for human action, i.e. the reaction of the society to authoritarian rules designates as legal norms. Social interactions are, therefore, the consequence of the authoritarian character of rules set in legal norms. There is also a need to point out to the necessity of existence of *reasons* (rules – legal norms); otherwise, the social life would be in defect (Coleman, *et al.*, 2004: 15). In this context, the legal norm (rule), the law or *reason to act* is like a legal remedy for all defects, as well as potential defects that may arise in social interactions. If the focus is on social relations, and law is observed as a social phenomenon exclusively, social relations become a tangible substrate of the law, including the ones creating negative effect (such as social conflict); thus, social existence impacts the law and, in this regard, it is autonomous and formalized through legal norms. Therefore, the conclusion is drawn that “every instance included in the general life of the society is, at the same time, to the same extent, included in the law” (Coleman, *et al.*, 2004: 15).

Through the observation of the relationship between the law and the society, sociology of law analyzes in detail and emphasizes the source, goals and functions of the law in the society. Three important elements of law are produced in such a manner: social relations, values, and norms as ingredients (elements) of the law, which are concurrently sources of law. Hence, social relations are tangible sources of law; legal values are ethical sources of law; and legal norms are the formal sources of law (Visković, 1981a: 83). However, not all social relationships are subject of jurist’s experience, only the ones that allow the possibility of public control and physical coercion, and include a conflict of interest that endangers current social systems. Conflicts that arise from relationships that satisfy foundational natural and social needs and interests of men (biological, economic, political) are crucial for social systems (Visković, 1981a: 83).

Law is studied by applying sociology of law through analysis of social relations, rather than legal norms, given that “the life of law is not managed by logic, but by the experience of social existence”, and given that legal terms are relative and

interpretation technique of the law must consider social group conflicts (Gurvitch, 1963: 188). "Sociology of law considers the law as a socially conditioned phenomenon, finding that it should not be reduced to a system of norms, but considered with its social dimension, within its structure. Legal science owes a special debt towards the sociology of law in the analysis of moral and customary norms as the most significant ones for the legal phenomenon" (Medar, 2019: 235).

Thus, social relations are marked as a tangible basis of the law. Still, general sociology-of-law aspect requires integral approach to studying law, which implies examining law as social reality, by applying two methods: internal - substantive (content of the law); and external - normative (elements comprising legal norm).

4. Sociology of law in the process of socially more responsible interpretation of law

The areas of lawmaking and application of law are actually issues of court practice that "can be studied from different aspects, for example, when we research the impact of different social factors to the decision making process of judges, when we question the impact of sociological expertise (knowledge sociology provides on the society) to the application of law, when we explore the position of the judiciary within the system of separation of power, when we study social position of judges and its impact to ruling, when we direct our attention from a subjective but actually socio-psychological aspect to other participants in the court proceedings (litigators, victims, perpetrators, jurors, prosecutors, defense lawyers), etc." (Bovan, 2014b: 117). In court practice, it is sociology, actually, that examines the social, psychological and natural factors in the procedure of creating and applying law that jointly influence the formation of a legal concept. Creating a legal norm requires the application of traditional and natural law since natural law is universal, timeless, ever-present, imminent, all-human, and does not recognize limitations in territorial, racial, religious sense. Natural law, therefore, knows no class since it is supranational, super-positive, original and serving justice and man, not injustice and arbitrariness. Therefore, it is important for the positive law to ideologically always rely on natural law, to be able to consider it the law beneficial for a country or society. In this sense, sociology of law is a separate type of sociology that explores the relationship between the society and the law. However, this is an abstract, evasive and imprecise understanding, which is present in literature in different forms, where it is stated that sociology of law studies the social side of the law, law as a social phenomenon, social basis of the law, impact of the society on the law, etc. (Bovan, 2014b: 131).

Social variability and dynamics must be taken into account in the process of setting legal norms, amending them in line with social changes, where they must be

aligned with social changes regardless of the fact such changes are the results of evolution or revolution. In addition to legal norms, moral norms are also prone to an extent of transformation (Perović, 1975: 163). Moral norms essentially follow the variability of social cohesion determined by time and space, considering that “time and space are the most obvious phenomenon, never questioned” (Lukić, 1992: 54). In this sense, as Kant stipulates, time and space are phenomena *a priori* that render thinking about the world without it unthinkable, since time is the measure of duration, existence, ideas and the world. True example of the law as a social phenomenon is the positive law as a purely social concept since it is valid for a certain society (among people), it exists in human mind and regulates human behavior. Therefore, the law cannot be observed only as a normative or ideal concept that exists on its own and for itself since it exists among the people, in the minds of people and for the people. The magnitude of the connection between the law and the society may be seen in the example of creating the legal norm, when observing the norm creator and considering that he/she is part of the society, part of a certain social culture, part of current law; so, in the process of norm creation, the law is building on the creator in a positive or negative sense. Both the normative and the sociological method are mandatory in studying such a phenomenon.

Sociology of law has been created on the basis of two completely different standpoints on the society: a) consensual sociological theories, where the society is based and maintained on the basis of organic solidarity or consensus on interests or values among people, and b) conflicting sociological theories, proving that the society is based and maintained by coercive regulation of the conflict in values and interests among the members of unequal ruling and non-ruling social classes and layers. Keeping in mind that the subject of research determines the method of research, when studying law, all theoretical presumptions and technical procedures that enable insight and practical processing of specific and necessary subjects of experience of jurists are considered (Visković, 1980: 3).

The law is a specific social concept and should be reviewed integrally, given that its essence/substance comes from the mutual relationship between the law and the society, and the function of law in the society, but also the function of society within the law, since the law has a function of social control. In this sense, sociology of law, as a type of causal-explanatory discipline that studies the law empirically, determines causal but also non-causal rules (functional, developmental, etc.) of the law as acting phenomenon (Lukić, 1965: 35).

The fact remains that every science uses a method, including a path that will be used to implement its disciplinary findings in the scientific theory and a manner to resolve research tasks. However, most sciences rarely use only one

specific research method; instead, a number of scientific methods are used to organize scientific activity. Thus, the sociological and the normative method complement each other, support each other and share the same function, even though they are essentially different (one being realistic and the other idealistic). "Considering the fact that the goal of scientific activity is gaining knowledge, the scientific method is an element of internal structure of science that shows us how the knowledge is gained, that is, how to perform scientific activity" (Bovan, 2014a: 18).

However, in literature, this method is very frequently counterbalanced with its technical element, when the method includes only different techniques of data collecting and processing; these techniques are often called scientific method in a narrow sense (Bovan, 2014a:18). Finally, these are specific procedures, tools that we use to detect properties of the subject, which is the purpose of scientific research (Lukić, 1975: 47-48). The normative method studies the law as an isolated spiritual creation, outside time and space, but it must consider that law carries social elements in addition to its normative structure. The essence of the normative method is to discover content through interpretation, i.e. the true and accurate meaning of the legal norm (Mitrović, Bovan, 2012: 333), its logical nature, elements comprising it, manner in which such elements are connected into a norm, and to explore the relation between the norms (legal effect and hierarchy between norms) and how the norms are linked into a legal order (Mitrović, Bovan, 2012: 334). Still, the normative method fails to scientifically explain the law and the relation between the law and the society, or the law and the state; thus, the role of the legal method is more descriptive in nature. The sociology of law will find its purpose only if the law is observed in a narrow sense (as a sum of legal norms) and, in this case, it will try to determine the law as a normative concept that is created under the impact of a number of social phenomena. This explains the way the law actually works, as well as the efficiency factors, the accomplished goals, and the effect it has on the society. This means that sociology of law is interested in the effect of legal norms on the society, and the causes leading to partial or full (non)implementation of legal norms in the society. Sociology of law is deals with social powers that influence the creation of legal norms and their interpretation as interests set by norms, represented by dominant social groups. Due to sociology of law, we can learn why the state and the law are in the condition they are in, and what impacts their nature; so, its application is necessary in examining the relations between the law and the society, creating a clear and full image of social phenomena, processes and their impact on the law, which is of utmost importance for the legal theory (science) and legal practice.

Sociology of law observes and explores real phenomena, such as human reactions to the presented model of behavior given through the norm. When comparing the code of conduct in a legal norm and individual awareness of such a rule, there is often dissonance between what should be (rights and obligations in the legal norm) and what is (legal consciousness of individuals). To detect the differences between the normative and the real (i.e. the ideal and the real) that cause dissonance, the participation of sociology of law is mandatory since it shall detect the norm as a social reality, where the norm is an ideal concept; hence, it is necessary to involve the legal method in the research process. The difference determined by legal dogma provides tasks for sociology of law to determine the origin of such differences. The task of sociology of law is not extremely difficult in this case, since it is easy to see the difference between the law in writing and in social reality. Thus, one can detect differences between the current (written) law and the real current law (the one that is actually applied).

If we were to exclude sociology of law from the procedure of law interpretation, the law would be observed as an absolutely ideal concept that exists outside of time and space, and has no beginning or end, no cause of origin, no purpose of existence and, thus, no significance. There are questions that cannot be answered by sociology of law, such as the content and elements of a legal norm, given that norms are ideal, and that sociology of law as an exact legal science participates in the process of studying the content of a legal norm after the norm is announced, by examining what real factors conditioned the content of the norm.

Sociology of law manages to explore how the content of the norm is reflected on the social cohesion, when the legal method discovers the content of the legal norm. As the legal norm has a class character (i.e. since it achieves a certain social goal through its social function), we can speak of the social impact on the content of the norm, and vice-versa. Sociology of law explores social factors that shape the content of the legal norm and considers complete social situation that the law regulates; then, in an effort to grasp the real meaning of the legal norm, it inspects the dominant social interests that guide the creation of the law.

Since legal norms are the means for regulating pre-normative legal relations for the accomplishment of important interest and goals of the ruling social groups, legal actions that are favorable for the ruling group are classified as norms on obligations and authorities, while the ones that are unfavorable for the given group are designated as offences, which are subject to sanctions. In this sense, the law is a system of state and social norms that are used to coercively direct the most important and the most conflicting relations between individuals for the accomplishment of peace, security, justice and other socially dominant values (Visković, 2001: 117).

Therefore, the structure of the legal norm will not be defined by the logical idea, by social circumstances, power struggle, goals and interests of the society, where the social relations shaped by the norm becomes positive law including all the aforesaid substrates of the social cohesion. Therefore, the procedure of interpreting and applying the law by the judiciary begins with a process of collecting and processing facts, followed by classification and determination of such facts with the goal of rendering the final decision. After fact processing, the court proceeds to the assessment procedure, which entails the process of connecting facts and assessing the significance of facts in view of resolving the case at issue. Linking and assessing, as well as the interpretation of facts, is impossible without sociological conclusions the judge uses in decision making. Every judge is fully aware of the importance of appropriate judicial experience in rendering the final judicial decision (Rüthers, 1999: 377).

Having in mind that the criteria of interpretation is in the mind of the interpreter, as Hassemer stated (Rüthers, 2009/1: 253-283), even in routine cases the judge must practice caution in decision making, being aware that the decision may significantly affect the participants in court proceedings. The court decision cannot be fully free; in order to avoid arbitrary decision making, it is necessary to the judicial authority has to be correlated with the legal method of free judicial assessment. As the interpreter, the judge must consider all the circumstances of the current social atmosphere and maintain the opinion of the creator of the legal norm because, as noted by A. Boeckh, constant interpretation of the legislator's wording and intention is mandatory (Boeckh, 1877: 11).

Therefore, justice will be done only if the court decision has been made with just cause and purpose for the dominant social group. This is confirmed by law as a social concept which was formed by enacting legal norms based on social order as a socially more responsible system.

5. Conclusion

As a complex social phenomenon shaped with norms, the law has a temporal and spatial framework; as such, it is determined by complex structure (legal norms) as well as complex substance (social relations). For this reason, the studying of law requires special approach which enables to unify all the dimensions of law: norms, values, and social dimension. Law, as a social concept, is a subject matter of study of sociology, which has engendered all the research techniques and principles on the analysis of social interactions within the concept of social cohesion (i.e. under the impact of the existential conditions of life). In the very integration of social relations, law is created as a complex social concept; the unbreakable connection between the law and the society can be viewed from

the sociology-of-law perspective, according to which the law is a special set of social processes shaped by legal norms.

The significance of sociology of law is in the research of social factors that shape the content of the law by examining dominant social values that regulate the law as the state order of norms. Law, as a social concept, has its social rules, based on which it regulates underlying relationships and processes. Still, in order to investigate the functional rules of the law as the acting social phenomenon, it is necessary to use the findings of sociology of law which will successfully, systematically and empirically explore the legal rules and verify the law through a more socially responsible state system.

References

Bovan, S. B. (2014a). Sociologija prava kao sociologija pravne prakse , Naučni skup sa međunarodnim učešćem. *Pravo i društvena stvarnost 2*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Bovan, S. B. (2014b). *Osnovi sociologije prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje.

Boeckh, A. (1877). *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*. Leipzig: Teubner.

Coleman, J., Himma, K. E., Shapiro, S. (2004). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Biddles Ltd. King's Lynn. Oxford: University Press. Online publ. date: sept. 2012; ISBN-13:978-0-19-927097-2 (pbk); ISBN-10:0-19-927097-X (pbk).

Durkheim, É. (1937). *De la division du travail social* (troisième édition). Paris.

Fuler, L. L. (2011). *Moralnost prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje.

Gurvitch, G. (1963). *Traité de Sociologie*(tome II, 2e éd.). Paris: Universitaires de France.

Jogan, M. (1978). *Sociologija reda (kritični oris funkcionalizma in konfliktne teorije)*. Ljubljana-Maribor: Fakultet za sociologiju, političke vede in novinarstvo, Univerze v Ljubljani – Založba Obzorja.

Lukić, R. D., Košutić, B. P., Mitrović, D. M. (2001). *Uvod u pravo*, Beograd: Javno preduzeće Službeni list SRJ.

Lukić, R. (1992). *Sistem filozofije prava*. Beograd: Savremena administracija.

- Lukić, R. (1975). *Osnovi sociologije*. Beograd: Naučna knjiga.
- Lukić, R. (1965). *Metodologija izučavanja prava*. Beograd: Anali Pravnog fakulteta.
- Medar, S. (2019). Opšte i konkretne pravne discipline sa kratkim osvrtom na Uvod u pravo. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 84(LVIII). 227-240. Niš: Pravni fakultet.
- Mitrović, M. M., Bovan, S. B. (2012). *Osnovi sociologije i sociologije prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje.
- Perović, S. K. (1975). *Zabranjeni ugovori*. Beograd: BIGZ.
- Rüthers, B. (2009a). *Methodenfragen als Verfassungsfragen*. *Rechtstheorie* 3/2009.
- Rüthers, B. (2009b). *Methodenfragen als Verfassungsfragen?* In: *Rechtstheorie* (Vol. 40, Iss. 3). [Electronic version]. Retrieved from: doi:<https://doi.org/10.3790/rth.40.3.253>
- Rüthers, B. (1999). *Rechtstheorie*. München: C. H. BECK.
- Stanković, J. (1998). Osnovi opšte sociologije prava (II deo) *Stvaranje prava*. Beograd: Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države, Centar za publikacije Pravnog fakulteta.
- Šešić, B. (1974). *Osnovi metodologije društvenih nauka*. Beograd: Naučna knjiga.
- Šušnjić, Đ. (1973). *Kritika sociološke metode*. Niš: Gradina.
- Visković, N. (2001). *Teorija države i prava*. Zagreb: Birotehnika CDO.
- Visković, N. (1997). *Argumentacija i pravo*. Split: Pravni fakultet u Splitu.
- Visković, N. (1981a). *Pojam prava. Prilog integralnoj teoriji prava*. Split: Pravni fakultet u Splitu.
- Visković, N. (1981b). O tumačenju pravnih akata. In: P. Strčić (ur.), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* (XXXI 3-4). Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
- Visković, N. (1980). *Osnove metodologije prava*. Split: Pravni fakultet u Splitu.

Александра Митровић,
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Приштини,
са седиштем у Косовској Митровици

СОЦИОЛОГИЈА ПРАВА КАО ПРЕТПОСТАВКА ДРУШТВЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ У ИНТЕРПРЕТАЦИЈИ ПРАВА

Апстракт

Овај рад има за циљ да истакне теоријски и практични значај социологије права у поузданијем поступку стварања и примене права, а што уједно претпоставља и боље познавање друштвене стварности (однос снага, интереса и потреба друштва) и самим тим уводи већи степен друштвене одговорности у правној интерпретацији. У том контексту, заступа се став да социологија права путем своје теоријско - методолошке платформе, односно примене социолошког метода, поставља претпоставку веће друштвене одговорности у области стварања и примене права. Закључак је да већа примена социологије права у правној интерпретацији омогућава поузданију формулацију правних норми као правно сублимиране друштвене стварности и тиме потврђује право као друштвено одговорнији државни систем. Најзад, може се констатовати да се у правној интерпретацији друштвена одговорност не може посматрати мимо правне одговорности, већ се у свом јединству супротности оне морају међусобно претпостављати, а тиме и потврдити праву суштину права кроз утилитарну природу социологије права у правној теорији и правној пракси.

Кључне речи: социологија права, интерпретација права, друштвена одговорност, право.

ОДЕЉАК II / SECTION II

Dr. sc. Sedad Dedić¹
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Zenici, Bosna i Hercegovina
Dr. sc. Ajdin Huseinspahić²
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Zenici, Bosna i Hercegovina

UDK: 321.011
342.51
351.9

DRUŠTVENA I PRAVNA ODGOVORNOST U VRŠENJU UPRAVNE VLASTI

Apstrakt: *Tri su ključna elementa svake države: njena teritorija, stanovništvo i suverena vlast. Iako su sva tri elementa važna za efikasno i svrsishodno funkcionisanje moderne države u radu koji je pred vama razmatrat ćemo pitanje odnosa stanovništva i vlasti, tj. odnos i poziciju naroda kao izvora suvereniteta i odnos i poziciju predstavnika izvršne/upravne vlasti kao nosilaca delegiranog narodnog suvereniteta. Ta epohalna transformacija moći u demokratsku vlast, a posredstvom pravnog sistema koji podrazumijeva postojanje kako skupa prava i dužnosti tako i skupa ovlaštenja i odgovornosti, označila je početak kraja samovoljnog, diktatorskog i nehumanog korištenja datog društvenog položaja od strane pojedinaca, bilo da je on naslijeđen ili stečen na drugi način. Postepenom evolucijom pravno-političkog razvoja društva vladar pojedinac ili grupa pojedinaca čija je uloga dolazila do izražaja kroz oligarhijski, aristokratski, plutokratski i dr. oblik političkog sistema, gubili su na značaju u procesu sazrijevanja demokratije i demokratskih institucija, a što je svakako podrazumijevalo promjenu u shvatanju koncepta suverenosti i izgradnju novog koncepta pravno-političke odgovornosti. U tim i takvim okolnostima narod je u cilju svrsishodnijeg i sigurnijeg korištenja suvereniteta isti prenio na organe vlasti kojoj daju legitimitet i legalitet birajući ih demokratski neposredno i posredno da bi bili servis građanima u skladu sa unaprijed definisanim propisima. Shodno tome, u modernom vremenu u demokratskim društvima uvijek aktuelno je pitanje ostvarivanja svrhe postojanja konkretnog organa i odgovornosti u radu izabranih i imenovanih lica unutar organa vlasti, a posebno izvršnoj/upravnoj vlasti. Ustavom i zakonima je propisan uticaj,*

¹ sedad.dedic@unze.ba, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

² ajdin.huseinspahic@unze.ba, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

monitoring svrhovitosti postojanja određenog organa, mogućnost kontrole i unapređenja rada u organu uprave, javnoj ustanovi ili javnom preduzeću koje su osnovala tijela određenog administrativno-teritorijalnog nivoa vlasti. Na rad organa vlasti, odnosno javnih ustanova i javnih preduzeća, posredni uticaj imaju i građani putem svojih predstavnika u zakonodavnim tijelima, i to putem zastupničkih pitanja i inicijativa istog nivoa vlasti, jer zakonodavna tijela putem zakona kojim osnivaju organe uprave, javna preduzeća i institucije sa javnim ovlaštenjima planiraju troškove za te organe, definišu ciljeve, potrebe i uspostavljanje načina i djelokruga rada kao i rokove za realizaciju poslova u organima uprave. Značajni troškovi, definisani ciljevi i javni interes nameću kontinuiranu obavezu provjere društvene i pravne odgovornosti u radu navedenih organa.

Ključne riječi: *suverenitet, vlast, narod, izvršna vlast, javna uprava, društvena odgovornost, pravna odgovornost.*

1. Uvod

Tri su ključna elementa svake države: njena teritorija, stanovništvo i suverena vlast. Iako su sva tri elementa važna za efikasno i svrsishodno funkcionisanje moderne države u radu koji je pred vama razmatrat ćemo pitanje društvene i pravne odgovornosti odnosa građana i vlasti, tj. odnos i poziciju naroda kao izvora suvereniteta i odnos i poziciju predstavnika izvršne/upravne vlasti kao nosilaca delegiranog narodnog suvereniteta. Ta epohalna transformacija moći vladara u demokratsku vlast, a posredstvom pravnog sistema koji podrazumijeva postojanje kako skupa prava i dužnosti tako i skupa ovlaštenja i odgovornosti, označila je početak kraja samovoljnog, diktatorskog i nehumanog korištenja datog društvenog položaja od strane pojedinaca i grupa, bilo da je on naslijeđen ili stečen na drugi način. Postepenom evolucijom pravno-političkog razvoja društva vladar pojedinac ili grupa pojedinaca čija je uloga dolazila do izražaja kroz oligarhijski, aristokratski, plutokratski i dr. oblik političkog sistema, gubili su na značaju u procesu sazrijevanja demokratije i demokratskih institucija, a što je svakako podrazumijevalo promjenu u shvatanju koncepta suverenosti i izgradnju novog koncepta pravno-političke odgovornosti.

Javnu upravu možemo posmatrati i kao rezultat interakcije prava, politike i provođenja planiranih politika u uspostavljanju sistema državnog servisa društvu. U tim i takvim okolnostima narod je u cilju svrsishodnijeg i sigurnijeg korištenja suvereniteta isti prenio na organe vlasti kojoj daju legitimitet i legalitet birajući ih demokratski neposredno i posredno da bi bili servis građanima u skladu sa unaprijed definisanim propisima. Shodno tome, u modernom vremenu u demokratskim društvima uvijek aktuelno je pitanje ostvarivanja svrhe postojanja

konkretnog organa i odgovornosti u radu izabranih i imenovanih lica unutar organa vlasti, a posebno izvršnoj/upravnoj vlasti. Ustavima i zakonima je propisan uticaj, monitoring svrhovitosti postojanja određenog organa, mogućnost kontrole i unapređenja rada u organu uprave, javnoj ustanovi ili javnom preduzeću koje su osnovala tijela određenog administrativno-teritorijalnog nivoa vlasti. Na rad organa vlasti, odnosno javnih ustanova i javnih preduzeća, posredni uticaj imaju i građani putem svojih predstavnika u zakonodavnim tijelima, i to putem zastupničkih pitanja i inicijativa istog nivoa vlasti, jer zakonodavna tijela putem zakona kojim osnivaju organe uprave, javna preduzeća i institucije sa javnim ovlaštenjima planiraju troškove za te organe, definišu ciljeve, potrebe i uspostavljanje načina i djelokruga rada kao i rokove za realizaciju poslova u organima uprave. Značajni troškovi, definisani ciljevi i javni interes nameću kontinuiranu obavezu provjere društvene i pravne odgovornosti u radu navedenih organa.

Iako je, kako smo naveli, došlo do epohalne transformacije moći vladara u demokratsku vlast nikada nije prestalo nastojanje pojedinaca i grupa da uzurpiraju suverenu vlast naroda nastojeći da demokratskim putem stečena ovlaštenja upotrijebe kao da su u poziciji diktatorskih režima. Imajući u vidu dosadašnja iskustva, takva nastojanja i opasnosti neće ni nestati i to je činjenica koja je bila poseban motivirajući razlog za pisanje ovog djela kako bi na jednom mjestu, a istovremeno u okvirima jednog kraćeg naučnog rada obradili važnost i osnovne karakteristike političke i pravne odgovornosti nosioca upravne vlasti, kao i poziciju sudske kontrole rada organa uprave. Zbog spomenute stalne opasnosti od zloupotreba upravne vlasti suprotno demokratskim standardima i ciljevima posebno kraće poglavlje ćemo posvetiti važnosti demokratije kao preduslovu za odgovorno vršenje upravne i svake druge vlasti.

2. O demokratiji kao preduslovu odgovornosti u vršenju vlasti

Pretpostavka pitanja odgovornosti općenito, pa tako i odgovornosti u vršenju bilo koje grane vlasti je najuže vezana za oblik političkog sistema unutar društveno-političke zajednice. Nema sumnje da je demokratija upravo taj iskustveno utvrđeno najpoželjniji politički sistem u okviru kojega je moguće postaviti pitanje društvene i pravne odgovornosti i nosilaca upravne vlasti.

Riječ demokratija ima grčke korijene u riječi *demos* – narod i *kratein* – vladati. U moru definicija koje teže za što preciznijim određenjem pojma demokratije jako je teško pronaći univerzalnu definiciju njenog pojma s obzirom na činjenicu da je kao političko uređenje prošla kroz različita historijska razdoblja i doživjela stanovite transformacije u svakom od njih. U najvećem broju poznatih definicija i pokušaja što preciznijeg određenja supstrata, demokratija se shvata najprije kao vladavina naroda, kao izvorišta suvereniteta, a zatim kao sistem u kojem

vlast ostvaruju svi građani preko svojih slobodno izabраних представника. Na том трагу демократија се швата као систем у којем влада већина уз поштовање индивидуалних права, односно као систем у којем је заштита људских слобода институционализована, а све с циљем елиминисања самоволје што је посебно важно када говоримо о управној власти која је по природи свог посла у svakodnevnoj комуникацији са грађанима кроз сервисирање њихових потреба. То је систем у којем се штите основна људска права, проводе редовни слободни и фер избори, постоји владавина права која свим грађанима пружа једнаку правну заштиту, у којем је власт децентрализована на регионални и локални ниво, у којем грађани имају одговорност да учествују у политичком систему, који је посвећен вриједностима владавине права, транспарентности у вршењу власти, толеранције, сарадње и компромиса (Krivokapić, 2016:34).

Navedeno shvatanje demokratije iako odražava njen utopijski karakter sublimira njene vrijednosti. Ideja demokratije utemeljena je još u antičkoj Grčkoj u periodu od 500 do 330. g. prije nove ere. Tadašnji grčki polisi su predstavljali politički i ekonomski nezavisno građanstvo. Sami građani, čije poimanje se uveliko razlikuje u starom, srednjem i novom vijeku, su činili narodnu skupštinu (ecclesia) učestvujući u vršenju javnih poslova. Odluke koje su bile usvajane na atinskoj skupštini bile su odraz pune saglasnosti svih koji učestvuju, a odnosile su se na sve građanem tj. na sve slobodne građane koji su zapravo predstavljali refleksiju države, tako da nije bilo ni potrebno formiranje nekog predstavničkog tijela. Direktna demokratija kakvu je historija zabilježila u Atini zapravo je svojevrsna utopija. Ona predstavlja takav okvir za konstituisanje političke vlasti, koji je tu vlast učinio javnom, a osnovne društvene odnose učinio političkim odnosima (Pobrić, 2000:172).

Ovakva historijska iskustva neposredne demokratija je primjer njenog najčišćeg, utopijskog, oblika u kojem se pripadnici jedne društvene zajednice, što je u biti narod, okupe na određenom mjestu i donose odluke, u kojem slučaju je narod predstavljao zakonodavnu vlast. Ovakav način društvene organizacije u današnjim uslovima mogao bi odgovarati manjim gradovima, kakvi su bili grčki polisi, gdje bi se na trgu okupili svi slobodni građani donoseći odluke od javnog interesa. Međutim, činjenica da je veliki broj ljudi bio isključen iz vlasti, prema Tiliju stvara sumnju, da li se grčki polisi mogu nazvati demokratskim, uz pitanje da li su svi ljudi jednako kvalifikovani da vladaju. Pristalice ideja stvaralaštva zastupaju ideju da državom treba da upravljaju samo sposobni stvaraoci koji su politički kompetentni, moralno jaki, posjeduju filozofsko i instrumentalno znanje. Zbog toga, smatra Dal, narod ne može da upravlja državom, jer nije kompetentan. Narod možda zna koji su njegovi interesi i potrebe, ali on ne zna kako da ih ostvari i šta treba da radi da bi postigao postavljene ciljeve. Pored ocjene da je grčka demokratija bila više ekskluzivna nego inkluzivna, negativnosti ovog

oblika demokratije teoretičari prepoznaju i u pojimanju same demokratije od strane njenih građana. Građani su demokratiju, naime, vezivali samo za polis kojem su pripadali (Krivokapić, 2016:33).

Međutim, u današnjim državnim organizacijama nemoguće je okupiti sve građane koji mogu da obavljaju javne poslove na jednom mjestu. To bi bilo moguće jedino na nivou jedinica lokalne samouprave i to onih sa manjom populacijom, kao što su skupovi građana u Sjedinjenim Američkim Državama, tzv. *town-meeting* ili gradsko okupljanje u gradovima sa malom populacijom. Slično postoji i u Engleskoj u najnižim jedinicama lokalne samouprave (Hasanović, 2019).

Dok se pojam moderne demokratije vezuje za ravnopravno učešće svih građana u vlasti, u grčkim polisima kao što je već prethodno navedeno to se odnosilo samo na slobodne muškarce. Oni su imali građanski status i kao takvi su predstavljali *demos*. Robovi, žene, ljudi bez imovine, nepismeni koji su činili veliki dio grčke populacije, bili su potpuno isključeni iz svakog oblika vlasti i mogućnosti odlučivanja. (Krivokapić, 2016:32-33) U atinskoj demokratiji važio je princip: građani su jednaki, ali nisu svi građani. Međutim i pored svega navedenog većina teoretičara smatra da je atinska demokratija sa svim svojim karakteristikama, od kojih su neki danas i neprihvatljivi ipak kolijevka današnje moderne demokratije. (Krivokapić, 2016:33)

Paralelno sa grčkom razvijala se i rimska demokratija čija su osnovna obilježja bila identična atinskoj demokratiji. „Rimska demokratija je vremenom postala neodrživa zbog teritorijalnog širenja rimske republike i nemogućnosti da se ista primjenjuje na osvojenom prostoru, pa se tako i ugasila, usljed učestalih građanskih nemira, ratova i pojave korupcije.“ (Krivokapić, 2016:32-33)

Nastanak modernog oblika demokratije vezuje se za period XVIII i XIX vijeka, odnosno za period djelovanja prirodnog prava i evropskog prosvjetiteljstva, a njene temelje uspostavili su J. Lock i J.J. Ruso. Zahvaljujući Locku koji je apsorbovao najbolje iz političkih shvatanja Aristotela individualizam, konstitucionalizam, poštovanje slobode i prava pojedinca bivaju sve više isticane kao autentične demokratske vrijednosti. (Miljević, Džamić, 2011:148) Pored njih i Ruso je postavio i razvio koncepciju narodnog suvereniteta i udario temelje neposrednoj demokratiji pišući o tome u svom kapitalnom djelu Društveni ugovor. On je zastupao ideju potpune neposredne demokratije, što je u današnjim uvjetima političkog života nerealno očekivati. (Čizmić, 2020:26) Neposredna demokratija je takav oblik demokratije gdje je politička moć skoncentrisana u rukama građana sa legitimnim pravom glasa. Putem referenduma ili nekog drugog oblika direktne demokratije (pravo na peticiju, plebiscit) oni samostalno i nezavisno donose odluke o konkretnim pitanjima koja se tiču javnog i političkog života. Osnovni cilj neposredne demokratije jeste uključivanje što većeg broja ljudi u kreiranje

političkog ambijenta koji bi mogao u što većoj mjeri riješiti njihove potrebe i poboljšati društveni položaj. Uzimajući učešće u političkim procesima, procesima donošenja zakona svakom građaninu se pruža mogućnost da javno iznese svoje mišljenje koje može bitno uticati na sadržaj određenog zakona ili nekog drugog pravnog akta kojim se uređuje i regulira način života i uspostavlja red u društvu. To je istovremeno i prilika da svaki građanin pozove na odgovornost nosioce vlasti, bilo da ih svojim aktivizmom usmjerava ka donošenju općekorisnih odluka ili njihovom propitivanju. (Karić, Joldić, 2015:75)

Neposredna demokracija prema Rousseau, Franklinu i Jeffersonu traži maksimum odgovornosti, narodnu participaciju, povjerenje u narod, samoupravu i vladavinu naroda. Ustavna inicijativa i referendum na razini federacije omogućavaju da se glas birača jasnije čuje te stvorili snažniji osjećaj političke odgovornosti predstavnika. (Kostadinov, Barić, 2007:659-678) Oblici u kojima se neposredna demokratija ispoljava, u kombinaciji sa predstavničkom i koji su kao takvi i u praksi primjenjivi su: narodna inicijativa, pravo peticije, narodni veto, plebiscit i referendum. Za naš rad su od posebnog interesa plebiscit i referendum kao oblici neposredne demokratije koji omogućavaju svojevrsan oblik kontrole vlasti i njihovog pozivanja na odgovornost. „Plebiscit se upravo najviše i primjenjivao u francuskoj političkoj i ustavnoj praksi, gdje su najbrojniji primjeri njegovog korištenja upravo bili u 19. i 20. stoljeću.“ (Krkluš, Sarkić, 1986:167-172) U ustavnopravnoj teoriji plebiscit se tretira kao posebna vrsta referenduma, a razlike između ova dva instituta su skoro pa neprimjetne. Naime, dok se kod referendumske odlučivanja birači izjašnjavaju o prijedlogu nekog pravnog akta, odnosno društvenog pitanja, kod plebiscita se radi o izglasavanju povjerenja određenoj osobi, tako što se akti koje ta osoba donosi odobravaju ili ne. (Čizmić, 2020:36)

Na drugoj strani, postoji predstavnička demokratija koja je danas prisutna u svim modernim državama, a u kojoj se narodna vlast putem demokratskim izborima prenosi na legalno i legitimno izabrane predstavnike, koji u ime naroda vrše vlast. Ovim sistemom se ne umanjuje narodni suverenitet, jer su izbori dokaz da politička moć i volja dolazi od naroda, koji istu povjerava izabranim predstavnicima. Iz ovog poizilazi da su izabrani vršioци državne vlasti neposredno odgovorni narodu koji ih je i birao. (Batt, 2006)

3. Upravna vlast, značaj i uloga

Ideja o podjeli vlasti nastala je na temelju potrebe da se ograniči apsolutna vlast pojedinca i istovremeno omoguće i zaštite slobode i ljudska prava građana. Načelo o podjeli vlasti je teorijski uobličio francuski građanski mislilac Šarl Monteskje. U svom djelu „O duhu zakona“ on kaže da postoje tri grane vlasti:

zakonodavna, izvršna i sudska. Vlast ne može, kao u apsolutističkoj državi, biti koncentrisana u rukama jedne ličnosti pošto iskustvo govori da onaj ko ima svu vlast, ima i sklonost da je zloupotrijebi. S tim u vezi Monteskje konstatuje: „Sve bi bilo izgubljeno ako bi isti čovjek ili tijelo prvaka, bilo plemića bilo ljudi iz naroda, vršili te tri vlasti, naime vlast donošenja zakona, vlast izvršavanja javnih odluka i vlast suđenja za zločine ili u sporovima pojedinaca.“ (Monteskje, 2011:128) Za Monteskjea je najbitnije da jedna vlast zaustavlja drugu, što se postiže na način da se svaku od tri grane vlasti obavlja posebna grupa ljudi. U cilju ostvarivanja te zamisli, predstavnici naroda vrše zakonodavnu vlast, vladar izvršnu, a sudovi sudsku vlast. Monteskjeov model podjele vlasti nije oštra organizacijska i funkcionalna podjela između organa koji obavljaju tri osnovne državne funkcije, već međusobna saradnja i uzajamni nadzor jedne vlasti nad drugom, kako bi se međusobno ograničavali i sprečavali da nijedna od njih ne zloupotrijebi vlast na štetu sloboda i prava građana. (Karić, Joldić, 2015:75)

Historijsko praćenje principa podjele vlasti kod Montesquieua do našeg vremena otkriva evoluciju i transformacije ove formule. Zamišljen kao instrument garancije građanskih i političkih sloboda građana u odnosu na apsolutizam monarha, princip podjele vlasti prešao je razvojni put od sredstva za odbranu posljednjih ostataka kraljevske vlasti protiv širenja buržoaskog principa do organizacijskog kanona kako za zaštitu pojedinca tako i za zaštitu društva od premoći većinske partije. Dakle, funkcija je tog principa: zaštita određene političke vrijednosti koja omogućuje individualizaciju granica njegove važnosti na pravome planu. (Bačić, 1989:168)

Savremena ustavnopravna i politološka literatura nedvojbeno potvrđuju da je od samih početaka moderne države podjela vlasti standardni dio njezina ideološkog i organizacijskog aparata. Uzimajući podjelu vlasti kao temeljni politološki pojam (politologischer Grundbegriff) dio je savremene njemačke teorije razvio novu "smislenu debatu" o podjeli vlasti koja je svoju konačnicu dobila u (novoj) tipologiji teorija o podjeli vlasti. Polazeći od stava da nužna politička pretpostavka slobodarskog oblikovanja života predst. Kao temeljni pojam modernog "kompliciranog sistema vladanja" podjela vlasti ne označava samo apstraktni pojedinačni problem kao što je npr. funkcionalno i personalno dijeljenje između legislative i egzekutive ili dijeljenje unutar legislative. Potonje predstavlja samo podjelu vlasti u užem smislu. U širem smislu podjela vlasti u modernoj diskusiji prije svega označava temeljni princip političkog oblikovanja vlasti, naime institucionalizirano osiguranje pravno-državne obaveznosti normi - prije svega garanciju neotuđivih osnovnih prava - posredstvom onoga raščlanjivanja koje ograničava vlast te uzajamne kontrole najviših instanci, kao i aktiviranje cjelokupnog građanstva, da bi se jedan izvršeni, mogući trajni proces integracije ozbiljio kao cjelina koja osigurava slobodu. (Bačić, 1989:168)

„Politička sloboda jednog građanina sastoji se u onoj mirnoći duha koja potječe iz spoznaje svakoga o svojoj sigurnosti. A da bi se ona posjedovala, neophodno je da organizacija društva bude takva da se njome osigura građanima da se ne moraju bojati drugih građana.“ (Montesquieu, 1951:394) Polazeći s tog stajališta, on zaključuje da politička sloboda može postojati samo pod umjerenim oblicima vladavine, ako se u njima ne zloupotrebljava vlast. Odredivši pojam političke slobode i političku sredinu u kojoj se ona može razvijati, Montesquieu raščlanjuje razloge i mogućnosti zloupotrebe vlasti. On piše: „Ali, vječno je iskustvo da je svaki čovjek koji ima vlast sklon da je zloupotrijebi. U tome ide sve dok može. Ko bi to rekao: i sama vrlina mora imati granicu.“ (Montesquieu, 1951:394) Ovo Montesquieuovo zapažanje neprestano se potvrđuje u političkoj povijesti i stoga on iz te spoznaje zaključuje slijedeće: „da se vlast ne bi mogla zloupotrebljavati, neophodno je da vlast poretkom stvari ograničuje vlast.“ (Montesquieu, 1951:394)

Pošto je odredio podjelu vlasti u državi (zakonodavna, izvršna i sudska) i funkcije koje obavlja svaka od njih (donošenje i mijenjanje zakona, odlučivanje o ratu i miru, kažnjavanje zločina i rješavanje sporova između pojedinaca), Montesquieu, polazi od zaštite političke slobode pojedinca, a imajući napore u vidu ograničenje apsolutne monarhije njegova vremena u Francuskoj, traži njihovu diobu. Kad jedna osoba ili tijelo obavlja poslove zakonodavne i izvršne vlasti, po njegovu mišljenju, nema slobode. Isti je slučaj ako sudska vlast nije odvoje na od zakonodavne i izvršne, a „sve je izgubljeno ako isti čovjek ili isto tijelo glavar, plemića ili naroda vrši sve tri vlasti.“ (Montesquieu, 1951:394) Nositelj izvršne vlasti, smatra on, mora biti monarh, koji raspolaže i pravom zakonodavne sankcije pa je tako dijelom i zakonodavni organ, što znatno mijenja njegovu početnu koncepciju podjele vlasti. Kelsen, tvorac austrijskog Ustava iz 1920. godine, je jedan od najistaknutijih protivnika podjele vlasti. On smatra da ne postoje tri, već samo dvije državne funkcije, stvaranje i primjena prava, a one nisu koordinirane, već je jedna nadređena, a druga podređena. Stoga, iako zakonodavni organ ima primat pri donošenju općih pravnih normi, pa je stoga i nadređen svim drugim organima, jedva se može govoriti o ma kakvom odvajanju zakonodavstva i drugih državnih funkcija u smislu da bi zakonodavni organ s isključenjem izvršnih i sudskih organa bio jedino nadležan da obavlja tu funkciju. Jednako bi i odvajanje tzv. izvršne vlasti od sudske bilo moguće, smatra Kelsen, samo u vrlo ograničenoj mjeri. Upravni organi, međutim, poduzimaju određene radnje i donose određene akte koje ne vrše sudovi. (Sokol, 1992:13-16)

Vremenom, kumulacijom poslova države, formiralo se shvatanje da u državi ne postoje samo tri, već više funkcija, te se tako kao dodatna funkcija državne vlasti javlja upravna vlast, koja je inkorporisana u izvršnu vlast. U ranim fazama podjele i imenovanja vlasti, upravna vlast je zauzimala ravnopravno mjesto, po-

red zakonodavne i sudske. U tom smislu, uprava ima karakter službe u okviru izvršne vlasti. Na osnovu principa podjele vlasti, uprava se vezuje za državu i određuje kao jednu od tzv. pravnih funkcija države. Kako je djelatnost države u vršenju političke vlasti regulisana pravom, to su i uprava (egzekutiva), u vidu upravne funkcije, vidi kao jedna posebna pravna funkcija državne vlasti. (Dimitrijević, 2008:71)

Posmatrano etimološki, riječ uprava potiče od latinske riječi *administrato*, što znači znači upravljanje, vođenje, pomaganje, pomoć, odnosno od riječi *administrare* što znači upravljati, izvršavati, vršiti javnu službu. U italijanskom jeziku u upotrebi je riječ *amministrazione*, u ruskom *upravlenie*, a u francuskom *administration*. Sve ove riječi su sa različitim, kako glavnim, tako i sporednim značenjima. (Pusić, 1993:5) Riječ uprava nalazi se u svim slovenskim jezicima i ima više značenja koja se izvlače iz smisla imenice i glagola upravljati. Načelno, pojmovi uprava i administracija su sinonimi, s tim da je pojam uprava šireg značenja, pošto se pojam administracija svodi na označavanje određenih stručnih i tehničkih službi. Često uz termin uprava biva upotrebljen prefiks javna pri čemu se pravi jasna distinkcija između javnih državnih službi u odnosu na administraciju u privrednim preduzećima, bankama ili nekim privatnim institucijama (*business administration*). Takođe, javna uprava obuhvata i nedržavne organizacione oblike, vršioce upravnih djelatnosti kojima su od strane države povjerena javna ovlašćenja. (Vranješ, 2014:188)

Dok je organizacioni pojam uprave vezan za subjekte (organe) i organizacije koje vrše poslove uprave funkcionalno određene uprave obuhvata funkcionalno određene uprave u formalnom smislu i funkcionalno određene uprave u materijalnom smislu. Funkcionalno određene uprave u formalnom smislu obuhvata određene uprave na osnovu nekih spoljnih determinanti kao što su: organi i organizacije koje čine upravu, način rada organa uprave, formu upravnih akata, postupak vršenja upravne djelatnosti, oblike kontrole rada uprave i posebna pravila odgovornosti za štetu koju uprava nanese u svome radu građanima, tj. fizičkim i pravnim licima. S druge strane, funkcionalno određene uprave u materijalnom smislu polazi od nekih unutrašnjih obilježja upravne aktivnosti. (Vranješ, 2014:189)

„Pravna načela, pravni standardi, pravne norme i pravna pravila sačinjavaju regulativnu pravnu građu, dok se kao pravotvorački izvori (kauza i unutarnja koncepcija pravnih akata) javljaju razumska interpretacija pravnih pravila i pravnih principa, politička ocjena cjelishodnosti, upravna ocjena cjelishodnosti i slobodna volja.“ (Prica, 2018:108)

Suština shvatanja uprave kao državne vlasti sastoji se u određenju upravne djelatnosti kao autoritativne volje političke vlasti, te da svako izvršenje zakona

nalaže korišćenje autoritativnih ovlašćenja, pri čemu se država, odnosno vlast, koristi monopolom legalnih sredstava prisile demonstrirajući pri tome pravo jače strane. Pri tome, država je ta koja izdaje zadatke, naređenja i zabrane, dozvole i odobrenja, pri čemu ima poziciju nadređenog, dok, s druge strane, građani imaju podređenu poziciju i potčinjeni su državi. U takvoj situaciji, aktivnosti uprave, dakle, javljaju se kao autoritativne aktivnosti izricanja zapovijesti i ograničenja, odnosno primjene prinude. (Lilić, 2009:46) Konceptija uprave kao javne službe potiče iz francuskog pravnog sistema. Najdosljednije shvatanje uprave kao javne službe promovisao je francuski pravni teoretičar Leon Digi. Po njemu, država treba da vrši poslove kao javne službe, umjesto da vrši vlast. (Vranješ, 2014:190)

Savremena misao o potrebi razdvajanja upravljanja od vladanja se javlja početkom XIX vijeka sa idejom da „vladanje ljudima treba da bude zamijenjeno upravljanjem stvarima.“ (Saint-Simon, 1979:206...) Ideja da upravljanje treba zamijeniti vladanje posebno je uobličeno početkom XX vijeka, u okviru solidarnističke koncepcije socijal-funkcionalista o upravi kao vršiocu upravne djelatnosti i javnih službi. Shodno tome, uprava više nije samo dio države kao organizacije sa tzv. monopolom fizičke sile i prinude u rukama vladajuće klase. (Lilić, 2010:15)

Vladanje, upravljanje, servis građanima su tri pojma koja bi trebala da opišu razvoj i evoluciju vršenja upravne funkcije kroz vrijeme i različita pravno-politička uređenja.

Za našu naučnu opservaciju od izuzetne je važnosti funkcionalno određenje uprave koja podrazumijeva funkcionalno određenje uprave u formalnom smislu i funkcionalno određenje uprave u materijalnom smislu, gdje je funkcionalno određenje uprave u formalnom smislu određenje uprave na osnovu nekih spoljnih determinanti kao što su: organi i organizacije koje čine upravu, način rada organa uprave, formu upravnih akata, upravni postupak, oblike kontrole rada uprave i posebna pravila odgovornosti za štetu koju uprava nanese u svome radu građanima, tj. fizičkim i pravnim licima. S druge strane, funkcionalno određenje uprave u materijalnom smislu polazi od nekih unutrašnjih obilježja upravne aktivnosti. (Lilić, 2010:189)

4. Pojam i podjela odgovornosti u vršenju upravne vlasti

Pitanje odgovornosti je složeno, višeslojno i višeznačno problemsko područje koje se ne može predmetno ograničiti na jednu pravnu disciplinu te kao takvo zahtijeva zalaženje i u druge pravne grane. U subjektivnom, psihološkom smislu odgovornost se svodi na osjećanje subjekta da treba odgovarati i odgovorno izvršiti povjerene mu zadatke. Ukoliko je propisan način obavljanja posla onda će usljed njegovog neadekvatnog izvršenja biti pojačan stepen odgovornosti subjekta zaduženog za njegovo izvršenje, jednako i u slučaju kad je obavljanje posla

uslovljeno određenim finansijskim sredstvima koja se stavljaju na raspolaganje upravnom organu ili upravnoj organizaciji. U tom slučaju svako prekoračenje troškova pri izvršenju poslova povlači odgovornost. Shodno navedenom, odgovornost u upravnoj vlasti znači da upravni službenici i uprava u cjelini ne samo da trebaju obaviti posao nego da posao mora biti obavljen blagovremeno, na propisan način i u cilju ostvarivanja svrhe osnivanja i postojanja konkretnog organa uprave. U upravnopравnim odnosima postoje određena prava i obaveze koji čine normativnu sadržinu tog odnosa. Pravilo je da obavezama uprave odgovaraju prava građana i pravnih subjekata koje uprava treba da servisira. Uprava može da povrijedi svoje pravne obaveze, iz nekog materijalnog ili procesnog razloga. Bez obzira da li je ta povreda direktno sankcionisana ili nije, postoji protivpravno stanje koje moraju konstatovati nadležni organi, a što povlači odgovornost bilo materijalnu ili disciplinsku same uprave. (Lilić, 2010:101-102)

Sama odgovornost određene vlasti prema građanima predstavlja važan javno-pravni odnos i kvalitativni doprinos u razvoju demokratije, ali i pravno stanje sa posebnim kapacitetom prava i obaveza. Subjekt odgovornosti je javna uprava, odnosno konkretna službena lica kao počinioci upravnog delikta. Međutim, za protupravne radnje državne uprave ne odgovara prema trećim licima neposredno samo uprava već krovna institucija državne uprave, koja odgovara za radnje svojih organa preko kojih ona ostvaruje svoje funkcije. Organi uprave i nemaju svojstvo pravnog lica, nego krovna institucija državne uprave na koju se vrši prenos odgovornosti. Međutim, ovo važi samo kad je riječ o državnoj upravi. Razlikujemo interni i eksterni aspekt odgovornosti uprave. Dok prvi obuhvata odgovornost funkcionera i upravnih službenika u okviru same uprave, drugi znači odgovornost upravnih organa i organizacija, a u krajnjoj liniji i države prema građanima i drugim pravnim subjektima. Cilj odgovornosti uprave proizlazi iz shvatanja mjesta i uloge savremene uprave. Tako administracija odgovara ako javna služba ne funkcionira, ako javna služba loše funkcionira i ako javna služba kasno funkcionira. Kontrola uprave je pretpostavka njene odgovornosti, dok je odgovornost krajnja svrha kontrole uprave. Odgovornost uprave treba da omogući ostvarenje određenih pravnih vrijednosti, kao što su: transparentnost, sigurnost, ravnopravnost i jednakost, pravda i pravičnost, savjesnost i nepristranost. (Lilić, 2010:101-102) Pored navedenih opštih ciljeva mogu postojati i posebni ciljevi odgovornosti, kao što su represija i prevencija. Represija je stara koncepcija koja počiva na autoritativnom modelu uprave kao državne vlasti, dok prevencija predstavlja kontinuiranu aktivnost uprave kao njenu pravnu obavezu na sprječavanju budućih nepravilnosti i grešaka, a radi se o poduzimanju akata i radnji kao što su normativne, psihološke, vaspitne, ekonomske, kulturne, socijalne..., a koje su ciljano-racionalno usmjerene ka eliminisanju svih vidova protivpravnog ponašanja. (Lilić, 2010:101-102)

4.1. Politička odgovornost upravne vlasti

Politička odgovornost organa uprave posebno je značajna u demokratskim sistemima zbog činjenice da upravo organi uprave na najdirektniji način, neposredno prema građanima i pravnim licima provode politike političkih predstavnika. Osim neposrednosti drugi ključni razlog političke odgovornosti organa uprave nalazi se i u masovnosti i širini neposredne komunikacije koje vrše organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima prema građanima i pravnim licima provodeći u realan život političke programe i politička obećanja zahvaljujući kojima su politički predstavnici dobili podršku građana na demokratskim izborima.

Organi uprave i institucije, u vidu javnih ustanova i javnih preduzeća, koje osnivaju i nadziru organi uprave uz podršku zakonodavnih tijela, predstavljaju jedno od najširih i najdirektnijih područja za ostvarivanje politika u svakodnevnom životu prema građanima. Na pitanje unapređenja efikasnosti i kvalitete usluga organa uprave direktan uticaj imaju imenovani politički zvaničnici, na političkim pozicijama ministara, direktora, načelnika, itd., koji kao nosioci izvršne vlasti neposredno upravljaju organima uprave. Također, Ustavom i zakonima je propisan uticaj, mogućnost kontrole i unapređenja rada u organu uprave, javnoj ustanovi ili javnom preduzeću koji je osnovao konkretan nivo vlasti, a koji imaju zastupnici u zakonodavnim tijelima putem zastupničkih pitanja i inicijativa istog nivoa vlasti, jer zakonodavna tijela putem zakona definišu potrebe i uspostavljanje načina i djelokuga rada kao i rokove za realizaciju poslova u organima uprave. Poseban interes političkih stranaka u provođenju politike unapređenja efikasnosti i rada organa uprave ogleda se u dobijanju povjerenja glasača koji bivaju zadovoljni ili nezadovoljni nivoom usluge koju ostvaruju u saradnji sa predstavnicim organa uprave, javnih ustanova i javnih preduzeća.

Politička odgovornost uprave je oblik pravne odgovornosti u širem smislu, međutim kao takva nije u potpunosti regulisana pravnim normama. Ona se javlja i kao vanpravna odgovornost. Politička odgovornost se veže za ponašanje funkcionera državne, entitetske, kantonalne, lokalne uprave i organizacije koje vrše javna ovlaštenja, i kao takva je vezana za trajanje funkcije u tim organima i organizacijama. Npr. tu spada odgovornost članova vlade skupštini, resornih ministara u vladi, načelnika opština, direktora ustanova sa javnim ovlaštenjima koje tako vrše poslove uprave u posebnim upravnim područjima... Uslov političke odgovornosti je politički delikt, a on je u suštini omisivne prirode, što znači da organ pred kojim se odgovara smatra da subjekt političke odgovornosti nije vršio poslove provođenja politike ili druge zadatke koji su mu dati u skladu sa shvatanjima i stavovima koje je to tijelo unaprijed zauzelo. (Popović, Marković, Petrović, 1995:565) Također pod političkom i pravnom odgovornošću možemo uzeti

i stalne provjere da li organ uprave postupa u skladu sa ciljevima zbog kojih je konkretan organ uprave osnovan i zbog čega troši sredstva poreznih obveznika.

Po pravilu upravni funkcioneri odgovaraju pred organom koji ih je izabrao ili imenovao na funkciju koju obavljaju. Poseban segment političke odgovornosti uprave okrenut je prema parlamentu, ali i prema građanima, pa u tom smislu organi državne vlasti su dužni da obavještavaju javnost o svom radu preko sredstava javnog informisanja kao i na druge načine. (Lilić, 2010:105)

Pitanje odgovornosti (engl. liability, responsibility; njem. Haftung, Verantwortlichkeit, Verantwortung), predstavlja pravni položaj subjekta koji odgovara za neispunjenje preuzete obaveze ili za posljedice protupravnih radnji, odnosno propusta dužne pažnje. (Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007:897) Odgovornost upravne vlasti se doživljava kao prvorazredno pravno pitanje koje je samo dijelom pitanje prava, obveza i ovlaštenja, pošto je pitanje odgovornosti mnogo šire od od prava i pravne odgovornosti. To je pitanje politike i zajednice, demokracije i dobre vlasti. Politička odgovornost znači da je svaki politički dužnosnik, bio izabran ili imenovan na javnu funkciju lično odgovoran i bez svoje krivnje prema tijelu ili građanima koji su ga izabrali ili imenovali. Shvaćanje da je politička odgovornost samo odgovornost prema biračima na početku i isteku mandata, nije posljedica neznanja, već raširene prakse da se političke dužnosti tretiraju kao područje neregulirane lične slobode i neodgovornosti. Zato valja naglasiti da je politička odgovornost objektivna odgovornost bez krivnje i namjere, ona je odgovornost za rezultat i nevezana za stvarne, deklarirane ili putativne namjere dužnosnika. Ona je konsekvencija prekida odnosa povjerenja, bez obzira na uzrok i krivnju. Postojanje jasnih načela i obaveza čvrst su temelj ocjenjivanja takve odgovornosti. (Kregar, 2013:15) Vjerovatno najjasniju definiciju pravno-političke odgovornosti dao je Smerdel, kad je zapisao da je „...pravno-politička odgovornost regulisana pravnim propisima. To je odgovornost za nesvrshodan rad, nesvrshodan prema ocjeni organa pred kojim se takva odgovornost snosi. Svrshodnost naravno, ne može biti regulisana pravom, te se ocjenjuje prema drugim, vanpravnim kriterijima...sankcija odgovornosti je uvijek gubitak funkcije, opoziv, razrješenje, odnosno smjenjivanje“ (Smerdel, 1979:20-25)

Pojam odgovornosti u engleskom jeziku izražava se uz pomoć dva izraza: *accountability* i *responsibility*. (Vukičević, 2015) *Accountability* je izraz koji potječe iz riječi „accounting“ – računovodstvo, pa bi tako i ovaj izraz mogli prevesti terminom „polaganje računa“. Pojam označava obavezu da se javno objasne okolnosti neke odluke, ponašanja ili namjere.

U izvještaju Brownlova odbora istaknuto je da „vlasti bez odgovornosti nema mjesta u državi temeljenoj na teoriji demokratske kontrole jer je odgovornost jedino oružje u rukama naroda, njihovo jedino osiguranje od zlopotrebe vla-

sti.“ (Brownlow Committee Report, 1937:36) U izvještaju jednog sličnog tijela u SAD-a, trideset godina poslije opet se naglašava pitanje odgovornosti tačnije političke odgovornosti kao temelja demokratske vlasti. (Vučković, 2015:149)

Odgovornost upravne vlasti može biti društveno-politička i pravna, pri čemu je prva odgovornost prema građanima, u okviru koje građani mogu koristeći se sredstvima neposredne demokratije uticati na vlast i njeno odgovornije ponašanje po pitanju donošenja određenih odluka, a druga prema drugim organima vlasti prema kojima je upravna vlast odgovorna i koje svojim odlukama mogu direktno uticati na upravnu vlast. (Vučković, 2015:149)

Na kraju poglavlja o političkoj odgovornosti navest ćemo primjer iz komparativnog upravnog prava i posebno ćemo se osvrnuti na slučaj Francuske, jer se Francuska smatra i kolijevkom nastanka i razvoja upravnog prava, gdje se političko-demokratska odgovornost upravne vlasti ostvaruje putem nadzora od strane predstavničkog tijela te različitih oblika odlučivanja i sudjelovanja građana, što je naravno danas pristup i praksa u gotovo svim demokratskim državama. Uz različita sredstva koja Parlament ima na raspolaganju za nadzor rada Vlade i uprave (regulativna, personalna, financijska) valja spomenuti i posebne oblike nadzora koji se ostvaruju osnivanjem istražnih povjerenstava, zastupničkih pitanja te aktivnosti stalnih odbora, parlamentarnih ureda i delegacija. (Pascale, 2012) Svakako, najvažniji oblik kontrole Vlade od strane Parlamenta u Francuskoj jest mogućnost izglasavanja nepovjerenja Vladi. Politička odgovornost Vlade Parlamentu ostvaruje se: na inicijativu Vlade, na inicijativu Nacionalne skupštine, na inicijativu predsjednika Vlade koji, nakon donesene odluke u Ministarskom vijeću, pitanje povjerenja veže uz prijedlog financijskog akta ili akta o financiranju sistema socijalne zaštite.³

Uz klasične oblike sudjelovanja građana u radu uprave (uključivanje u rad upravnih tijela, kreiranje javnog mnijenja, konsultiranje pri donošenju propisa, interesne skupine), važan oblik političko-demokratske odgovornosti ostvaruje se i putem odlučivanja građana na referendumu, koji je prema Ustavu Francuske iz 1958. uz predstavništvo građana osnovni instrument za ostvarivanje narodnog suvereniteta. Navednim ustavom su predviđene tri vrste referenduma: fakultativni zakonodavni referendum koji raspisuje predsjednik Republike na prijedlog Vlade ili oba doma Parlamenta o prijedlogu zakona koji se odnosi na organizaciju javnih vlasti,⁴ fakultativni ustavotvorni referendum koji raspisuje predsjednik Republike o promjenama Ustava na prijedlog Vlade ili članova Parlamenta ako ne odluči da prijedlog iznese domovima Parlamenta na izglasavanje posebnom

³ Čl. 49 Ustava Francuske.

⁴ Čl. 11 Ustava Francuske.

većinom⁵ i lokalni referendum koji raspisuju francuske jedinice lokalne samouprave i prekomorski teritoriji o prijedlozima akata i ostalim pitanjima iz svoje nadležnosti. (Kostadinov, 2004) Govoreći o političkoj i pravnoj odgovornosti u pristupu javnoj upravi u Francuskoj važno je istaći da su postigli preobražaj upravne djelatnosti u Francuskoj i uspostavili administraciju koja osluškuje glas korisnika, brine o kvalitetu svojih usluga i koja nastoji da svede na minimum primjenu neizbježnih formalnosti i procedura u svom radu i komunikaciji sa građanima. (Milenković, 2002)

4.2. Pravna odgovornost upravne vlasti

Pravna odgovornost sadrži pravne kriterije odgovornosti te se zasniva na povredi pozitivno-pravnih normi, pri čemu se ispituje da li je ponašanje, bilo činjenje ili nečinjenje propuštajući obavezu dužnog činjenja, protivno pravnim dužnostima. U okviru pravne odgovornosti postoje materijalna i disciplinska odgovornost. Pored toga upravna vlast podliježe i prekršajnoj i krivičnoj odgovornosti. (Lilić, 2010:106)

Da bi sagledali pravni segment odgovornosti upravne vlasti trebamo se osvrnuti na pozitivno-pravno određenje uprave. Pozitivno-pravni pojam uprave je zadat, unaprijed određen, odnosno normiran pravnim aktima. Pozitivno-pravni pojam uprave prati pozitivno, aktuelno pravno stanje, kao takav predstavlja relativno promjenjivu kategoriju i mijenja se sa promjenom pozitivno-pravnih propisa. U pozitivno-pravnom smislu uprava se prikazuje deskriptivno, kroz normiranje organa i organizacija uprave, kroz nabranje poslova koje uprava obavlja, determinisanje prirode poslova uprave, nadležnost uprave, odgovornost uprave i sl. Pozitivno-pravno određenje uprave najčešće proističe iz zakona, dok u većini slučajeva to može biti i Ustav. Pozitivno-pravni pojam uprave obuhvata dvije dimenzije: organizacionu i funkcionalnu. Dok organizaciona dimenzija determiniše koji upravni organi i upravne organizacije, prema Ustavu i pozitivnim zakonskim propisima obavljaju upravnu djelatnost, uopšte, funkcionalna dimenzija uprave je detaljnija i eksplicitno određuje koji subjekat obavlja koju vrstu upravne djelatnosti. (Dimitrijević, 2008:96)

U BiH odgovornost upravne vlasti, odnosno njena organizaciona i funkcionalna dimenzija su normirane kroz nekoliko pravnih akata na različitim nivoima vlasti u okviru složene administrativno-teritorijalne organizacije. *Exempli causa*,

⁵ Čl. 89 Ustava Francuske.

fokusiraćemo se na tri zakonska akta i to Zakon o upravi BiH,⁶ Zakon o organizaciji organa uprave u FBiH⁷, Zakon o republičkoj upravi.⁸

Kad govorimo o subjektima koji su zaduženi za obavljanje upravnih poslova u nadležnosti BiH to su ministarstva i upravne organizacije kao samostalne upravne organizacije, upravne organizacije u sastavu ministarstava, kao i druge institucije Bosne i Hercegovine osnovane posebnim zakonom ili kojima je posebnim zakonom povjereno obavljanje poslova uprave. Određene poslove uprave mogu obavljati preduzeća, ustanove i druga pravna lica, kad im je zakonom povjereno vršenje javnih ovlašćenja tj. institucije s javnim ovlašćenjima.⁹ Organi uprave u okviru svoje nadležnosti vode politike razvoja i provode zakone i druge propise, vrše upravni nadzor nad provođenjem zakona i drugih propisa, donose propise za provođenje zakona i drugih propisa, predlažu i daju preporuke iz oblasti zakonodavstva, daju odgovore na pitanja organa zakonodavne i izvršne vlasti koja se odnose na njihovu nadležnost i obavljaju druge upravne i stručne poslove određene zakonom i drugim propisima.¹⁰

Na području entiteta FBiH upravnu vlast čine federalna ministarstva, organi uprave i federalne upravne organizacije čije se osnivanje i ukidanje kao i djelokrug poslova utvrđuje federalnim zakonom o organizaciji i djelokrugu federalnih organa uprave i federalnih upravnih organizacija. Federalni organi uprave su federalna ministarstva i federalne uprave. Federalne uprave mogu se osnivati kao samostalne federalne uprave i kao federalne uprave u sastavu federalnog ministarstva. Federalne upravne organizacije su federalni zavodi, federalne direkcije i federalne agencije.¹¹

Organi uprave, iz okvira svoje nadležnosti, obavljaju sljedeće upravne i stručne poslove: izvršavaju zakone i druge propise, vrše upravni nadzor nad provođenjem zakona i drugih propisa, donose podzakonske propise za provođenje zakona i drugih propisa, pripremaju propise i daju preporuke iz oblasti zakonodavstva, daju odgovore na pitanja organa zakonodavne i izvršne vlasti i pravnih i fizičkih lica koja se odnose na njihovu nadležnost, prate stanje u oblastima za koje su osnovani i odgovaraju za stanje u tim oblastima, obavljaju i druge upravne i stručne poslove određene zakonom i drugim propisima.¹²

⁶ „Službeni glasnik BiH“ br. 32/2002, 102/2009, 72/2017.

⁷ „Službene novine FBiH“ br. 35/05.

⁸ „Službeni glasnik RS“ br. 115/2018.

⁹ Čl. 2 st. 1 i 2 Zakona o upravi BiH.

¹⁰ Čl. 10 Zakona o upravi BiH.

¹¹ Čl. 36, 37 i 40 Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH.

¹² Čl. 10 Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH.

U entitetu RS poslove uprave obavljaju ministarstva i drugi republički organi uprave.¹³ Poslovi uprave su: vođenje politike razvoja, praćenje stanja, normativna djelatnost, izvršavanje zakona i drugih propisa, vršenje upravnog nadzora, odlučivanje u upravnom postupku o pravima i obavezama učesnika u postupku, postupanje u prekršajnom postupku, briga o javnim službama i ostali stručni poslovi uprave.¹⁴

Posmatramo li aspekt odgovornosti navedenih organa uprave uvijek trebamo imati u vidu posredni demokratski politički sistem u BiH u okviru kojeg su organi upravne vlasti posredno odgovorni građanima, ali preko njihovih predstavnika u okviru parlamentarnih struktura zakonodavne vlasti. To znači da je odnos upravne i zakonodavne, te upravne i sudske vlasti od prvorazrednog interesa kad govorimo o pravnoj odgovornosti nosioca upravne vlasti, odnosno lica koja obavljaju te poslove.

4.2.1. Odgovornost upravne prema zakonodavnoj vlasti

Parlament je organ državne vlasti koji donosi izvorne propise i koji originerno reguliše društvene odnose. Osnovna funkcija zakonodavne vlasti, u tom smislu, jeste donošenje ustava i zakona, ali drugih pravnih i političkih akata kao što su poslovници i pravilnici o radu, deklaracije, rezolucije i sl. (Marković, 2008:273) Parlament, odnosno zakonodavna vlast prema upravnoj vlasti ima tri aspekta nadležnosti: organizacioni, finansijski i kadrovski, odnosno personalni. Ukratko ćemo pojasniti svaki od njih.

Organizacioni aspekt se sastoji u činjenici, da zakonodavna vlast formira, mijenja i ukida organe uprave, daje im nadležnost odnosno djelokrug poslova i zadataka, kao što smo to prethodno vidjeli. Finansijski aspekt nadležnosti zakonodavne vlasti nad organima uprave ogleda se kroz dodjeljivanje budžetskih sredstava neophodnih za rad i funkcionisanje organa uprave. Kadrovska, odnosno personalna nadležnost zakonodavne vlasti nad organima uprave ogleda se u činjenici da zakonodavna vlast kroz formiranje vlade odnosno imenovanje ministara kao inokosnih organa direktno utiče na rukovođenje organima uprave kroz određivanje strateškog menadžmenta. (Vranješ 2014:194)

Pored navedenog, u okviru svojih nadležnosti, može se reći da, zakonodavna vlast provodi i određene oblike kontrole uprave kroz sljedeće institute: poslaničko pitanje, parlamentarna interpelacija, anketni odbori, parlamentarne komisije, parlamentarni odbori za različite oblasti i sl., a što su sve načini da se utiče na odgovoran rad upravne vlasti. Upravna vlast izvršava zakone, druge

¹³ Čl. 2 st. 2 Zakona o republičkoj upravi.

¹⁴ Čl. 59 Zakona o republičkoj upravi.

propise i opšte akte parlamenta, pri čemu mora voditi računa o tri vrste obaveza koje stoje u vezi s tim zadatkom pred organima izvršne vlasti, i to: donošenje podzakonskih akata, izdavanje pojedinačnih pravnih akata i vršenje određenih materijalnih akata tj. upravnih radnji. (Milosavljević, 2007:31)

Slijedom navedenog, uočavamo ulogu izvršne vlasti u realizaciji zakona ne samo kroz njihovo predlaganje i pravno uobličavanje već i kroz njihovo razrađivanje donošenjem podzakonskih akata, a radi izvršavanja. (Marković, 1980:82)

U BiH na nivou države organi uprave odgovorni su Parlamentarnoj skupštini za zakonito, potpuno, efikasno i profesionalno obavljanje poslova iz svoje nadležnosti. Organi uprave imaju ovlaštenja i obaveze da Parlamentarnoj skupštini radi razmatranja iznose pojedina značajnija pitanja iz svoje nadležnosti i da daju preporuke u vezi sa provođenjem i izvršavanjem zakona i drugih propisa. Oni su obavezni da na zahtjev Parlamentarne skupštine podnose izvještaje o svom radu, o stanju u oblasti za koju su obrazovani, o izvršavanju zakona i drugih propisa i o provođenju razvojne politike, da odgovaraju na pitanja poslanika - delegata Parlamentarne skupštine i da u skladu sa programom rada, odnosno na zahtjev Parlamentarne skupštine, pripremaju prijedloge zakona i druge propise, analitičke, informativne i druge materijale. Organi uprave obavezni su na zahtjev Parlamentarne skupštine preduzeti odgovarajuće organizacione, kadrovske i druge mjere kojima se obezbjeđuje efikasno izvršavanje poslova.¹⁵

Na nivou entiteta FBiH organi uprave i upravne organizacije odgovorni su organu zakonodavne vlasti za zakonito, potpuno, efikasno i profesionalno obavljanje poslova iz svoje nadležnosti. Navedeni organi uprave imaju ovlaštenja i obaveze da organu zakonodavne vlasti podnose, radi razmatranja, pojedina pitanja iz svoje nadležnosti i daju preporuke u vezi sa izvršavanjem zakona i drugih propisa. Organi uprave i upravne organizacije obavezni su na zahtjev organa zakonodavne vlasti podnositi izvještaje o svom radu, o stanju u odnosnoj oblasti i o izvršavanju zakona i drugih propisa, odgovarati na pitanja organa zakonodavne vlasti i, u skladu sa programom rada tog organa, odnosno na njegov zahtjev, pripremati zakone i druge propise, kao i analitičke, informativne i druge materijale.¹⁶

Na području entiteta RS odnos organa uprave prema zakonodavnoj i izvršnoj vlasti je jedinstveno regulisan odredbom kojom je propisano da se odnosi organa uprave sa Narodnom skupštinom i predsjednikom Republike zasnivaju na pravima i dužnostima određenim Ustavom, zakonom i drugim propisom. Organi uprave dužni su da Narodnoj skupštini i predsjedniku Republike, posred-

¹⁵ Čl. 27 Zakona o upravi BiH.

¹⁶ Čl. 98 Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH.

stvom Vlade, proslijede obavještenja, objašnjenja i podatke u vezi sa njihovom nadležnošću.¹⁷

4.2.2. Odgovornost upravne prema sudskoj vlasti

Kakav je odnos upravne vlasti prema sudstvu? Niz međunarodnih dokumenata i instrumenata uspostavlja standarde nezavisnosti sudstva, a među njima, posebno mjesto zauzima Preporuka (94)12 Komiteta ministara Vijeća Evrope o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija. Još detaljnije je Mišljenje br. 1 (2001) Konsultativnog Vijeća evropskih sudija o standardima za nezavisnost sudstva i stalnost sudija.¹⁸

S tim u vezi, iako *prima facie* uprava i sudstvo predstavljaju dvije potpuno odvojene vlasti one se ipak nalaze u određenoj relaciji koja se najviše ispoljava kroz jedan poseban vid kontrole-sudske kontrole uprave. Naime, sudovi imaju mogućnost kontrole pojedinačnih pravnih akata, tj. upravnih akata, najčešće rješenja, kojima u određenom zakonom uređenom postupku organi državne uprave i drugi subjekti sa javnim ovlaštenjima rješavaju o pravima, obavezama i pravnim interesima fizičkih i pravnih lica u nekoj upravnoj stvari, pošto navedeni akti mogu biti predmet upravnog spora pred nadležnim sudom ukoliko su ispunjeni svi potrebni uslovi. Kao ishod upravnog spora, može doći do ukidanja upravnog akta, ali u izuzetnim slučajevima sud može u upravnom sporu pune jurisdikcije i meritorno riješiti spornu situaciju pri čemu sudski akt u potpunosti zamjenjuje upravni i obavezuje upravu na činjenje shodno pravnom shvatanju suda. Budući da, u demokratskim državama preovladava trojno načelo podjele vlasti pri čemu jedna vlast ne bi smjela da se miješa u poslove druge vlasti, ova kva pravna situacija, gdje sud u sporu pune jurisdikcije rješava upravnu stvar, po većini teoretičara, smatra se najdirektnijim i eklatantnijim primjerom zadiranja sudske vlasti u nadležnost upravne vlasti, pri čemu je moguće i da sud, na određen način interveniše i naruši, jedan upravni svojstven institut – institut diskrecione ocjene. (Vranješ: 2014:195)

Znači, predmet upravnog spora je zakonitost upravnog akta, te za razliku od nekih drugih sporova upravni spor je po svojoj prirodi kasacionog karaktera, što znači da u upravnom sporu nema odlučivanja o upravnoj stvari nego se samo ocjenjuje da li je upravni akt zakonit ili nije. Zbog toga je upravni spor osnovni oblik kontrole zakonitosti rada uprave.(Lilić, 2010:31)

¹⁷ Čl. 96 Zakona o republičkoj upravi.

¹⁸ Vidjeti: Mišljenje Venecijanske komisije o odredbama o pravosuđu u Nacrtu ustava Republike Srbije, br. 349/2005, Strazbur, 2005.

Nakon što se upotrijebi redovno pravno sredstvo u upravnom postupku tj. žalba, nezadovoljna stranka može da se obrati sudu i zatraži od njega da definitivno otkloni sumnju o zakonitosti upravnog akta. Ovakav vid sudske kontrole uprave postoji u skoro svim zemljama, jedino postoje razlike u pogledu predmeta spora, sudova nadležnih za rješavanje i ovlašćenja. Sudska kontrola uprave predstavlja zajednički naziv za kontrolu koju u odnosu na organe uprave vrše sudovi. To znači da je sud aktivan subjekat (kontrolor), a uprava pasivan (kontrolisani) subjekat. Osnovna ideja vezana za uvođenje ovog vida kontrole uprave sastoji se u povjeravanju jednom državnom organu koji je nezavisan od političke i upravne vlasti da definitivno raspravi sporove proistekle iz vršenja djelatnosti uprave. Glavna funkcija sudske kontrole uprave jeste da obezbijedi zaštitu prava građana u odnosu na upravu. Sud se nikada ne može upuštati u pitanje cjelishodnosti, efikasnosti, pravičnosti i sl. To znači da su ovlašćenja suda u odnosu na upravu ograničena i vezana samo za pitanje ocjene zakonitosti, a vršenje diskrecione ocjene izmiče sudskoj kontroli. (Milkov, 2007:77-78)

Mogućnost pokretanja upravnog spora pred Sudom BiH, nakon nepovoljnog rješavanja po žalbi, je regulisana i Zakonom o upravi.¹⁹ Shodno Zakonu o republičkoj upravi u entitetu RS kontrola rada organa uprave ostvaruje se vršenjem upravnog i drugog nadzora, sudskom kontrolom i drugim oblicima kontrole, u skladu sa zakonom. Sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih upravnih akata organa uprave obezbjeđuje se u upravnom sporu.²⁰ Jednako je predviđena mogućnost pokretanja upravnog spora i Zakonom o organizaciji organa uprave u FBiH.²¹

Inače pitanje upravnog spora je u BiH regulisano na nivou BiH, dva entiteta, Distrikta Brčko, tj. s četiri posebna zakona. Radi ostvarivanja sudske zaštite prava građana, preduzeća, društava, ustanova i drugih pravnih lica u Bosni i Hercegovini, Zakonom o upravnom sporu BiH,²² se pravila upravnog spora u kojem se odlučuje o zakonitosti pojedinačnih i opštih konačnih upravnih akata donesenih na osnovu zakona pri vršenju javnih funkcija institucija Bosne i Hercegovine kojim se rješava o pravima i obavezama građana i pravnih lica.²³ Radi ostvarivanja sudske zaštite prava građana, privrednih i drugih društava, ustanova i drugih pravnih lica Zakonom o upravnim sporovima u Federaciji Bosne i Hercegovine,²⁴ kantonu, gradu i općini i radi osiguranja zakonitosti, sudovi u upravnim sporovima odlučuju o zakonitosti akata kojima organi uprave i službe za upravu u

¹⁹ Vidjeti čl. 43, 78 i 87 Zakona o upravi BiH.

²⁰ Čl. 5 Zakona o republičkoj upravi.

²¹ Čl. 126 i 141 Zakona o organizaciji organa uprave u FBiH.

²² “Službeni glasnik BiH” br. 19/2002, 88/2007, 83/2008 i 74/2010.

²³ Čl. 1 Zakona o upravnim sporovima BiH.

²⁴ “Službene novine Federacije BiH”, broj 11/05.

općini i gradu, odnosno privredna i druga društva, ustanove i druga pravna lica koja imaju javna ovlaštenja rješavaju o pravima i obavezama pojedinaca i pravnih lica u pojedinačnim upravnim stvarima.²⁵ U upravnim sporovima, shodno Zakonu o upravnim sporovima RS,²⁶ sudovi odlučuju o zakonitosti akata kojima republički organi uprave i republičke upravne organizacije, i organi jedinice lokalne samouprave u opštini i gradu, preduzeća, ustanove i druga pravna lica koja vrše javna ovlaštenja, rješavaju o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica ili drugih stranaka u pojedinačnim upravnim stvarima.²⁷

5. Zaključak

Vladanje, upravljanje, servis građanima su tri pojma koja bi trebala da najkraće opišu razvoj i evoluciju vršenja upravne funkcije kroz historiju i različita pravno-politička uređenja.

Javna uprava, javne ustanove i javna preduzeća predstavljaju krvotok jedne države, odnosno društva u konkretnoj državi. Bez efikasne i društveno i pravno odgovorne javne uprave nema efikasnog društva, a danas se svako društvo u globaliziranom svijetu nalazi na nemilosrdnom tržištu gdje neefikasnost i nekvalitetan rad organa uprave, koji odstupaju od ciljeva zbog kojih su osnovani, direktno utiče na sporiju i slabiju privredu, obrazovni sistem, kulturu, zdravlje, sport i sve ostale segmente života. Navedeno znači da će takvo društvo u praksi na globalnom tržištu biti poraženo u svim segmentima društveno-političkog života od svakog drugog efikasnijeg društva što direktno utiče na lošiji kvalitet života građana u ekonomskom, obrazovnom, sigurnosnom, sportskom, kulturnom i svim drugim segmentima.

Kako to navodi profesor Gavrilović u stvarnom životu se odbacuju sve doktrine o bilo kojem pravnom pristupu ili sistemu koji ne odgovara stvarnim potrebama i svaki pravni sistem je prihvatljiv samo u mjeri u kojoj odgovara potrebama prakse. (Gavrilović, 2007)

„Noviji zakoni osim upravnog akta normiraju i druge, alternativne metode za okončanje upravnog postupka, poput sporazumijevanja sa strankom. Kao instituti koje sadrže ZUP-ovi “novije generacije” najčešće se javljaju i upravni ugovori. A sve više se insistira i na povećanoj ulozi građana u vršenju upravnih poslova. Pojava ovih “netipičnih” upravnih procesnih instituta posljedica je doktrinar-nih zaokreta u reformisanju cjelokupne javne uprave u savremenim državama,

²⁵ Čl. 1 Zakona o upravnim sporovima FBiH.

²⁶ “Službeni glasnik RS”, br. 109/05, 63/11.

²⁷ Čl. 1 Zakona o upravnim sporovima RS.

i to prije svega doktrine novog javnog menadžmenta i doktrine dobre uprave.“ (Vučetić, 2018:212)

Analizirajući političku odgovornost upravne vlasti možemo zaključiti da je politička odgovornost organa uprave posebno značajna u demokratskim sistemima zbog činjenice da upravo organi uprave na najdirektniji način, neposredno prema građanima i pravnim licima provode politike političkih subjekta. Osim neposrednosti drugi ključni razlog političke odgovornosti organa uprave nalazi se i u masovnosti i širini neposredne komunikacije koje vrše organi uprave i institucije sa javnim ovlaštenjima prema građanima i pravnim licima provodeći u realan život političke programe i politička obećanja zahvaljujući kojima su politički predstavnici dobili podršku građana na demokratskim izborima.

Organi uprave i institucije, u vidu javnih ustanova i javnih preduzeća, koje osnivaju i nadziru organi uprave uz podršku zakonodavnih tijela, predstavljaju jedno od najširih i najdirektnijih područja za ostvarivanje politika u svakodnevnom životu prema građanima. Na pitanje unapređenja efikasnosti i kvalitete usluga organa uprave direktan uticaj imaju imenovani politički zvaničnici, na političkim pozicijama ministara, rukovodioca organa uprave, rukovodica institucija sa javnim ovlaštenjima, načelnika, itd., koji kao nosioci izvršne vlasti neposredno upravljaju organima uprave. Također, ustavima i zakonima je propisan način preispitivanja odgovornosti, uticaj, mogućnost kontrole i unapređenja rada u organu uprave, javnoj ustanovi ili javnom preduzeću koji je osnovao konkretan nivo vlasti, a koji imaju zastupnici u zakonodavnim tijelima putem zastupničkih pitanja i inicijativa istog nivoa vlasti, jer zakonodavna tijela putem zakona definišu potrebe i uspostavljanje načina i djelokuga rada kao i rokove za realizaciju poslova u organima uprave. Poseban interes političkih stranaka u provođenju i postizanju društveno i pravno odgovorne politike je u unapređenju efikasnosti i kvalitete rada organa uprave jer na taj način dobijaju povjerenje građana koji bivaju zadovoljni ili nezadovoljni nivoom i kvalitetom usluge koju ostvaruju u saradnji sa predstavnicima organa uprave, javnih ustanova i javnih preduzeća.

Ustavom i zakonima propisan uticaj i mogućnost kontrole i unapređenja rada u organu uprave koji je osnovao konkretan nivo vlasti imaju zastupnici u zakonodavnim tijelima istog nivoa vlasti jer zakonodavna tijela putem zakona definišu potrebe i uspostavljanje načina i djelokruga rada kao i rokove za realizaciju poslova u organima vezanim za javnu upravu.

Organi uprave, ali i političke stranke putem svojih predstavnika u izvršnoj vlasti i putem definisanja djelokruga i načina rada organa uprave putem svojih predstavnika u izvršnoj i zakonodavnoj vlasti imaju zadatak da u ime građana i u korist građana vrše povjerenju im vlast u zakonima definisanim ovlaštenjima. Zakonodavni organi su u skladu sa ustavom, zakonima i drugim propisima de-

finisali osnivanje, funkcionisanje, ciljeve i način upravljanja organima uprave, a izvršavanje tih ciljeva treba biti u stalnom procesu provjere od strane odgovornih po propisanim procedurama i nadležnostima u zakonodavnoj vlasti, izvršnoj vlasti i putem upravnih sporova u sudskoj vlasti.

Važnost društvene i pravne odgovornosti i kontrole rada organa uprave posebno dolazi da izražaja kada se podsjetimo na smisao osnivanja svakog organa uprave. Naime, smisao osnivanja svakog organa uprave jeste servisiranje određenih potreba građana u svojstvu pravnih ili fizičkih osoba, te, da organi uprave, javne ustanove i javna preduzeća nisu osnovani da bi neko "upravljao" ili "vladao" njima ili da bi "se zaposlio", pogrešno misleći da je na taj način udovoljeno svrsi njihovog postojanja, nego isključivo da se servisiraju tačno određene potrebe građana. Organi uprave izdaju dozvole i mnogobrojne saglasnosti za: osnivanje, zatvaranje, kao i za svakodnevni rad privrede, odnosno svih vrsta poslovnog organiziranja i djelovanja. Također, pored privrede organi uprave na vrlo sličan način daju dozvole, saglasnosti za osnivanje i funkcionisanja i obrazovnih, kulturnih, sportskih, zdravstvenih ustanova. Dakle od efikasnosti, ali i kvaliteta rada i pristupa poslu službenika uprave zavisi cjelokupna ekonomija, obrazovanje, kultura, sport, zdravstvo jedne država. Imajući prethodno navedeno u vidu organi uprave imaju enorman uticaj na funkcioniranje većine segmenata društvenog i privatnog života ljudi u svakoj zajednici. To znači da pravna, politička i svaka druga odgovornost organa uprave ima posebnu težinu.

Kada kažemo organi uprave korisno ja naglasiti da to nije nikakva apstraktna kategorija nego se u suštini radi o ljudima, konkretnim licima koja razumijevaju ili ne razumijevaju važnost odgovornog, kvalitetnog i efikasnog pristupa svom poslu za koji su plaćeni. Organi uprave, javne ustanove, itd. se osnivaju zbog ostvarivanja jasno definisanih i potrebnih javnih interesa. Odstupanje bilo kojeg pojedinca, zaposlenika uprave od principa koji znače ostvarivanje konkretnog interesa zbog kojeg je osnovan konkretan organ uprave, javna ustanova ili preduzeće mora biti uočeno i adekvatno ispravljeno i eliminisano. U suprotnom posljedice će biti nemjerljive. Navedeno može odvesti do apsurdna da se od sredstava građana, snagom *ius cogens* norme, izdvaja jedan dio njihovih prihoda putem različitih fiskalnih plaćanja i preusmjerava u budžet od čega bivaju finansirane plate službenika koji rade protiv interesa tog istog građanina i društva općenito. Ako u provođenju i utvrđivanju odgovornosti za efikasan i kvalitetan rad idemo do kraja konkretno u stvarnoj realizaciji u praksi možemo reći da nije realno očekivati da svaki službenik bude svjestan svrhe rada i postojanja njegovog posla, ali zato rukovodioci organa uprave moraju imati takvu vrstu spoznaje i kompetencija. Poseban zadatak i dužnost rukovodstva tretiranih institucija jeste uspostavljati kulturu rada u organizaciji u kojoj se njeguju i cijene vrijednosti efikasnog, kvalitetnog i ljubaznog rada koje rukovodilac treba da nametne.

Također, u današnjem globaliziranom svijetu upravo funkcionisanje organa uprave, odnosno ambijenta koji svojim servisiranjem usluga važnih za privredu, kulturu, sport, zdravstvo i obrazovanje čini jednu od ključnih konkurentskih prednosti ili nedostataka jednog društva u odnosu na drugo što vodi u konačnici opstanku ili nestanku društva ili u najboljem slučaju svođenju konkretnog društva, tj. njegovih stanovnika na margine svjetskih interesa i dešavanja.

Literatura

Knjige:

Pobrić, N. (2000). *Ustavno pravo*, Sarajevo: Slovo.

Krkljuš, LJ., Sarkić, S. (1986), *Opća istorija države i prava*, Beograd.

Š. de Monteskje (2011), *O duhu zakona*, prevod Aljoša Mimica, Beograd.

Dimitrijević, P. (2008), *Upravno pravo, knjiga prva*, Niš: Centar za publikaciju Pravnog fakulteta u Nišu.

E. Pusić, E. (1993,) *Nauka o upravi, X izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Zagreb: Školska knjiga.

Lilić, S. (2009), *Upravno pravo i upravno procesno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP „Službeni glasnik“.

Claude-Henri de Saint-Simon, *Katekizam industrijalca*, Zagreb: Izbor iz djela, Zagreb.

Lilić, S., u saradnji sa Mirjanom Drenovak (2010), *Posebno upravno pravo*, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

Popović, S., Marković, B., Petrović, M. (1995), *Upravno pravo*, Beograd: Savremena administracija.

Vukičević, B.D.P. (2015), *Veliki pravni rečnik srpsko-engleski, 100.000 terminoloških jedinica, prvo izdanje*, Beograd: AGM knjiga.

Kostadinov, B. (2004), *Suvremeni francuski parlamentarizam (1958.–2002.)*, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Milenković, D. (2002), *Javna uprava – odabrane teme*, Fakultet političkih nauka, Beograd: Čigoja štampa.

Marković, R. (2008), *Ustavno pravo i političke institucije, dvanaesto osavremenjeno izdanje*, Beograd: Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Milosavljević, B. (2007), *Upravno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik.

Marković, R. (1980), *Izvršna vlast*, Beograd: Savremena administracija.

Gavrilović, M. (2007), *Država i pravo*, Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Montesquieu, "De l' esprit des lois", livre IX/XI, ch. VI, Oeu.vres completes, t. 2, Paris, 1951.

Članci:

Prica, M. (2018), Jedinstvo javnog poretka kao ustavno načelo i ustavno uređivanje

oblasti pravnog poretka - ujedno izlaganje o unutrašnjem pravnom sistemu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 78/2018*.

Vučetić, D. (2018), O globalnim trendovima u kodifikovanju Upravnog prava, *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Nišu 78/2018*.

Karić, A., Joldić, R. (2015), Odnos između zakonodavne i izvršne vlasti u pravnom sistemu Sjedinjenih Američkih Država, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, god. 1, br. 1*, Tuzla: Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli.

Kostadinov, B., Barić, S. (2007), Neposredna demokracija u SAD-u: ustavna inicijativa, *Hrvatska javna uprava, god. 7. (2007.), br. 3*.

Bačić, A. (1989), O relevantnosti učenja o podjeli vlasti, *Politička misao, Vol. XXVI (1989), No. 2*.

Sokol, S. (1992), Načelo diobe vlasti, *Politička misao, Vol. XXIX (1992), No. 1*.

Kregar, J. (2013), Etičke norme i vođenje države, 3. *Forum za javnu upravu*, Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung, Institut za javnu upravu.

Vranješ, N. (2014), Položaj uprave u sistemu podjele vlasti, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, god. 4, br. 4*.

Smerdel, B. (1975), Pravne i političke značajke političke odgovornosti ministara u engleskom sistemu parlamentarne vlade, *Naša zakonitost, 7-8*.

Vučković, J. (2015), Demokratski legitimitet politički neodgovornih upravnih tijela u poredbenom ustavnom pravu, *ZPR 4 (2) 2015*.

Pascale, L. (2012), The National Assembly of France: Oversight of the executive branch and information available to MPs, *Cape Town: International Consultative Seminar*.

Milkov, D. (2007), O pojmu upravnog spora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2/2007*.

Pravni izvori:

Zakon o upravi BiH „Službeni glasnik BiH“ br. 32/2002, 102/2009, 72/2017.

Zakon o organizaciji organa uprave u FBiH „Službene novine FBiH“ br. 35/05.

Zakon o republičkoj upravi „Službeni glasnik RS“ br. 115/2018.

Mišljenje Venecijanske komisije o odredbama o pravosuđu u Nacrtu ustava Republike Srbije, br. 349/2005, Strazbur, 2005.

Internet izvori:

Krivokapić, N., *Demokratija – definisanje i karakteristike*, Nikšić: Filozofski fakultet Nikšić, dostupno na: <http://www.socioloskaluca.ac.me/PDF26/Krivokapic,%20N,%20Demokratija%20....pdf> (10.09. 2020.).

Batt, H. (2006), APuZ – aus Politik und Zeitgeschichte 10/2006, 6. März 2006, dostupno na: https://www.uticaj.rs/neposredna_demokratija (10.09.2020.).

Hasanović, B. (2019), *Instituti neposredne demokratije*, Legalist.Ba-pravni internet magazin, dostupno na: <http://legalist.ba/2019/04/30/instituti-neposredne-demokratije/> (15.09.2020.).

Miljević, M., Džamić, V. (2011), *Evropske integracije i državni suverenitet: Ideja, teorija i savremena praksa, Naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija 2011*, Bijeljina: Univerzitet Sinergija, dostupno na: <https://singipedia.singidunum.ac.rs/izdanje/40598-evropske-integracije-i-drzavni-suverenitet-ideja-teorija-i-savremena-praksa> (15.09.2020.).

President's Committee on Administrative Management „Administrative Management in the Government of the United States“, (*Brownlow Committee Report*), 1937, (<http://www.polisci.wisc.edu/> , 20. 3. 2015.). Taj stav podržava i Bruff, Harold H., „On the Constitutional Status of the Administrative Agencies“, *American University Law Review*, 36(2), 1986

Enciklopedije:

Leksikografski zavod Miroslav Krleža, *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007.

Ostali izvori:

Čizmić, A. (2020), *Historijski i pozitivno-pravni aspekti referenduma kao oblika neposrednog učešća građana u odlučivanju - magistarski rad*, Rad je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici, dostupan u biblioteci Pravnog fakulteta u Zenici.

Dr Sedad Dedić, PhD²⁸

Assistant professor, Law faculty,
University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Dr Ajdin Huseinspahić²⁹

Assistant professor, Law faculty,
University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

SOCIAL AND LEGAL RESPONSIBILITY IN THE REALIZATION OF ADMINISTRATIVE AUTHORITY

Summary

There are three key elements of each state: its territory, its population, and its sovereign power. Although all three elements are important for the effective and purposeful functioning of the modern state in this scientific article, we will consider the question of the relationship between people and government, the attitude and position of the people as a source of sovereignty and the attitude and position of the representatives of the executive / administrative power as holders of delegated national sovereignty. This landmark transformation of power into a democratic government, through a legal system that entails the existence of both a set of rights and duties, and a set of powers and responsibilities, marked the beginning of the end of the arbitrary, dictatorial and inhumane use of a given social position by individuals, whether inherited or acquired otherwise. The gradual evolution of the legal and political development of society is ruled by an individual or a group of individuals whose role came to the fore through oligarchic, aristocratic, plutocratic, etc. the shape of the political system, they lost importance in the process of maturing democracy and democratic institutions, which certainly entailed a change in the concept of sovereignty and the construction of a new concept of legal and political responsibility. In these and such circumstances, the people transferred the sovereignty to the authorities to which they give legitimacy and legality, by electing them directly and indirectly, democratically and indirectly, to serve the citizens in accordance with predefined regulations, in order to make more expedient and secure use of sovereignty. Accordingly, in modern times, in democratic societies, it is always an urgent question to realize the purpose of having a specific authority and responsibility in the work of elected and appointed persons within the authorities, and especially the executive / administrative power. The constitution and laws prescribe the influence, monitoring of the expediency of the existence of

²⁸ Law faculty, University of Zenica, Assistant professor in scientific field „National and international public law, Constitutional law“.

²⁹ Law faculty, University of Zenica, Assistant professor in scientific field „History of state and law“.

a certain body, the possibility of control and promotion of work in an administrative body, public institution or public company established by bodies of a certain administrative-territorial level of government. The work of government bodies, public institutions and public companies, is also indirectly influenced by citizens through their representatives in the legislative bodies, through parliamentary questions and initiatives of the same level of government, because the legislative bodies through the law establishing administrative bodies, public enterprises and institutions with public authorities plan expenditures for these bodies, define goals, needs and establish ways and scope of work, as well as deadlines for realization of jobs in administrative bodies. Significant costs, defined goals and the public interest impose a continuous obligation to verify social and legal responsibility in the work of these bodies.

Keywords: *sovereignty, power, people, executive power, public administration, social responsibility, legal responsibility.*

ПРАВНИ ОСНОВ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ ПРОУЗРОКОВАНУ ДОПУШТЕНИМ ПОСТУПАЊЕМ ДРЖАВНИХ ОРГАНА И СЛУЖБЕНИКА²

***Апстракт:** Утврђивање правног основа правних института у ствари представља откривање правних принципа који повезују правне идеје са правним режимима који стоје под окриљем једног правног института. Одговорност државе за штету причињену допуштеним поступањем државних органа и службеника је правни институт који обухвата мноштво правних режима у поретку правне државе, при чему је наше настојање да докажемо да сви правни режими у питању имају исти правни основ. Правни основ одговорности државе за штету причињену допуштеним актима и радњама државних органа и службеника надањује принцип спречавања претеране жртве субјекта правног поретка, с циљем очувања јавног поретка који утеловљују основна правна добра и правни интереси у поретку правне државе. С тога би било важно лучити повреду јавног поретка као основа одговорности државе за штету причињену допуштеним поступањем државних органа и службеника од повреде правног поретка на којој почива одговорност државе за штету проузроковану противправним поступањем државних органа и службеника.*

***Кључне речи:** одговорност државе за штету, правни основ, законски основ, правни институт, правни режим, правни принципи, јавни поредак, правда.*

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs

² Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, према уговору евиденциони број 451-03-68/2020-14/200120”.

1. Правни режим и правни институт као правни појмови. Законски основ правних режима и правни основ правних института

Уопштено узевши, могло би се рећи да правни карактер једног правног института и његов правни основ нису појмови истог значења, имајући у виду да се правни карактер тиче својстава појмовне структуре правног института, док је правни основ разлог који оправдава његово постојање у правном поретку. При томе, правни основ и правни карактер могу се подударати (нпр. кривица код субјективне одговорности), што ипак није преовлађујућа карактеристика. Но, и када се међусобно разликују, правни карактер правног института нужно је детерминисан правним основом, будући да је правни основ тачка са које се разматра кауза правног уређивања.

На путу појамног одређивања правног основа правног института неопходно је утврдити разлику између правног режима и правног института, као двају различитих правних појмова.

У различитим областима правног поретка заступљени су бројни **правни режими** уређивања правних предмета. Правни режими у питању састављени су од правних принципа и правних норми, у чијој основи лежи разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова, имајући у виду да правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнолојичкој) структури јесу **правни ставови**,³ али правни ставови различитог својства. **Телеолошки правни ставови** изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. **Системски правни ставови** уређују међусобни однос градивних ентитета правног поретка те правно уређују ток, обим и домашај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док **регулативни правни ставови** непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка.⁴ Правни принципи представљају зрачеће телеолошке правне ставове, док се правне норме

³ Петровић вели: „Правни став (немачки: Rechtssatz) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, „стоји“), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања.“ (Петровић, 1981: 75). Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић (Живановић, 1997: 60; 65 илд.).

⁴ У нашој правној књижевности се уобичајно израз „норме о понашању“ (Р. Лукић, II, 1995: 84-85), при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање физичких лица, већ и делатност државних органа и других субјеката правног поретка.

јављају као системски и регулативни правни ставови. Системски правни ставови искључиво имају облик општих правних норми са општим правним дејством, док се регулативни правни ставови јављају као правне норме са дејством *erga omnes* и правне норме са дејством *inter partes*.

У свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови, чиме се спречава самовоља субјектата правног поретка, као први услов и циљ постојања правне државе. Устав као основни закон превасходно садржи основне телеолошке и основне системске правне ставове, као што у свакој области правног поретка важи системски (основни) закон који нормира основне телеолошке, системске и регулативне правне ставове – важеће у дотичној области правног поретка. (Прица, 2018, II: 135-180).

Правни режими заступљени у правном поретку разликују се према својој садржини, а заправо разлика је у односу правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као системских и регулативних правних ставова под окриљем правног режима. Примера ради, правни режим типичног грађанскоправног уговора садржи (1) правне норме са дејством *inter partes* (регулативни правни ставови) које произлазе из слободне воље уговорних страна, (2) диспозитивне законске опште правне норме (регулативни правни ставови) које имају секундарни карактер, (3) опште правне норме као системске правне ставове⁵ и (4) правне принципе као телеолошке правне ставове који примарно важе спрам правног уређивања грађанскоправних уговора.⁶ Дакле, регулативни правни ставови садржани у поменутиим уговорима произлазе из сагласности слободних

⁵ Чл. 10 Закона о облигационим односима Републике Србије („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78...): „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Чл. 20 истога закона: „Стране могу свој однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго.” Као потврду оправданости лучења системских правних ставова од регулативних правних ставова, позваћемо се на Водинелићево поимање Увода у грађанско право. Водинелић казује: „За разлику од посебних делова и од општег дела грађанског права, који представљају норме из којих се састоји грађанско право, увод у грађанско право је ознака за правне норме које нису саставни део грађанског права, него се односе на грађанско право, на грађанскоправне норме. Грађанскоправне норме уређују грађанскоправне односе - права, обавезе, способности и својства која имају лица у тим односима, стицање, промену или престанак тих права и обавеза, способности и својстава. Увод у грађанско право уређује разна питања, не о грађанскоправним односима, него о грађанскоправним нормама. Норме увода у грађанско право јесу норме о грађанскоправним нормама (метанорме).... ” (Водинелић, 2014: 29).

⁶ Чл. 11 Закона о облигационим односима Републике Србије („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78...): стране у облигационим односима су равноправне. Чл 12 истог закона: “У

воља као основног правотворачког извора у једној области правног поретка, под условом да правно уређивање у питању не угрожава очување правног поретка као целине.

С друге стране, посве је другачија садржина правног режима делатности полиције усмерене на одржавање јавног реда и мира, због тога што правни режим о којем говоримо садржи законске норме као системске правне ставове који одређују ток и границе физичке делатности полиције, али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посреди физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. Но и овде примарно важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови⁷ а законске норме као системски правни ставови⁸ онемогућавају самовољу полиције, чиме се одржава правни поредак. То значи да физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распрострања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.⁹

Видећемо доцније да је у правном поретку заступљено више правних режима одговорности државе за штету проузроковану допуштеним актима и радњама државних органа и службеника и сви они имају посебан закон-

заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења. Итд.

⁷ Чл. 31 Закона о полицији (“Сл. гласник РС” бр. 6/2016 и 18/2018): “Полиција обавља полицијске послове с циљем и на начин да свакоме обезбеди једнаку заштиту безбедности, права и слобода, примењујући закон и уставно начело владавине права. На основу овог општег телеолошког правног става, у чл. 32 истога закона предвиђени су правни принципи обављања полицијских послова (професионализам, деполитизација, ефикасност, економичност, законитост и сразмерност).

⁸ Законодавство о полицији је једно велико мноштво системских правних ставова који полицију и ограничавају и не ограничавају, што је последица физичке делатности полиције као примарне и редовне функције у правном поретку. Видети члл. 65-128 Закона о полицији (“Сл. гласник РС” бр. 6/2016 и 18/2018).

⁹ Физичка делатност полиције као примарна и редовна у правном поретку одражава се и на духовну делатност полиције, имајући у виду могућност доношења усменог решења, нормираног Законом о општем управном поступку (“Сл. гласник РС” бр. 18/2016). У чл. 143 поменутог закона, нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изради и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева.

ски основ из којег извиру. Међутим, упркос разлици у законском основу, правни основ тих правних режима је исти, што је темељ на којем се подиже појмовна зграда правног института одговорности државе за штету – саграђена од више различитих правних режима одговорности државе за штету. У складу са тим, ток мисли који развијамо треба да покаже да су правни основ и законски основ правни појмови са различитим значењем.

С тачке гледишта поретка правне државе, веома је важно лучити законитост у формалном смислу од законитости у материјалном смислу. Генерално узевши, правни поредак је устројство државе као правно-политичке заједнице и бивство правно уређених односа између субјеката различитих институционалних поредака, детерминисаних правним принципима и правним нормама на темељу којих се остварује делатност дотичних субјеката. Спречити самовољу субјеката институционалних поредака – основни је смисао постојања правног поретка, дочим стварање права не може до краја представљати конкретизацију општих правних норми, имајући у виду нужност да конкретно правно уређивање у материјалном смислу буде и ван закона и изнад закона, што је истина недокучива данашњим српским правницима заробљеним у тамници нормативистичког легализма.¹⁰ У природи ствари је да у поретку правне државе буду заступљени различити правотворачки извори (политичка оцена целисходности, управна оцена целисходности, слободна воља и разумска интерпретација правних правила и правних принципа). Правотворачки извори сачињавају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи

¹⁰ „Нормативистички легализам” означава најуже значење нормативизма, под којим се право поима као стварање и примена законских и других општих правних норми као “формалних извора права”. Научно посматрано, правни поредак садржи саставне градивне ентитете, без којих је незамислива продорност правнонаучне анализе стварања и конкретизације права, следствено чему нормативистичко гледиште није довољно за разумевање правног поретка. Наше мишљење је да правни поредак правне државе има следећу структуру: а) Основни (градивни) ентитети правног поретка: 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект (предмет); 5) правни акт, 6) државна радња, 7) правна радња, 8) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају једнак (конститутивни) значај, па би било поспе погрешно поменуте елементе смештати у хијерархијску табелу јер би то било исто као када би се у смислу људскога организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку, онд. крвотока у односу на нервни систем и сл.; б) Материја правног уређивања: правна добра и правни интереси; в) Правотворачки извори: разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља и управна оцена целисходности; г) Облици правног уређивања: непосредни динамички: општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, непосредни статички: правни принципи, правне норме и правни стандарди и виши (правнонаучни) статички: правне ствари, правне ситуације и правни институти (Прица, 2016: 20-82; Прица, 2018, II: 135-180).

у правном поретку и уистину представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка.¹¹

Услед постојања различитих материјалних извора на страни субјеката правног поретка, функционисање правног поретка не може се зајазити пирамидалним током стварања и примене законских и других општих правних норми као “формалних извора права”, што је догма нормативистичког легализма, имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу није преовлађујући у свим областима правног поретка. Материјално право ствара се и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова — на подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу (нпр. закључивање уговора у грађанским правним стварима).¹² С друге стране, институционални поредак јавне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора).

Подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као системским правним ставовима изражава суштину **принципа законитости у формалном смислу**, дочим **принцип законитости у материјалном смислу** подразумева подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као регулативним правним ставовима. Само када се језгро конкретизованог правног уређивања налази у законској норми као регулативном правном ставу и под условом да у погледу тог уређивања

¹¹ Правотворачки извори очитују субјекта правног поретка у процесу стварања и примене права, опредељујући каузу његовога делања. Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију свеколике духовне и физичке делатности у правном поретку, како у погледу формалних извора права, тако и у погледу свих правних и материјалних аката, послова и радњи у правном поретку. У том смислу смо на подручју материјалних извора права. При томе, правотворачке изворе на страни субјеката правног поретка неопходно је лучити од материјалних извора на страни правнога бића (нпр. објективни дух и правна свест као материјални извор права). (Прица, 2018, II: 135-180).

¹² Уговорне ствари очитују аутономију субјеката грађанског друштва од непосредног законског уређивања јер је у природи ствари да постоје правни предмети који ће се правно уредити уговором као индивидуалним законом, при чему се не доводи у питање да општа правна норма у другим областима поретка правне државе, упркос општем, може имати и непосредно прецизирано правно дејство. Код грађанских уговорних ствари правни значај није у томе што се правни предмет уређује уговором као појединачним правним актом, колико је значај у томе што правно биће уговорног уређивања успоставља слободном вољом уговорних страна, без придржаја императивних законских норми као регулативних правних ставова. Смисао аутономије грађанског друштва и јесте у томе да уговорно правно уређивање подлеже принципу законитости у формалном смислу, не и законитости у материјалном смислу.

важи потпуна правна везаност, исправно је говорити о постојању законитости у материјалном смислу, при чему се у различитим областима правног поретка развијају различити системи законског права. Повезаност између система законског права остварује се у мери развијања уставности, једнакости пред законом и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Законско правно уређивање својство система получује захваљујући правним принципима као основним телеолошким правним ставовима, с тим да се однос између различитих система законског права непосредно успоставља путем систематско-телеолошког испитивања међусобног утицаја законских норми (регулативних и системских правних ставова) и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Системи законског права успостављају се у различитим областима правног поретка (грађанско законодавство, кривично законодавство, управно процесно законодавство и др.), као однос система укорењених на различитим правним принципима.

Правни режим уређивања правних предмета подразумева укупност правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних и системских правних ставова, следствено чему је свако правно уређивање у поретку правне државе нужно засновано на **законском основу**, барем у значењу горе наведене законитости у формалном смислу. Уз то, поимање законитости у склопу правног режима уређивања правних предмета није искључиво везано законским нормама као формалним изворима права. Правник са нашег правног подручја принцип законитости поима као испитивање сагласности појединачних аката и радњи са законским и другим општим правним нормама одн. као испитивање сагласности подзаконских општих правних норми са законским нормама, што је однос норми слабије и јаче правне снаге. Тако уско поимање законитости није заступљено у свим европским правним поретцима. При томе немамо у виду само енглеско правно подручје, већ свакако и континенталне европске правне поретке. Европски суд за људска права у Стразбуру принцип законитости оцењује и у односу на општа правна правила које је суд утврдио, под условом да општа правна правила о којима говоримо обезбеђују принцип правне сигурности. То значи да општа правна правила утврђена у судској јуриспруденцији задобијају својство извора права ако наспрам правила у питању важи принцип легитимних очекивања субјеката правног поретка. У том смислу, у поступцима пред Европским судом за људска права у Стразбуру, законитост у поступању државних органа, ималаца јавних овлашћења и других субјеката оцењиваће се, не само у односу на законске опште правне норме, већ и у односу на судски утврђена правна правила, под условом да су правила у питању “довољно доступна,

прецизна и предвидљива“ (Омејец, 2012: 1090-1091). У вези са тим, општа правна правила које суд утврђује нису карактеристика само англосаксонског правног подручја, већ свакако и развијених континенталних европских правних поредака, следствено чему правни режими уређивања правних предмета о којима говоримо садрже и општа правна правила установљена у судској јуриспруденцији.

Правни институт је виши облик правног уређивања у поретку правне државе, настао као резултат непосредно заступљене јуриспруденције у стварању права. Важно је имати у виду да развој европских континенталних правних поредака у периоду након Француске револуције обележава настојање да се развије јуриспруденција, што је у ствари израз потребе да стварање и примену права обогати правно мишљење, да би се изнад појединачног разумело опште одн. да би се иза појединости откриле целине. Те целине јесу **правни појмови**. Правно мишљење не мора у знатној мери бити непосредно заступљено у правном поретку, може унутардржавно право функционисати као ток стварања и примене законских општих правних норми, али гледиште о значају правног мишљења у процесу правног уређивања је огледало постојаности права, па самим тим и његове развијености. То што данас говоримо о немачком и француском праву као „зрачећим континенталним правним поретцима“, мањим делом је резултат непосредног утицаја материјалног и процесног права на друге правне поретке, а много је више разлог томе снага немачке и француске јуриспруденције, особито судске јуриспруденције, што је јасан показатељ значаја правне свести и појмовне сфере права.

У развијеним континенталним европским правним поретцима закон као израз опште воље представља основ и полазиште да се у правном поретку развије постојана кружна линија: од институционалног поретка просторне заједнице ка институционалном поретку јавне власти и натраг те од законодавца до судске јуриспруденције и натраг. На овај начин ствара се **унутрашњи правни систем** у поретку правне државе — заснован на ауторитету судских аргументованих правних ставова и правних схватања, из чега произлази да без развијене и постојане судске јуриспруденције није могуће остварити развијеност једног правног поретка.

Унутрашњи правни систем представља резултат непосредно заступљене јуриспруденције у процесу стварања и конкретизације писаног права, као систем правних ставова, правних схватања и правних појмова заступљених у судској јуриспруденцији и правној свести субјеката правног поретка. Када стварање правних правила читује континуитет настојања припадника правничког staleжа и посленика правне науке у правцу систе-

матско-телеолошке конкретизације права — што је одлика правно развијених правних поредака — тада се уочавају правни појмови и правна схватања као виши ступањ развијености технике правног уређивања. Једино исправно је да образовање „унутрашњег правног система” уследи спонтано и „одоздо”, у поступку судског утврђивања правних ставова и правних схватања приликом прецизирања појединачних типичних правних предмета. Да се зграда „унутрашњег правног система” подиже „одоздо”, као постигнуће судске јуриспруденције — чак и у областима правног поретка у којима преовлађује принцип законитости у материјалном смислу — долази у следству околности да правна норма придев „општи” получаје услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер законске норме и других општих правних норми долази као последица околности да је општим правним нормама, као регулативним правним ставовима, исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објеката правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизирана. У природи ствари је да општа правна норма у садржинском смислу буде конкретизовани регулативни правни став, чиме се не доводи у питање њено својство да производи опште правно дејство. То значи да су опште правне норме у правно-логичком смислу конкретизовани правни ставови произашли из правних одредаба (уставних, законских и подзаконских), важећи за неодређени број случајева и неодређени број лица. Смисао императива важења општих правних норми као регулативних правних ставова управо је у потреби заштите општег добра и јавног поретка са принципом законитости у ужем смислу код императивних норми и очувања правног поретка код диспозитивних норми, а диспозитивне норме, без обзира на секундарну примену, представљају примарну гаранцију јавног интереса као статичког израза општег добра. Отуда је неопходно да опште правне норме садржински буду конкретизовани регулативни правни ставови јер би у противном био обесмишљен разлог њиховог постојања у правном поретку. Уз то, осим у садржинском погледу, конкретизација опште правне норме односи се у одређеном степену и на објект који се њоме уређује па у зависности од степена конкретизације у питању зависи да ли ће општа правна норма као регулативни правни став представљати довршено и прецизирано правно биће. То што опште правне норме као регулативни правни ставови најчешће нису довршена и прецизирана правна бића, не значи да су у питању општи правни ставови. То уистину значи да општу правну норму треба даље конкретизовати у делу правног објекта или да конкретизовани регулативни правни став опште правне норме треба даље

прецизирати општом правном нормом и појединачним правним актом (Прица, 2018, II: 135-180).

Одавде нужно произлази да судска јуриспруденција проводи конкретизацију и правно прецизирање правних објеката општих правних норми — дефинисањем типичних појединачних правних предмета и утврђивањем правних правила обогаћених правним схватањима. „Унутрашњи правни систем” с тога очитује кружну линију стварања и конкретизације писаног права — од законодавца до судске јуриспруденције и натраг.

Наше је мишљење да правно уређивање у поретку правне државе има следеће облике: (1) **непосредне динамичке**: општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, (2) **непосредне статичке**: правни принципи, правне норме и правни стандарди и (3) **више (правно-научне) статичке**: правне ствари, правне ситуације и правни институти. Правни институти су засновани искључиво на правним правилима (правним ситуацијама) као прецизираним и довршеним правним бићима,¹³ што

¹³ Веома је важно имати у виду постојање неколико димензија правнога система, под окриљем правног поретка или у чистој правнонаучној равни. Прво, најјачи израз правног система под окриљем правног поретка јесте уставноправни систем: утемељен на уставу у формалном смислу и уставности чија се садржина обликује и развија ауторитетом систематско-телеолошке интерпретације Уставног суда. Друго, правни систем у непосредном облику почива на правним правилима као довршеним и прецизираном правном бићу и његов израз су правни институти као системи правних ситуација. Треће, правни систем је друго име за унутрашњи правни систем правних ставова, правних схватања и правних појмова усвојених и општеприхваћених у процесу стварања и конкретизације права – у судској јуриспруденцији и правној свести субјеката правног поретка. Напослетку, израз правнога система свакако јесу различити системи законског права који се успостављају у различитим областима правног поретка (грађанско законодавство, кривично законодавство, управно процесно законодавство и др.), као системи укоренењени на различитим правним принципима, што ће потврдити наша каснија анализа односа између системских, општих и посебних закона. У чистој правнонаучној равни, правна књижевност и правна свест јесу пребивалиште правног система као целине правних појмова заступљених на одређеном правном подручју. Тако гледано, правни систем је одредница којом се означава духовно прегнуће усредоточено на спознају и теоријско разумевање права, следствено чему се под правним системом у нареченом смислу подразумева тоталитет правних појмова заступљених у јуриспруденцији и правној свести подручја једне правно-политичке заједнице или шире – под окриљем породица више правних поредака који припадају истом тзв. великом правном систему. Уз то, правни системом би било исправно означавати постигнуће целовитог теоријског сагледавања права, као одговарајуће теоријске поставке систематизованих правних појмова једног правног мислиоца. Наша теоријска поставка, у том смислу, истиче значај правних облика, под којим подразумевамо: 1) правне ствари (законске, политичке, грађанске, управне и судске) (Прица, 2016: 52-66, 2) правне ситуације (генералне, специјалне и индивидуалне) (Прица, 2016: 66-78) и 3) правне институте (непосредне и више) (Прица,

значи да се под окриљем правних института не могу систематизовати правне норме које немају својство прецизираних и довршених бића, што је такође истина недокучива присталицама нормативистичког легализма.

Правне ситуације су правни облици засновани на правним правилима као прецизираним и довршеним правним бићима, из којих непосредно произлазе субјективна права, правне дужности те овлашћења субјектата правнога поретка. Саобразно току мисли који следимо, постоје правни објекти у погледу којих се опште правне норме јављају као довршено и прецизирано правно биће, тако да субјективна права и правне дужности непосредно из општих правних норми произлазе (то су генералне правне ситуације и уједно правни предмети које називамо законским или уставним правним стварима). С друге стране, већи је број правних објеката у правном поретку у погледу којих опште правне норме не представљају довршено и потпуно прецизирано правно биће, следствено чему се према начину правног уређивања објеката у питању нужно јављају правни предмети који се правно уређују одговарајућим појединачним актима и на тај начин настају правне ствари у правном поретку (уговорне, управне, судске и др.). Из наведеног произлази да **правно правило** као прецизирани конкретизовани правни став у односу на правни предмет може произлазити из општег правног акта и индивидуалног правног акта, што је основа за откривање и уобличавање правних ствари и правних ситуација као правних облика који изражавају прецизирана и довршена правна бића у правном поретку. Примерице, право на држављанство је правни објект који ужива правну заштиту у правном поретку, при чему је право на држављанство предмет правног уређивања путем општих и појединачних правних аката. Тако гледано, подношење захтева за стицање држављанства пријемом је правна чињеница (претпоставка за решавање правног предмета), стицање држављанства пријемом је један правни предмет који се решава доношењем управног акта (управна ствар) у следству разумске интерпретације уставних и законских норми и оцене целисходности (правотворачки извори). С друге стране, право на држављанство као правни објект је непосредно регулисано уставом, на начин да је уставним нормама прецизирана зајемчена суштина држављанства као субјективног права (правни предмет), што значи да је зајемчена суштина права на држављанство у ствари уставна ствар као једна врста правне ствари у правном поретку. Истовремено, уставне норме о зајемченој суштини људских права по свом општем правном дејству јесу генералне правне ситуације, а будући да из

2016: 78-82). Правнонаучни систем се открива и изграђује на темељу правних облика, као систем правних ситуација и правних института – њихових основних и посебних облика. (Прица, 2018, I: 103-126; Прица, II: 135-180).

њих непосредно произлазе субјективна права, у питању су уједно и индивидуалне правне ситуације, без обзира на њихову даљу конкретизацију у правном поретку. Из наведеног примера белодано произлази да конкретизовано и прецизирано правно уређивање може уследити и путем општих правних норми као довршених и прецизираних правних бића у правном поретку, чиме се не доводи у питање разлика у правном дејству које дели општи правни акт од појединачног правног акта. Осим поменуте уставне ствари, у прилог изложене тезе, индикативно је поменути опште правне норме (заповести) кривичног законика, које представљају прецизирана и довршена бића (генералне правне ситуације) којима су прецизиране основне правне дужности (правни предмети/законске ствари) наспрам основних правних добара (правних објеката) у правном поретку. Код кривичних дела чињенично биће је садржано у правном бићу као довршеној духовној формацији (кривичном делу као правном појму), тако да правно правило кривичног законика јесте генерална правна ситуација из које непосредно произлазе правне дужности. Генералне правне ситуације кривичног законика произлазе из разумске интерпретације устава и политичке оцене целисходности (правотворачки извори) и представљају довршено правно биће чију садржину сачињавају примарно чињенично биће (негативне и позитивне дужности) и секундарно чињенично биће – недопуштено чињење или нечињење којим се проузрокује кривично дело. Следствено томе, предмет кривичног поступка је оцена правних чињеница наспрам примарног и секундарног бића (кривична ствар), а кривично дело је правна чињеница и не представља правотворачки извор. То значи да заповести кривичног законика као прецизирана и довршена правна бића такође имају својство генералних правних ситуација, а без обзира на то што важе за неодређени број случајева и неодређени број лица оне су уједно и индивидуалне правне ситуације, с обзиром на то да из ситуација у питању непосредно произлазе правне дужности субјеката правног поретка (Прица, 2018, II, 135-180).

Конкретизовано правно уређивање има у виду правни предмет (правно питање у материјалном смислу) и правну ствар (правно питање у формалном смислу) – као израз припадања правног предмета одговарајућем режиму правног уређивања, иманентног субјекту, делатности његовој, те правотворачким изворима који изражавају унутарњу концепцију правних аката. **Правне ствари** представљају слагање правног предмета (правно питања у материјалном смислу) са начином његовог правног уређивања (правног питања у формалном смислу). Правно уређивање једног правног предмета може подразумевати смењивање форми његовог правног уређивања, али се из тог таласа померања формалних обележја може уо-

чити његов збиљски правни карактер. Правне ствари у наведеном значењу очитују анатомију правног поретка и унутардржавног права.¹⁴

Суштина је у томе да постоје правна питања која могу да буду предмет уређивања у једном или у другом правном поступку, путем једног или другог правног акта, али би та могућност требало да буде опредељена „природом ствари“ па се пред „природом ствари“ зауставља и моћ законодавца. „Природа ствари“ очитује идентитет између правног предмета и правне ствари као облика уређивања правног предмета. Утврђивање „природе ствари“ стога би требало да представља приоритетни задатак правне мисли, како судске тако и академско-научне јуриспруденције. Радбрех у вези са тим вели: „Ипак, та пракса ме није могла задовољити. Тада ме није интересовао поједини случај, него опште, не конкретно, него апстракција... Нисам био довољно зрео да тражим ум у стварима, да појмим идеју као значење и душу стварности, да тражим поредак у животним односима који људи зову „природа ствари“ (Radbruch, 1951:71). Наше је полазиште да постоји „ум у правним стварима“, као темељ на којем израста подела власти у правном поретку, следствено чему је подела власти више последица постојања различитих правних ствари и области правног поретка, него обратно: да су различите правне ствари резултат поделе власти као прокламованог циља у правном поретку.

Према нашем гледишту, **правна ствар означава правни предмет чије правно уређивање правним правилима као довршеним и прецизираним бићима одговара правном режиму владајућем у одређеној области правног поретка.** Ако се сагледа тоталитет правног уређивања у правном поретку, могу се издвојити следеће правне ствари: (1) грађанске (уговорне и др.), (2) политичке (акти владе као појединачни правни акти донесени на основу политичке оцене целисходности), (3) уставне, (4) законске, (5) управне и (6) судске (кривичне, парничне, ванпарничне, прекршајне, привредносудске, управносудске, уставносудске).

Правни институти јесу појмовне целине настале као резултат непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку. У том смислу,

¹⁴ Спознаја анатомије правног поретка везана је “типом” као методолошком категоријом, оличеном у синтези посебног и општег односно – како је Дилтај казивао – у “регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота”. Дилтај закључује: “У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку.” (Dilthey, 1924: 240;271).

правни институти обухватају сродне правне режиме и представљају целине састављене од правних ствари, правних ситуација и правних појмова.

Правни институти обухватају сродне правне ситуације и правне ствари (правне облике), постојеће не само у једном региону правног поретка, из чега произлази да се откривање правног института заснива на функционалној анализи — према законском основу — различитих правних режима.

Правни институт по природи ствари настаје под окриљем унутрашњег правног система, у следству правнонаучног разматрања важећег права. Правни институт као укупност правних појмова нужно се као правнонаучни појам разликује од правног режима као правног појма. Јер, у правном режиму се открива правни институт, тако што се у садржини правног режима спознаје правни основ правног уређивања, а утврђени правни појмови у оквиру правног режима се систематизују под окриљем правног института као појмовне целине.

Постоје два облика правних института: **непосредни и виши**, у зависности од тога у ком облику је правни институт заступљен у правном поретку. Код непосредно заступљених правних института, правно уређивање обухвата мноштво међусобно повезаних правних режима и правних ситуација поводом уређивања правних предмета. Непосредни правни институт с тога представља мноштво повезаних правних режима. Код правних режима који по природи својој имају трајан карактер или сложену структуру, настаје мноштво правних предмета са различитим начинима њиховог правног уређивања (правним стварима). У том смислу, експропријација представља пример непосредног правног института. На делу је снажно померање обележја правног уређивања експропријације: од управне ствари (у поступку поводом утврђивања јавног интереса и доношења решења о експропријацији), уговорне ствари (у погледу накнаде за експроприсану непокретност), судске ствари: ванпарничне (спрам накнаде за експроприсану непокретност) и парничне (у погледу спорних питања правног односа између експропријанта и експропријата), опет управне или уговорне и парничне у поступку деекспропријације. Дакле, експропријација се у правном поретку јавља као мноштво повезаних правних ствари и правних ситуација, следствено чему нужно представља правни институт састављен од више правних режима и припадајућих правних ситуација и правних ствари. Као примери непосредних правних института могу се поменути брак, наслеђивање, управни уговор, својина на непокретности и др. С друге стране, пребивалиште изведеног (вишег) правног института је правна свест припадника правничког staleжа и образложење судских и других појединачних правних аката. Изведени правни институти су

правни појмови засновани на правним ставовима и правним схватањима која су утврђују приликом уређивања правних предмета под окриљем одређеног правног режима. Примерице, непосредно у правном поретку заступљена су различита решења којима се решавају предмети управнога поступка, на чијем темељу се открива управни акт као правни институт, као што се на основу законских норми и судских одлука утврђује појам кривичног дела као правног института.

Зграда унутрашњег правног система подиже се анализирањем односа између закона из различитих области правног поретка у равни појединачних правних предмета, путем систематско-телеолошког повезивања закона и правних режима, чиме се поставља темељ за откривање правних института. Примерице, закон о експропријацији је системски (општи) закон који уређује заснивање неколико правних института, а само један од тих института (експропријација у материјалном смислу) остаје у правном режиму нормираном одредбама закона о експропријацији. Тако, службености у општем интересу (административне службености) се успостављају у поступку експропријације али се службености у питању надаље уподобљавају правном режиму службености, који уређује Закон о основама својинскоправних односа, као општи закон за све службености у правном поретку. То значи да административне службености према типичним грађанскоправним службеностима стоје у односу **посебног правног института** према **општем правном институту**. С друге стране, на закуп у општем интересу, који се заснива у поступку експропријације, не може се применити правни режим закупа као правног института проистеклог из Закона о облигационим односима, имајући у виду да је наш системски закон о облигационим односима искључио могућност примене својих одредаба на закупе уређене посебним прописима (чл. 568 Закона о облигационим односима). Дакле, административни закуп је посебан правни институт који не може према типичном грађанскоправном закупу стајати у односу посебног правног института према општем правном институту.

Правничко резонување које овде следимо очитује систематско-телеолошко тумачење правних предмета и њихово повезивање према правном основу, до којег повезивања се не би могло доћи само путем језичког тумачења њиховог законског основа. Резонување о којем говоримо подразумева уопштавање правних ствари и правних ситуација, откривајући правне институте као системе ужих и ширих целина правних облика. Откривање правних института долази у следству функционалне анализе правних основа и на тај начин се открива повезаност правног основа између правних режима из различитих области правног поретка. Примера ради, полазећи од права својине као правног објекта, одузимања и ограничавања права

својине као правног предмета, а на основу принципа равнотеже правних интереса као идентичног правног основа, у докторској расправи смо изнели гледиште о правном институту експропријације као целини правних ствари и правних ситуација постојећих у различитим областима правног поретка те различитим системима законског права (Прица, 2016: 83-365). У правном поретку долази до разгранављања правних режима, као и до укрштања и повезивања правних режима, следствено чему се открива основ између основног правног института и посебног правног института (нпр. својина и сусвојина) или између општег правног института и посебног правног института (грађанскоправни уговор и управни уговор).

Будући да су правни институти целине правних облика и правних појмова, за утврђивање правног карактера правних института неће бити довољно чисто сагледавање правног карактера припадајућих правних ситуација понаособ, како би се по принципу претежности одредио правни карактер правног института као целине. То значи да правни карактер правних института одређују правни принципи као телеолошки правни ставови, као што уосталом правни принципи утеловљују **правни основ** и дух правних института.

Правни принципи су телеолошки правни ставови, при чему телеолошки правни ставови нису исто што и циљеви правног уређивања, имајући у виду да циљ не заузима у целости правни основ правног уређивања. У каквом су односу правни основ и циљ у праву? Према Јерингу, постоји закон каузалности и закон циља: „Постоји само једно од тога двога: или је узрок снага која покреће свет, или је то циљ.“ (Јеринг, 1998: 17). Јеринг налази да је циљ снага која покреће свет права. Но, колико је уистину циљ покретачка снага у свету права, ако знамо колико снажно свет права детерминишу воља и интереси, следствено чему се осим циљева, у свету права јављају и узроци, разлози и услови под којима се остварују циљеви правног уређивања. Ту двојност унутардржавног права, на светло дана изводи Хегел: „У том идентитету, вели он, *постојања по себи* (Ansichsein) и *постављености* (Gesetzsein) има обавезност као право оно што је закон. Зато што постављеност чини страну реалног постојања (Dasein), у којој може да наступи и случајно посебне воље и других посебности, може оно што је закон да по својој садржини још буде различито од оног што је по себи право.“ (Hegel, 1911: § 212; Петровић, 1981: 54). То значи да телеолошки правни ставови не изражавају само циљеве правног уређивања, већ се њихов смисао очитује у повезивању основа и заснованог, постојања по себи и постављености, битка и требања, циља и разлога правног уређивања. Отуда правни принципи као телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје које надахњују правни основ делатности субјеката

правног поретка и правних норми као регулативних правних ставова те на тај начин телеолошки правни ставови усмеравају правну свест у правном поретку. Узимајући наведено у обзир, однос правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних правних ставова опредељен је „типом“ као методолошком категоријом, оличеној у синтези посебног и општег односно – како је Дилтај казивао – у “регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота”. (Dilthey, 1924: 241). Дилтај закључује: “У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку.” (Dilthey, 1924: 270). Одавде се може закључити да се правне норме као регулативни правни ставови изводе из правних принципа као телеолошких правних ставова, само не као њихова конкретизација, већ тако што се правне норме уобличавају поимањем правних принципа као синтезе елемената обухваћених телеолошким правним ставовима. Управо изложеном поимању односа између правних принципа и правних норми сагласно је Дигијево гледиште о “нормативним правним правилима”. (Duguit, 1927: 109; Петровић, Прица, 2014: 39). Анализујући Француски грађански законик, Диги је дошао до закључка да у поменутоме законнику постоје само три нормативна правна правила (право својине, слобода уговорања и обавеза надокнаде штете), док је све друге одредбе Наполеоновог законика Диги сврстао у “конструктивна правна правила”, која су, чини нам се, блиска појму системских правних ставова заступљеном у овом чланку. Одавде произлази важан закључак: да се на однос правних принципа и правних норми не могу применити методи конкретизације и супсумције! Разлог томе је конфликтност као обележје језгра материје правног уређивања, што утиче и на структуру правних принципа као телеолошких правних ставова па је наспрам односа правних принципа и правних норми исправно применити телеолошко тумачење највишег могућег степена, изражено као разумевање и поимање правних принципа, а поимање у питању духовно стоји изнад тумачења и конкретизације својственим међусобном односу правних норми као регулативних правних ставова!¹⁵

¹⁵Традиционално гледиште о тумачењу правних норми види тумачење као средство за постизање разумевања правне норме. Хајдегер уводи инверзију односа између тумачења и разумевања, тако што разумевање као “изворно поимање” претходи тумачењу као “његовом самоосветљењу”. (Хајдегер, 2007: 184; Бован, 2012: 83-84). Правни принципи се не тумаче, већ се поимају, имајући у виду да поимање правних

Кантова мисао да је „ангагонизам средство којим се користи природа да би остварила развитак свих људских обдарености“ (Кант, 1974: 32), и те како пристаје природи материје правног уређивања, следствено чему правни принципи као телеолошки правни ставови треба да омогуће повећавање, уравнотеживање и усмеравање супротстављених правних добара, правних интереса, правних циљева и ентитета правног поретка, у правцу прогреса државе као територијалне заједнице. Конфликт и супротстављеност, како у животу, тако и у правном поретку јесу шанса за напредак и прогрес. Бобио у вези са тим вели: „...конфликт...представља нужан услов за технички и морални напредак човечанства. Овај напредак се посматра као нешто што се одвија кроз сукобе различитих мишљења и интереса, кроз сукобе који на подручју аргументације отварају пут ка истини, који кроз економску конкуренцију теже да обезбеде највеће могуће друштвено благостање, који кроз борбе на политичком пољу доводе до избора најспособнијих за управљање. ...индивидуална слобода...сматра суштинским условом за реализацију „разноврсности“ индивидуализованих личности која се тумачи као спојива са конфликтом,¹⁶ а сам конфликт као нешто што подстиче савршенство свих.“ (Бобио, 1995: 42).

У правној књижевности се врло ретко појављује израз „правна телеологија“, што не треба да зачуђује, ако знамо колико су ретка настојања да се анализује основ правног уређивања правних предмета и правних односа у позитивном праву. При томе, правним научницима није страна тзв. вредносно сагледавање права, али оно је – без довољно јасног правног израза у позитивном праву – осуђено да буде мисао којој не успева да задобије карактер јасног и делотворног правног поимања.¹⁷ Правна телеологија у

принципа премаша оквире логичког закључивања и разумске интерпретације, због упоређивања и вагања који су наспрам правних принципа примарно заступљени.

¹⁶ Правни принципи по себи нису довољни за постизање прогреса државе као територијалне заједнице. Врлине — судија, политичких делатника, државних службеника, субјеката правног поретка и просторне заједнице — у том погледу представљају основне делатне изразе прогреса државе као територијалне заједнице, из чега произлази да су врлине неопходне за збиљску утемељеност правних принципа у правном поретку. Да овде наведемо дивну Улпијанову мисао: „Заповести права су: живети часно, никога не повређивати, свакоме дати оно што је његово.“ (*Juris praescepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

¹⁷ Требало би, без сумње, похвалити настојања која позитивно право гледају даље и шире од закона и опште правне норме, као мисао која проблем сагледава с тачке гледишта правне етике. Но, проблем је када се у тој оправданој критици позитивног права не види решење за уочени проблем. У вези са тим, невоља са горе поменутих вредносних разматрањем позитивног права, управо је у томе што се оно даје углавном ван граница правне науке, поглавито као једна струја етичког поимања правног феномена. Највећи недостатак „вредносног усмеравања позитивног права“ у

поретку правне државе је укупност телеолошких правних ставова, правних добара и правних интереса – тројство саусловљених и супротстављених ентитета у правном поретку – а правно уређивање би за сврху требало да има њихово уравнотеживање и повезивање. Како правно уређивање нужно не мора припадати јавном поретку, однос између правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних правних ставова иде линијом која одваја јавни интерес од приватног интереса, што је у ствари граница која дели слободу и аутономију, с једне стране, јавни поредак, с друге, и интервенционизам државне власти, с треће стране.

То дакако значи да наспрам правног уређивања нужно долази до укрштања различитих правних принципа, при чему однос супротстављених правних принципа подлеже режиму међусобног уравнотеживања и повезивања, за разлику од хијерархије својствене решавању несагласности правних норми као регулативних правних ставова.¹⁸ Примерице, установљавање судске контроле законитости управних аката (тзв. управног спора) предузето је као гаранција остварења принципа законитости и заштите субјективних права, што на први поглед представља одступање од принципа поделе власти. Међутим, не би било исправно закључити да управни спор представља одступање од принципа поделе власти, имајући у виду да смисао принципа поделе власти није у потпуној одвојености, већ у сарадњи и равнотежи функција државне власти. Равнотежа у питању се у управном спору успоставља тиме што суд оцењује законитост управног акта али не и његову целисходност, следствено чему се да закључити да управни спор представља повезивање и уравнотеживање принципа за-

доктринарном смислу, у ствари је у томе што „вредности“ асимилију циљеве и интересе у праву, а изнад свега то што се не види пут да „вредности“ уђу у позитивно право. Осим тога, посматрано у односу на конкретне правне објекте и правне предмете, дотична доктрина о вредносном усмеравању права не успоставља јасну повезаност између материје правног уређивања и технике правног уређивања. Јер, материју правног уређивања сачињавају правна добра као статички изрази и правни интереси као њихови динамички изрази, док технику правног уређивања опредељују разлог правног уређивања (правни основ), циљеви правног уређивања (правна телеологија) и неопходни услови да се правни режим – постављен у важећем праву – уподоби правном основу и постављеним циљевима.

¹⁸ Канарис с тим у вези вели: “Принципи не важе без изузетака и могу долазити у међусобну супротност или провучечност; они не претендују на искључивост; они свој прави смисао развијају тек у заједничком узајамном допуњавању и ограничавању; и њима за уобличавање није потребна конкретизација нижим принципима и појединачним вредновањима са самосталним стварним садржајем.” (Canaris, 1969: 46). О поимању правних принципа у страном правној књижевности - видети: Спаић, 2017: 109-130.

конитости, заштите субјективних права и поделе власти. Истодобно и примера ради, побијање рушљивих правних аката се може предузети у законом предвиђеном року, што значи да истеком рока у име принципа правне сигурности и заштите стечених права долази до оснажења (конвалидације) неваљаности правног акта. С тим у вези не би било основано закључити да су принципи правне сигурности и заштите стечених права са јачом правном снагом у односу на принцип законитости, имајући у виду да је оснажење рушљивог правног акта у ствари начин постизања равнотеже између правних принципа у питању итд.

У правном поретку постоје објективни и субјективни правни циљеви. Субјективни правни циљеви су уткани у приватне интересе и представљају каузу слободне воље. С друге стране, постојање унутардржавног права се не би могло замислити без објективних правних циљева, при чему циљеви у питању за предмет имају правна добра и правне интересе и њихов међусобни однос. Када се имају у виду сва испољавања права у регионима правног поретка, објективне циљеве правног уређивања ваљало би лучити од телеологије правног уређивања, као и од каузе правног односа и каузе правотворачког извора.¹⁹ Кључно је, притом, присуство правних принципа у свим правцима правног уређивања. Правни принципи су део каузе правотворачких извора, каузе правног односа, телеологије правног уређивања, а напослетку правни принципи служе постизању хијерархије и равнотеже у остваривању објективних и субјективних циљева у правном поретку.

Одавде произлази да је утврђивање правног основа правног института у ствари откривање правних принципа који повезују правне режиме са правним идејама на којима су засновани и којима је прожето повезивање циља са разлогом правног уређивања.

¹⁹ Рецимо, да би се могао одредити појам уговора у материјалном смислу, неопходно је узети у разматрање елементе правног режима уговора. То су: правотворачки извори, предмет уговора, правно биће, кауза и објективни циљ. Значај поменутих елемената није исти код свих уговора. Код уговора за које не важи принцип законитости у материјалном смислу, објективни циљ је постављен негативно, забраном да уговор буде противан императивним норма, јавном поретку и добрим обичајима. Постоје пак уговори са позитивно одређеним објективним циљем (нпр. остваривање једног конкретизованог општег интереса код споразума о накнади за експроприсану непокретност или заштита породице засноване на крвном сродству код уговора о уступању и расподели имовине за живота). Међутим, без обзира на начин одређивања циља уговора, правни принципи су саставни део сваког уговора: његовог објективног елемента те каузе уговорног односа и каузе правотворачких извора. (Прица, 2019: 597-639).

2. Правни основ одговорности државе за штету проузроковану допуштеним актима и радњама државних органа и службеника

Како држава не може сама непосредно деловати, већ то чини путем својих органа и службеника, разуме се да је одговорност државе за штету посебан облик **одговорности за другог**. Појмовно гледано, одговорност за другог очитује се у правилу да уместо штетника (или заједно с њим), за штету одговора други субјект са којим штетник стоји у одређеној правно значајној вези. Уз то, одговорност државе за штету проузроковану грађанима је **објективна одговорност**, јер обавеза накнаде штете није условљена евентуалним скривљеним понашањем службеника.

Општи режим грађанскоправне одговорности за штету у нашем правном поретку установљен је Законом о облигационим односима²⁰, с тим да Закон о облигационим односима не важи као основни (системски) закон у погледу одговорности државе за штету. Наиме, Закон о облигационим односима не уређује одговорност државе за штету на општи начин, осим што међу посебне случајеве одговорности убраја одговорност за штету услед терористичких аката, јавних демонстрација и манифестација, када обавеза накнаде штете пада на државу.²¹ С тога, правни режими одговорности државе за штету у нашем важећем правном поретку имају посебне законске основе, који наспрам општег режима грађанскоправне одговорности за штету стоје у односу посебног према општем. При томе, правни режим одговорности за штету сходно се примењује на питања која нису регулисана у посебним правним режимима одговорности државе за штету. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона (Прица, 2019: 597-639).

Када је реч о одговорности државе за штету причињену неправовалним поступањем државних органа и службеника, Законом о државној управи је предвиђено да држава одговара за штету коју својим незаконитим или неправилним радом органи државне управе проузрокују физичким и правним лицима, при чему имаоци јавних овлашћења сами одговарају за штету коју својим незаконитим или неправилним радом проузрокују физичким и правним лицима у вршењу поверених послова државне управе.²² Закон о државним службеницима такође предвиђа примарну и непосредну одговорност државе за штету коју државни службеник на раду или

²⁰ Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, 29/78....„Сл. гласник РС“, бр. 18/2020), члл. 154-209.

²¹ Ibidem, члл. 180-184.

²² Видети чл. 5. Закона о државној управи, „Сл. гласник“, бр. 79/2005 и 101/2007...30/2018.

у вези с радом проузрокује трећем лицу незаконитим или неправилним радом, при чему се овим законом оштећеном признаје право да накнаду штете захтева и непосредно од државног службеника, под условом да је службеник штету проузроковао намерно. Поврх тога, уколико је државни службеник штету проузроковао намерно или из крајње непажње, у том случају држава има право на регрес.²³ Када се већ дотичемо државе као титулара одговорности за штету, било би важно указати да постоје три типа одговорности државе за штету причињену од стране државних органа и службеника.

Први тип оличава примарна и непосредна одговорност државе за штету причињену поступањем државних органа и службеника. Следствено томе, у поступку за накнаду штете тужбени захтев може бити уперен једино противу државе, с тим што држави, под одређеним условима, припада право на регрес од службеника који су штету проузроковали. Упоредноправно гледано, овај тип одговорности државе за штету прихваћен је у немачком праву (Поповић, 1992: 1917). Такође, систем примарне и непосредне одговорности државе постоји у француском праву, али само у погледу извесних облика поступања службеника. Наиме, францускоме праву својствено је разликовање „грешке службе“, „службене грешке“ и „личне кривице“, с тим што је држава непосредно одговорна за штету само у погледу „грешака службе“ и „службених грешака“ (Бребан, 2002: 233-234).²⁴

Примарна одговорност службеног лица одлика је другог типа одговорности државе за штету, са произилазећим правилом да оштећени тужбу подиже непосредно противу службеника. Модалитетом овога обрасца има се сматрати и решење по којем постоји примарна одговорност службеника и супсидијарна одговорност државе, те оштећени може остваривати свој захтев за накнаду штете, најпре против службеника, а уколико се оштећени не може намирити од службеника, њему припада право да захтева накнаду штете од државе. Овакав тип одговорности државе за штету био је заступљен у Енглеској до 1947. године, када је напуштен За-

²³ Видети чл. 124. Закона о државним службеницима, „Сл. гласник“, бр. 79/2005...95/2018.

²⁴ Грешка службе не даје могућност идентификације особе која је штету починила. Овде су заправо у питању штете које се чине анонимно, те је тешко извршити индивидуализацију и сазнати одакле потиче незаконитост, односно, ко је штету учинио. Службену грешку чини индивидуализовани службеник, који штету прозрокује непрописним вршењем службе, и она не доводи до личне одговорности, већ само до одговорности субјекта јавне власти. Пример из праксе француског Државног савета: Шалтерски службеник у пошти грешком пребаци новац особи на њен штедни рачун а да она није његов стварни власник; повреда се састоји у томе што није проверио идентитет клијента. (Бребан, 2002: 233-234).

коном о деликтној одговорности којим се установљава непосредна одговорност државе за штете причињене грађанима поступањем службеника (Кавран, 1992: 1926-1933). У важећем француском праву службеници непосредно одговарају за штету проузроковану по основу такозваних „чисто личних грешака“.²⁵

Трећи тип одговорности државе за штету подразумева да одговорност пада било на службеника, било на државу. Овоме типу одговорности државе за штету својствен је принцип солидарне одговорности која ставља у могућност оштећеном, да под извесним околностима, по свом избору захтева накнаду штете било од службеника, било од државе.²⁶

Одговорност државе за штету је правни институт који обухвата мноштво правних режима накнаде штете у правном поретку, при чему је важно имати у виду постојање двају основних правних института одговорности државе за штету. Први подразумева одговорност државе за штету проузроковану неправоваљаним поступањем државних органа и службеника, а други правни институт је одговорност државе за штету причињену допуштеним актима и радњама државних органа и службеника. Као што ћемо доцније видети, правни основ ових двају правних института битно се разликује.

Упркос чињеници да је принцип, по којем ко другоме проузрокује штету за њу и одговара, познат још од римских правника, повест казује да се држава тек у другој половини 19. века подлеже одговорности за штету у подручју где делује као субјект јавне власти. Међутим, знаковито је

²⁵ Горе објашњеном обрасцу уподобљавају се „чисто личне грешке“, код којих одговорност пада искључиво на службеника штетника. Овде постоји поступање произилазеће из приватног живота службеника, без правно значајне везе са обављањем службе. Пример из француске судске праксе: Један цариник је убио човека након баналне суседске свађе. Удовица захтева накнаду од државе и истиче да цариник не би могао да убије њеног супруга, да му оружје није доделила јавна служба. Државни савет је одговорио да не постоји никакав однос између чињенице да је цариник био наоружан и имао право да задржи оружје и код куће и ове потпуно личне ситуације (Бребан, 2002: 235).

²⁶ Тако у Француској овакав тип одговорности за штету постоји у погледу извесних „личних грешака“. То су заправо „личне грешке“ које могу довести и до одговорности државе, било што истовремено постоји и службена грешка, било зато што она сама у исто време представља и личну и службену грешку. С тим у вези, Léon Blum предочава: „Уколико је лична грешка учињена у вршењу службе, уколико је служба ставила на располагање одговорном лицу средства и инструменте којима је почињена грешка, ако је оштећено лице доведено у контакт са одговорним лицем само посредством службе, једном речју, ако је служба условила чињење грешке... грешка је можда одвојена од службе... али служба се не може одвојити од грешке.“ (Бребан, 2002: 235-236).

указати да је у првој половини 19. века у европским правним порецима важило потпуно обештећење власника непокретности које су долазиле под удар експропријације, само што у доктринарној равни потпуно надокнађивање штете настале услед експропријације није квалификовано као облик одговорности државе за штету, иако је уистину ово обештећивање имало карактер објективне одговорности државе. При томе, обештећивање власника експроприсане непокретности примењивало се упркос владајућим доктринама о постојању искључиво субјективне одговорности и непостојању одговорности државе за штету, а како је експропријација од почетка замишљена да служи напретку заједнице у целини, све су то могли бити разлози за ускраћивање обештећивања власника експроприсане непокретности.

Уистину, збиљска моћ приватне својине наспрам јавног поретка је опредељивала установљавање обавезе потпуног обештећивања власника експроприсане непокретности. То је било време, како Хелер вели, „у којем је поседовање још било образовано а образовање још имало карактер поседовања“ (Хелер, 2011: 11). Да је обештећивање власника непокретности имало карактер облика објективне одговорности за штету, белодано потврђује податак да је у Француској почетком тридесетих година 19. века поступање судова поводом одређивања накнаде штете било у надлежности пороте састављене од грађана и власника непокретности, а дух тога поступања образовало је гледиште о обавези потпуног обештећивања власника непокретности. (Bernard, Huyghe, 2006: 15).

Развој објективне одговорности за штету у другој половини деветнаестог века био је више прожет разлогом опортунитета, него разлогом истинског ширења правних идеја и напредне правне свести. Околност која ће у том смислу суштински прокрчити пут објективној одговорности, поред економских, друштвених и технолошких новина, било је увођење општег права гласа, следствено чему је став јавног мњења и субјеката просторне заједнице, могао да изазове разорно дејство на установљени поредак, посебно економски поредак. Поповић у докторској расправи истиче да се потреба за разматрањем објективне одговорности у Француској, у најживотнијем смислу, поставила још крајем шездесетих година деветнаестог века (случај повреде на раду од парног котла/19. јул 1870.), али ће француски судови правац у смеру одговорности без обзира на кривицу заузети тек поткрај 19. века (случај Тефен из 1896.). (Поповић, 1984: 97-101).

Збиљска моћ приватне својине и потреба очувања јавног поретка након признавања општег права гласа разлози су и за увођење одговорности државе за штету у правни поредак. Знаковита је у том погледу Илићева мисао:

„Њена сувереност и њена одговорност (сувереност и одговорност државе М.П.) тешко могу ићи заједно, и уколико се шири примена одговорности државе, утолико слаби њена сувереност. Истина, и раније се помишљало на гаранције које треба дати појединцима према државној власти, али су се те гаранције тражиле на другој страни, не у одговорности државе. У овом погледу полагало се на другој страни, не у одговорности државе. У овом погледу полагало се много на начело поделе власти, затим на личну одговорност државних службеника, као и уопште на начин и систем политичке организације. Ипак, **постојало је нешто што одавно већ ни сама држава није могла повређивати, а да не буде дужна накнадити повреду. То је својина (М.П.)**. Границе државне власти обележене су биле не само према својини, него и у односу према личности грађана. Само ако држава пређе ове друге границе, ако повреди грађанина у његовој личности, она није одговарала, она није давала никакву накнаду. Друкчије је било у првом случају кад повреди својину, јер она није то могла чинити, а да не дâ накнаду појединцу. Својина је, дакле, према држави уживала већу заштиту, него слободе. Као што каже један писац, кад су слобода личности и сувереност у сукобу, сувереност побеђује; напротив, ако сувереност и својина дођу у сукоб, онда побеђује својина. Тако је некад постојало бар једно право човека, право својине, против кога је државна сувереност била немоћна или против кога њена моћ није била апсолутна, пошто је важио принцип, да ако јавна потреба захтева, сопственик може бити лишен своје ствари, али уз претходну правичну накнаду. То је био почетак, затим се ишло даље. Ако је држава одговорна у случају кад сопственику потпуно одузме ствар, зар не треба да буде одговорна у случају ако својим јавним радовима проузрокује смањење њене вредности. И до оправданости овога дошло се врло брзо. Еволуција је ишла даље. Почело се постепено долазити до закључка, да као што држава одговара кад вређа својину, исто тако треба да одговара и кад вређа какво друго лично право. И тако се постепено почео формирати читав систем грађанске одговорности државе.“ (Илић, 1998: 173-174). Развој правних режима одговорности за штету током 19. века продорноме оку јамачно је био сигнал да је – из перспективе историјских субјеката тога времена – правна држава замишљена да буде више средство него циљ у поретцима европских држава!

Експропријација је сенка која прати приватну својину – тај снажни стуб на којему почива изградња јавног поретка либералне правне државе. При томе, током 19. и 20. века експропријација је доживела знатне промене у погледу свог правног устројства. Од „лепе младости“, у поретку либералне правне државе, експропријација током двадесетог века достиже пуну зрелост, остварујући на уштрб „лепоте“, импозантну ширину присуства

у правном поретку. Пружање накнаде за експроприсану непокретност уистину јесте један облик одговорности државе за штету причињену допуштеним актима и радњама државних органа. Упоредноправно гледано, спрам експропријације се успоставља један посебан режим накнаде штете, који не укључује нематеријалну штету. У Немачкој важи правило правичне накнаде, која није нижа од тржишне цене непокретности, али која не мора значити потпуну накнаду, према теорији погодности (Станичић, 2015: 200). У француском праву је усвојено гледиште о потпуној накнади за материјалну штету спрам експропријације, што је одлика и енглеског права. У вези са обештећивањем поводом експропријације, важно је истаћи да су се у поретку правне државе, осим формалне експропријације, етаблирале и индиректна и „фактичка експропријација”.

Индиректна експропријација подразумева одговор правног поретка на дејство законског правног уређивања приватне својине, тако што захтев правде — због претеране жртве наметнуте уређивањем у питању — намеће обавезу пружања одговарајуће накнаде титулару права својине. Индиректна експропријација је ограничавање права својине и имовинских права, дочим је „фактичка експропријација“ захват у приватну својину остварен ван режима формалне експропријације, по свом дејству правно једнак дејству експропријације у формалном смислу (Прица, 2016: 83-140). Генерално узевши, лучење индиректне експропријације од „фактичке експропријације“ одговара разлици између ширине својинских и стварноправних овлашћења, с једне стране, и саме супстанце права својине, с друге стране. Када, дакле, дејством једног акта или радње, власник бива доведен у стање тзв. голе својине (*nuda proprietas*), на делу је „фактичка експропријација“. У противном, ако је посреди ограничавање приватне својине које титулара доводи у стање наметања посебне и претеране жртве, на делу је индиректна експропријација. Индиректна експропријација заступљена је у правном поретку код укидања управног акта којим је признато субјективно право — ради заштите јавног интереса (чл. 184 Закона о општем управном поступку Републике Србије, „Сл. гласник РС”, бр. 18/2016 и 95/2018), када странка због задирања у стечено право има право на накнаду стварне штете. Индиректна експропријација постоји и код нужног пролаза, а чини се да је најупечатљивији облик индиректне експропријације заступљен код тзв. имисија, када се титулар обештећује за прекомерну (претерану) штету причињену вршењем делатности у јавном интересу од стране индустријских предузећа (Петровић, 2011: 163 *idd.*). За разлику од индиректне експропријације, фактичка експропријација подразумева дејство правних и материјалних аката које власника непокретности лишава могућности употребе овлашћења према ствари, иако

актима у питању није наступило формално одузимање права својине. У редовним ситуацијама, титулар права својине је властан да ствар држи, користи и у односу на њ располаже правом својине, са правним дејством према свима (*erga omnes*). Но, може се у правној збиљи догодити да је власник непокретности, премда није изложен удару експропријације у формалном смислу, одређеним актима и радњама онемогућен да непокретност држи, да је користи и да с њом располаже, следствено чему постоји само „гола својина“, што је основ на којем се у постојећим правним поретцима признаје и доктринарно развија тзв. фактичка експропријација (Прица, 2018: 361-387). Одавде произлази да код формалне, индиректне и фактичке експропријације постоји одговорност државе за штету проузроковану допуштеним актима и радњама државних органа и службеника.

Када се погледа развој одговорности за штету, како одговорности државе за штету, тако и грађанскоправне одговорности за штету уопште, може се увидети процес ширења одговорности од субјективне одговорности према објективној одговорности, од класичног појма противправности до потребе постизања „добре једнакости“, правде и солидарности. Данас се одговорност државе за штету причињену допуштеним актима и радњама признаје и у кривичном праву због лишавања слободе без кривичне осуде, док се у грађанском праву, поред субјективне и објективне одговорности, развила и одговорност за штету на основу правичности. Одговорност државе за штету причињену неоснованим лишавањем слободе представља знаковит облик одговорности за штету без противправности (члл. 183-195 Законика о кривичном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019), што значи да држава не одговара зато што је штета проузрокована недопуштеним поступањем органа и службеника, већ одговара зато што је наступила претерана повреда индивидуалне слободе као правног добра, следствено чему је дошло до повреде јавног поретка као правног основа одговорности државе за штету причињену допуштеним актима и радњама државних органа и службеника.

У правцу откривања правног основа одговорности државе за штету причињену поступањем државних органа и службеника, погледајмо најпре зашто држава одговара за штету по принципу одговорности за другог. Држава ће одговорати за штету причињену од стране државног службеника по условом да постоји штета и узрочна веза између причињене службене грешке и настале штете. Разуме се, када је реч о штети проузрокованој недопуштеним поступањем државних органа и службеника, држава ће одговорати за штету под условом да је штета проузрокована противправним поступањем органа и службеника. При томе, одговорност државе за

штету проузроковану грађанима недопуштеним поступањем органа и службеника је одговорност без обзира на кривицу (објективна одговорност), јер обавеза накнаде штете није условљена евентуалним скривљеним понашањем службеника. С тога, у нашем праву постоји систем објективне противправности, па за оштећеног стоји само терет доказивања противправности, а лична кривица службеника не представља услов за постојање одговорности за штету. Важно је нагласити да је одговорност државе за штету по свом карактеру објективна одговорност, како у погледу остваривања права на накнаду штете, тако и у делу односа између државе и државног службеника, што није карактеристика свих постојећих облика одговорности за другог. Примера ради, услов одговорности послодавца за штету коју његов запослени проузрокује трећим лицима на раду или у вези са радом је кривица запосленог, која се у нашем праву претпоставља у појачаном степену. То значи да се послодавац може ослободити одговорности ако докаже да се запослени понашао с високим стандардима струке, чиме се одриче постојање професионалне кривице запосленог. При томе, одговорност послодавца као облик одговорности за другог по свом карактеру је објективна одговорност, имајући у виду да се послодавац „не може ослободити одговорности доказујући да се он понашао онако како је требало (да је запосленог изабрао, надзирао и давао му упутства на начин на који је то требало да чини).” (Караникић Мирић, 2013: 11).

С обзиром на то да држава одговара за поступке својих службеника, поставља се питање у односу на које службенике је држава титулар одговорности за штету. Одговор гласи: држава одговара за штету коју проузрокују лица која врше функцију за државу и у име државе, што значи да је од правног значаја обављање државне службе, независно од личнога статуса који поседује. Према томе, реч је о лицима која имају извесна овлашћења за службено поступање и која службене послове обављају у име државе, чија се делатност сматра делатношћу државног органа, без обзира какав је њихов лични службенички статус (професионални државни службеници, лица која учествују само привремено у раду државног органа, фактички службеници). Уколико не постоји правно релевантна веза између државе и лица које је штету проузроковало, оличена превасходно у овлашћењу дотичног лица да обавља државну службу, разуме се да држава неће бити титулар одговорности за штету. (Бркић, 1956: 305-308).

Држава не одговара за све радње службеника. Обавеза накнаде штете за државу постоји само за поступке које су израз службеног поступања. Када се радња предузме ван службе односно поступање није у вези са службом, лице поступа као грађанин без службеничког својства, па отуда лично и одговара за проузроковану штету. Држава одговара пре свега за незако-

ните службене радње. Као службена радња сматра се она коју учини службеник у границама своје службе, односно у оквиру службених овлашћења. Међутим, постојаће некада потреба да јудикатура у конкретном случају одреди својство дотичне радње службеног лица (нпр. да ли употреба физичке принуде од стране службеног лица има карактер службеног поступања). За штете проузроковане радњама које нису израз службеног поступања, није оправдано теретити државу.

У погледу радњи предузетих повредом стварне или функционалне надлежности (нпр. радње које спадају у надлежност другог органа или другог службеника), одговорност државе за штету не може бити искључена. Повреда правила о надлежности у сфери је незаконитости, па држава мора сносити одговорност за штету која произиђе из таквих поступака. У доктрини је заступљено схватање да одговорност државе треба искључити у случају да је штета проузрокована тзв. „обичном узурпацијом службе“. „Обична узурпација службе“ би, према овом гледишту, била изражена у предузимању радње од лица за чије предузимање оно очигледно није овлашћено, било услед непостајања службеничког својства, било због чињенице да радња коју предузима нема карактер службене радње. (Крбек, 1960: 224-231).

Зашто држава одговара за штету по принципу одговорности за другог? По једном гледишту, одговорност државе за штету као облик одговорности за другог, заснива се на претпостављеној службеној грешци државе због слабог надзора над подређеним особљем (*culpa in inspiciendo*) или због слабог избора подређеног особља (*culpa in eligendo*). (Ђоровић, 1982: 1001). Надзор над радом подређеног особља сходно владајућем хијерархијском принципу организације руковођења управе савремене државе, врше хијерархијски надређени службеници над хијерархијски потчињеним службеницима. Прихватање ове концепције изискивало би установљење могућности за државу, као одговорног субјекта, да доказује да је извршила савестан надзор или да је учинила савестан избор службеника. Рецимо, у нашем праву родитељи одговарају за штету коју проузрокује другом њихово малолетно дете које је навршило седам година живота, осим ако докажу да је штета настала без њихове кривице.²⁷ Према томе, принципу претпостављене кривице неизоставно одговара право одговорног лица да у поступку доказује да је штета настала без његове кривице. У нашем важећем праву држава непосредно одговара за штету независно од кривице службеника (штетника), те је с тачке гледишта нашег важећег права беспредметно говорити о основаности гледишта о слабом надзору државе

²⁷ Видети чл. 165 став 4 Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, 29/78...“Сл. гласник РС”, бр. 18/2020.

као основу одговорности за другог. Но, независно од предочене позитивноправне неутемељености овога гледишта, поставља се питање његове правнодоктринарне одрживости. Наиме, упркос најсавеснијем надзору надређеног хијерархијског старешине, службеник може проузроковати штету јер незаконито службено поступање којим се проузрокује штета, представља интелектуални процес који се очитује у погрешном тумачењу прописа или погрешној примени прописа од стране одговорног службеника. Онда је сасвим у праву Драгаш Денковић када каже: „Тешко је прихватити да се може вршити непрестани надзор над интелектуалним процесом који се обавља при вршењу његове службене дужности, јер савремена држава мноштвом својих јавних служби и великим бројем службеника није у могућности да врши непрестани надзор над својим службеницима ради спречавања њихових евентуалних противправних радњи пошто и поред најсавеснијег надзора службеници могу проузроковати штету. С друге стране, никако се не може говорити ни о *culpa in eligendo* јер не може бити речи о слабом избору службеника, пошто и најбољи службеник може проузроковати штету“. (Денковић, 1962: 63-65).

Друго, у правној доктрини постоје схватања која иду за тим да основ одговорности државе објасне начелом узајамности између користи државе од службеног поступања и његових штетних последица. Индикативно је на овом месту предочити Лилићево запажање: „Најубедљивије објашњење даје Ејзенман (Eisenmann), по коме је најбоља основа одговорности, узајамна веза између користи и саме службе. Држава је одговорна јер је починилац штете административни службеник од чије активности држава има користи или је штетна делатност службе за државу корисна. Ово схватање може да објасни сваки случај одговорности за штету проузроковану актима јавних службеника. Овакво објашњење природе административне одговорности обухвата и случајеве када се ради о таквим активностима администрације које стварају посебне ризике...“ (Лилић, 2010: 109). Изнето гледиште несумњиво одговара устројству и делатности послодавца, који одговара за штету коју запослени причини трећем лицу.²⁸ Делатност послодавца поље је приватног интереса и разуме се појмовно одређујућег профитног принципа. Отуда је сасвим смислено темељити одговорност послодавца за поступке запосленог штетника на основу узајамности користи (профита) од рада запослених и штетних последица које настану у раду или у вези са радом. Међутим, држава за разлику од послодавца не користи активност својих службеника, јер обављање службе је у општем и јавном интересу. Делатност државних органа и поступање

²⁸ Видети члл. 170-172 Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, 29/78... „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020.

државних службеника је простор у којем јавни интерес представља идеју водиљу појмовно неспојиву са елементом користи (профита). Чини нам се с тога да предочено гледиште о узајамности користи и штете представља покушај преношења приватноправне формуле одговорности послодавца за штету у поље јавноправне делатности државе, што је по нашем схватању неодрживо.

Присташе гледишта о „ризик“ као основу одговорности државе за штету заступају став да држава одговара за другог независно од кривице јер обезбеђује своје грађане од ризика који потиче од делатности државе, па стога и сноси ризик за штете које би поступање службеника проузроковало грађанима. (Денковић, 1961: 231-234; Томић, 1983: 698-702). Закон о облигационим односима одређујући основе одговорности предвиђа да се за штету од ствари или делатности, од којих потиче повећана опасност за околину, одговара без обзира на кривицу, с тим што се за штету без обзира на кривицу одговара и у другим случајевима предвиђеним законом.²⁹Из изнетог произилази да објективна одговорност постоји у неколико случајева: код одговорности за штету од опасних ствари или опасних делатности, код одговорности родитеља, те код одговорности државе за штету услед незаконитог или неправилног службеног рада. Да ли је „ризик“ разлог одговорности за другог односно објективне одговорности у свим случајевима за које држава одговара за штету услед неправовалањаног поступања својих службеника? По нашем мишљењу одговор је одречан. Наиме, „ризик“ као разлог својствен је одговорности за штету од опасних ствари и опасних делатности. Тако се и држава подвргава одговорности за штету од опасних ствари и опасних делатности због ризика који са собом носе, те је и установљена претпоставка узрочности: „Штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу сматра се да потиче од те ствари, односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете.“³⁰ Међутим, готово у свим другим случајевима проузроковања штете, одговорност државе не темељи се на „ризик“. Наиме, држава не обезбеђује своје грађане од ризика који потиче од активности њених органа и службеника, већ их обезбеђује, да употребимо терминологију заступника овога гледишта, од неправовалањаног и другог поступања својих службеника. Целовито посматрано, делатност државе по својим обележјима не представља „опасну“ делатност, да бисмо могли „ризик“ прогласити разлогом одговорности државе за штету. Уосталом, „ризик“

²⁹Члан 154 Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, 29/78...,Сл. гласник РС”, бр. 18/2020.

³⁰Члан 173 Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, 29/78...,Сл. гласник РС”, бр. 18/2020.

не може бити ни основ објективне одговорности родитеља, јер бисмо у супротном децу морали прогласити за опасне ствари! Дакле, „ризик“ у погледу одговорности државе за штету има сасвим ограничену примену; тачније, „ризик“ је као разлог одговорности примењив код опасних ствари и опасних делатности, као и код одговорности државе за штету услед терористичких аката, јавних демонстрација и манифестација. У свим другим случајевима, „ризик“ не може бити објашњење одговорности државе за поступке својих службеника.

Ако је тако, како објаснити одговорност државе за поступке својих органа и службеника? По нашем мишљењу, одговорност државе за поступке својих службеника произилази из органског идентитета државе, њених органа и службеника. (Jellinek, 1914: 560). Државни органи су делови државе као институције, па отуда грешке државних органа и службеника, грешке су саме државе. Овде ћемо искористити аргументацију протагониста теорије „ризика“. Тако, професор Томић заступа став да је одговорност државе за другог одговорност по основу „ризика“, „јер држава сноси ризик од службеног поступања својих радника, пошто је створила правно значајну везу између себе и њих, те тако извршава своје послове и задатке“ (Томић, 1983: 701), али, по нашем мишљењу, управо је „правно значајна веза“ од одлучног значаја, а не „ризик“. Дакле, држава одговара за штету причињену грађанима поступањем државних службеника, независно од кривице, али не по основу „ризика“, већ управо због „правно значајне везе“ односно органског идентитета који је створила између себе, својих органа и службеника. Држава делује путем својих органа и службеника са којима стоји у органском јединству, па су дела службеника њена властита дела, услед чега се држава према трећим лицима појављује у улози одговорног субјекта за накнаду штете. Органски идентитет, који овде стоји као „збиљски“, а не „фиктивни“ појам, заокружује држави припадајућа идеја неограниченог континуираног трајања, услед чега је разлог одговорности државе за штету неупоредив са разлогом одговорности других правом установљених субјеката одговорности за другог.³¹

Код одговорности државе за штету причињену недопуштеним поступањем органа и службеника, правни основ је противправност, а наиме чињеница да причињена штета настаје као повреда правног поретка. У питању је одговорност без обзира на кривицу, што значи да је противправност разлог зашто држава одговара за штету, као што код субјективне одговорности у грађанском праву разлог одговорности је кривица штетника, следствено чему кривица представља правни основ субјективне одговорности.

³¹ О појму управних организација и институција: Петровић, 2010: 141-142.

Одговорност државе за штету причињену допуштеним поступањем државних органа и службеника је правни институт који обухвата мноштво правних режима у поретку правне државе, при чему је наше мишљење да сви правни режими у питању — упркос разликама у законском основу — имају исти правни основ. Правни основ одговорности државе за штету причињену допуштеним актима и радњама државних органа и службеника надахњује принцип спречавања претеране жртве субјектата просторне заједнице, с циљем очувања јавног поретка који утеловљују основна правна добра и правни интереси у поретку правне државе.

Најпре, јавни поредак је као разлог садржан и код одговорности државе за штету причињену недопуштеним актима и радњама државних органа и службеника. Јер, принцип објективне одговорности државе за штету на неки начин представља покушај „помирења“ општег и приватног интереса у правцу постизања јавног интереса као регулативне детерминанте између супротстављених правних интереса у поретку правне државе. Осим тога, због наглашеног интервенционистичког концепта савремене државе, ширење одговорности државе за штету причињену грађанима збиља представља претпоставку њеног легитимитета и опстанка, као брана која ће спречити да се талас државног интервенционизма не развије противу грађанског друштва и индивидуалне слободе. То значи да одговорност државе за штету причињену грађанима на концу служи очувању јавног поретка.

Зашто држава одговара за штету причињену допуштеним актима и радњама државних органа и службеника? Одговор гласи: држава одговара за штету причињену допуштеним актима и радњама органа и службеника ако титулар индивидуалног правног добра и правног интереса сноси претерану жртву, следствено чему је ради очувања јавног поретка неопходно заштитити повреду индивидуалног правног добра, без обзира што повреда индивидуалног правног добра настаје услед допуштеног поступања државних органа и службеника. При томе, било би важно имати у виду да је неопходно да „жртва“ задобије својство претераности и специјалности, како би било покренуто дејство обавезе пружања накнаде титулару повређеног индивидуалног правног добра. Петровић, као врсни познавалац немачке и француске правне књижевности, био је у прилици да закључи: „...у извесним хипотезама, жртва сама по себи („претерана штета“) није довољан услов за наступање обавезе државе да изврши обештећивање. Поред ње се тада захтева, кумулативно, и то да је посебна, „специјална“, то јест наметнута појединцу или уско одређеној скупини лица. ...Савремена држава не може опстати а да не намеће, путем разних прописа, одређене веће или мање жртве, терете, својим грађанима.

Уколико би сваки пут када је жртва, терет, „претеран“, плаћала накнаду, не узимајући у обзир број погођених особа, њене политичке, економске и друге функције врло брзо би дошле на слепи колосек. Ниједна државна благајна, без обзира на јачину, то не би могла да издржи. ...С тога посебност, специјалност, можемо гледати тек као допуну критеријума претераности жртве која га чини практично применљивим у одређеним случајевима, то јест онда када нека државна мера, потпуно уставна или законита, погађа изузетно велики број припадника једнога друштва-државе.“ (Петровић, 2011: 162).

Начело жртве изражава потребу очувања основних правних добара и правних интереса субјеката просторне заједнице.³² Јавни поредак је налик теразијама са редом и миром на једном тасу и хаосом на другом. Зато у правном и јавном поретку стално на површину излази принцип опортунитета, потреба да се обезбеди поравнање страна поменутих теразија, што је у збиљском смислу услов за постојање легитимитета правне државе. Петровић у вези са тим каже: „Постоје, у ствари, две идеје правне једнакости. Један облик једнакости (једнакост у ужем смислу) је потпуна аритметичка, демократско-егалитарна једнакост, грчка „isonomia“, која се може назвати и равноправношћу и једнакоправношћу. Други облик једнакости је „добра једнакост“, већ помињана Солонова „eunomia“. Она је управо добро и ваљано додељивање, поравнање у оквиру полиса у целини, „политичко стање праве расподељености једнаког и неједнаког“. За разлику од статичке, апстрахујуће исономије, еуномија је конкретна и динамичка, везана за ситуацију. У њој се открива праизворна, социјална

³² За разлику од народа и становништва, просторна заједница, осим физичких лица, обухвата правна лица и друге субјекте правног поретка, али и моралне субјекте који су носиоци објективног духа (нпр. нација, породица, грађанско друштво и др.). Морални субјекти немају правни субјективитет, али представљају важне субјекте просторне заједнице и државе као правно-политичке заједнице. Држава је тројство: просторне заједнице, основног институционалног поретка јавне власти и припадајуће им територије. Гледано према споља, територијалност је важно обележје државе, имајући у виду да се у односу на државу као основни просторни поредак јавља само једна држава као основна институција (суверена држава), оличена у врховној власти на датој територији. Но гледано изнутра, још је важнији ниво идентитета између државе као институције и просторне заједнице, а тај однос се пре свега препознаје кроз духовно-телеолошку садржину јавног поретка, изражену у јединству и наткриљујућој снази објективног духа. Стога, да би се разумела и исправно поставила доктрина о правој држави, морало би се подразумевати постојање трију институционалних поредака. То су: 1) просторна заједница као институционални поредак, 2) институционални поредак државне управе као бића државне власти и 3) институционални поредак јавне власти (институционални јавни поредак као оваплоћење идеје правне државе у материјалном смислу). Држава као институција (политичко-правна заједница) је тројство наведених институционалних поредака. (Прица, 2016: 23-40).

и заштитна, функција права.“ (Petrović, 1981: 264). С тога, одговорност државе за штету причињену допуштеним поступањем државних органа и службеника изражава „добру једнакост“, Солонову еуномију.

Повреда правног поретка (противправност) је правни основ одговорности државе за штету причињену недопуштеним актима и радњама државних органа и службеника, при чему је повреда правног поретка правни основ и субјективне одговорности, с тим да за разлику од одговорности независно од кривице (одговорности због објективне противправности), код субјективне (скривљене) одговорности повреда правног поретка се састоји у кривици којом се штета проузрокује.

Повреда јавног поретка по свом обухвату премаша оквира правног поретка, особито имајући у виду да садржину јавног поретка сачињавају основна правна добра и основни правни интереси субјеката просторне заједнице,³³ као и моралне норме и објективних дух субјеката просторне заједнице. Допуштеним актима и радњама не може уследити повреда правног поретка, али може настати повреда јавног поретка — у непосредном значењу: услед претеране жртве наметнуте титулару одређеног индивидуалног правног добра и у правом значењу: због повреде индивидуалног правног добра као дела садржине јавног поретка. Овде на видело излази разлика између правног и јавног поретка. Док су основна правна добра и основни правни

³³ **Правна добра** су делови стварности; као предмети правне заштите представљају **правне објекте**, али су и материјални извори правног уређивања (**правотворачки извори**). Премда припадају чињеничном бићу, правна добра се од правних чињеница ипак разликују. Јер правна добра јесу они делови стварности који представљају предмет правне заштите или материјални извор субјективних права и правних дужности, док су правне чињенице делови стварности од значаја за ток правног уређивања (Прица, 2016: 52-78). Својство правног добра у правном поретку, примерице, имају индивидуална слобода, приватна својина, достојанство људске личности, припадајућа човеку-грађанину као субјекту правног поретка, с тим да својство правног добра има и опште добро, које има у виду државу као заједницу. Правни интереси су динамички изрази правних добара у правном поретку. У вези са тим, важно је имати у виду разлику између јавног интереса, општег интереса и приватног интереса. Наше је мишљење да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара грађана као субјеката правног поретка. Јавни интерес представља регулативну детерминанту правног поретка и статички израз општег добра, што значи да — за разлику од општих и приватних интереса као супстанционалних категорија — јавни интерес има релациони и регулативни карактер. Јавни интерес као регулативна детерминанта укотвљен је у поретку правне државе између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, с циљем уређивања односа између различитих правних добара и правних интереса у поретку правне државе.

интереси делови материје правног уређивања под окриљем правног поретка, у погледу јавног поретка основна правна добра и правни интереси јесу делови његове садржине. То значи да повреда правног поретка подразумева противправност уперену непосредно противу правних норми, правних стандарда и правних принципа као облика правног уређивања, дочим се повреда јавног поретка непосредно испољава као повреда правног добра које у правном поретку има карактер објекта правног уређивања (правног објекта). Држава служи очувању правног поретка и јавног поретка, следствено чему она одговара за штету причињену, како повредом правног поретка, тако и повредом јавног поретка. Уз то, јавни поредак на видело изводи нераскидиву повезаност између државе, њених органа и свих субјеката просторне заједнице.

Из дојакошњих разматрања произлази да се унутардржавно право не може уобличити као затворен систем телеолошких и регулативних правних ставова, следствено чему се наново осветљава својство јавног поретка да служи томе да се унутардржавно материјално право прилагоди непредвидљивостима живота с циљем очувања основних правних добара и објективног духа субјеката просторне заједнице. То значи да ток и границе односа између правних добара и правних интереса субјеката једне просторне заједнице нужно опредељује опортунитет, на начин да правно уређивање, као и поступање државних органа уопште, не сме претерано да задире у основна правна добра субјеката просторне заједнице нити да прекомерно нарушава њихов поглед на свет, да се у противном не би довело у питање одржавање јавног реда и мира па самим тим и јавног поретка у целости. Објективни дух просторне заједнице је „жила куцавица“ институционалног поретка јавне власти, правног поретка и унутардржавног материјалног права, што је и разлог нужног постојања јавног поретка као генералне клаузуле те и одговорности државе за штету причињену повредом јавног поретка, без обзира што штета настаје допуштеним актима и радњама органа и службеника, којима се не чини повреда правног поретка.

Напоследку, накнада којом се обештећује титулар повређеног правног добра изражава и идеју правде. Уколико се основна правна добра, правни интереси и основни правни принципи посматрају са највиших врхова правног поретка, увиђа се смисао правде као „релационе категорије“ а наима да је смисао правде као најопштијег правног принципа управо у уравниотеживању основних правних добара, основних правних интереса и основних телеолошких правних ставова. Да би се разумео смисао исказане мисли о правди као „релационој категорији”, препустићемо реч Петровићу: „Часовити законодавац овлашћен је да усклађује ова начела (основне правне принципе М.П.) и да одређује која у датом случају имају првенство. Но, то

одмеравање није без чврстих међа. Законодавац никада не сме да потпуно пренебрегне неко од тих начела у корист једног од њих или осталих. Ако би се то догодило, његов закон био би јавно неправедан. ...Правда је, према томе, четврто начело међу основним правним начелима и узвишеније је од свих њих, пошто уређује њихове односе и размере. Расправама о појму правде никад краја. Узрок је томе, понајвише, неувиђање особености природе тог начела у односу на остала правна начела. Та правна начела имају вазда једну одређену садржину која их разликује од других и чини њихову својственост. Правда такву садржину нема; њен садржај је променљив и чини га садржина онога начела које у датој ситуацији има предност над другима. Она није „супстанцијална“, него је „релационална“ категорија, попут категорија логике и математике. Она је категорија друштвене равнотеже и склада, „друштвене лепоте“, како би казали стари Грци. (Петровић, 1987: 322-323).

Само, сву своју узвишеност не исказује правда када се у правном поретку јавља као израз чистог опортунитета и равнотеже између супротстављених правних добара и интереса, усредоточене на очување јавног поретка, из чега произлази да се правда не сме поистоветити са јавним поретком. Јер, правда је више од равнотеже и пропорционалности и она оличава веру у духовну и моралну снагу личности човекове. То што се данас више користе називи „пропорционалност“ и „сразмерност“ од назива „правда“, као да изражава страх од зрачећег дејства које би се могло оделотворити са називом „правда“. Јер, сву своју лепоту и снагу исказује правда када се талас праведности подиже из духовне и моралне дубине — као оваплоћење Божјег лика у човеку, што би с тачке гледишта правне државе требало да послужи томе да стварање и конкретизација права у поретку правне државе унапређују морално и духовно уздизање човека и заједнице!

Књижевност

Bernard, A. Huyghe, M. (2006). *Expropriation des biens, Le Montieur, Paris.*

Бобио, Н. (1995). *Либерализам и демократија*, Београд.

Бован, С. (2012). “Тумачење права као вредновање на основу контекста - прилог конструктивној теорији тумачења”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 83-106.

Борковић, И. (1981). *Управно право*, Загреб.

Бребан, Г. (2002). *Административно право Француске*, Подгорица.

Бркић, М. (1956). О материјалној одговорности за штету коју грађанима противправно проузрокују службена лица, „Архив за правне и друштвене науке“, јануар-март, стр. 296-318.

Водинелић, В. (2014). *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*, друго, измењено и допуњено издање, Београд.

Dilthey, W. (1924). Beiträge zum Studium der Individualität, in: Die geistige Welt, Gesammelte Schriften, V.

Денковић, Д. (1961). Накнада штете проузроковане законитим радњама јавних службеника и одговорност, „Анали Правног факултета у Београду“, 2/3/, 231-234.

Денковић, Д. (1962). Основ одговорности за штету коју грађанима проузрокују јавни службеници, „Анали Правног факултета у Београду“, 1, стр. 58-66.

Duguit, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris.

Ђоровић, Т. (1982). Одговорност за штету коју незаконитим радом причине радници државних органа грађанима или правним лицима, „Правни живот“, 10, стр. 201-214.

Живановић, Т. (1997). *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд.

Илић, М. (1998). *Административно право и други радови*, Београд.

Jellinek, G. (1914). *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., von W. Jellinek, Berlin.

Јеринг, Р. (1998). *Циљ у праву*, Подгорица.

Кавран, Д. (1992). Одговорност за штету нанету радом управе у упоредном праву са посебним освртом на англосаксонско право, „Правни живот“, 11-12, стр. 1926-1939.

Кант, И. (1974). *Ум и слобода*, Београд.

Караникић-Мирић, М. (2013). *Објективна одговорност за штету*, Београд.

Крбек, И. (1960). *Право јавне управе ФНРЈ*, књига прва, Загреб 1960.

Лилић, С. (2010). *Посебно управно право*, Београд.

Лукић, Р. (1995). *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд.

Омејец, Ј. (2012.) *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права - Strasbourški acquis, Загреб, 2012.*

Петровић, М. (1981). *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд.

Петровић, М. (1987). „К питању сукоба закона у времену”, *Отисак из Зборника за теорију права, III, (Из теорије права, књ. 7, Српска академија наука и уметности, Одељење друштвених наука)*, Београд, 307-324.

Петровић, М. (2010). *Наука о управљању као претпоставка управне политике, општи део*, Ниш.

Петровић, М. (2011). *Одговорност државе за штету проузроковану допуштеним радњама и правним актима њених службеник и органа, посебно законима*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, 57, 85-99.

Петровић, М. (2011). *Индустријско суседство и одговорност за штету*, Ниш.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2014). *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш.

Поповић, Д.М. (1984). *Одступање од кривице као основа вануговорне одговорности за штету у францускоме и немачком праву (1838-1943)*, докторска дисертација, Београд.

Поповић, С. (1992). *Одговорност државе и организација које врше јавна овлашћења за штету нанету грађанима и правним лицима*, „Правни живот“, 11-12, стр. 1914-1925.

Поповић, С. Марковић, Б. Петровић, М. (2002). *Управно право*, Београд.

Прица, М. (2016). *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Прица, М. (2018). *„Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка”*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78, 103-126.

Прица, М (2018). *II Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и “унутрашњег правног система”*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 80, 135-180.

Прица, М. (2019). *Управна ствар и управно-судска ствар, прилог реформи српског законодавства и правосуђа*, *Право у функцији развоја друштва*, Косовска Митровица, 2019, 597-639.

Radbruch, R. (1951). *Der innere Weg, herausg. Von L. Radbruch, Stuttgart*.

Радбрух, Р. (1980). *Филозофија права*, Београд.

Спаић, Б. (2017). „Два поимања правних принципа”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 109-130.

Станичић, С. (2015). *Опће уређење извлаштења у Немачкој – поуке за Хрватску*, Правни вјесник бр. 3-4, стр. 185-212.

Томић, З. (1983). Правна природа тзв. одговорности државе за штету без грешке у југословенском праву, „Анали Правног факултета у Београду”, 1-4, стр. 698-702.

Хајдегер, М. (2007). *Битак и време*, Београд.

Hegel, G.W.F. (1911). *Grundlinien Philosophie des Rechts - Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, Leipzig.

Хелер, Х. (2011). *Правна држава или диктатура?*, Београд.

Hostiou, R. (2015). *Commenté par Code de l'expropriation*, LexisNexis, édition.

Canaris, C.-W. (1969). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin.

Doc. Miloš Prica, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**THE LEGAL BASIS OF STATE LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY
LAWFUL ACTIONS OF STATE AUTHORITIES AND OFFICIALS**

Summary

The analysis in this article is based on the distinction between legal principles as teleological legal positions and legal norms as systemic and regulatory legal positions, which is the author's original point of view. The meaning of legal principles as teleological legal positions is embodied in the correlation between the base and the established, the existence and the postulation, the substance and the need, the purpose and the rationale of the legal order. Hence, legal principles as teleological legal positions express the basic legal ideas that drive the substantive law activities of the subjects of the legal order and development of legal norms as systemic and regulatory legal positions. Establishing the legal basis of legal institutes actually entails the discovery of legal principles that link legal ideas to legal regimes which fall under a legal institute. The legal institute of state liability for damage caused by lawful actions of state authorities and officials is pertinent to ample legal regimes in the legal order of a state, but the author aims to prove that all legal regimes, despite their statutory law differences, actually have the same legal basis. The process of establishing the legal ground of state liability for damage caused by lawful acts and actions of state bodies and officials is driven by the principle of preventing the excessive burden on the subjects of the legal order; it is aimed at preserving the public order as a balance between the basic legal goods and the legal interests in the legal order of a state of law. Ultimately, the balance is embodied in justice, whereby justice does not reveal all its assets when it is the result of pure opportunism, stemming from the need to preserve the public order. The full beauty and significance of justice is demonstrated when the tide of justice and fairness arises from the moral and spiritual depths, as the embodiment of the divine and moral quintessence in man.

Keywords: state liability for damages, legal basis, statutory ground, legal institute, legal regime, legal principles, public order, justice.

ACCOUNTABILITY OF LOCAL ADMINISTRATION PERSONNEL IN SERBIA IN THE CONTEXT OF GOOD GOVERNANCE PRINCIPLES²

Accountability is one of the essential issues of a civilized society constitution. It reflects the relation of society to man, the relation of authorities to man, and the relation of man to man.

P. Dimitrijević

Abstract: *After establishing of the legal foundations of modern local self-government in 2007, the Republic of Serbia has constantly modernized, redefined, and adapted them to the wider context of the public administration reform as a whole. The entire reform was accompanied by a paradigm change in the modus operandi of public and local governments, as a decentralized part of the public sector. In the 21st century, the principles of the rule of law and the legal state (Rechtsstaat) are being upgraded with the principles of Good Governance, elaborated in the most important national and international legal documents. One of the pillars of Good Governance is the principle of accountability. In this context, the paper provides a detailed analysis of the specific types of accountability of local public officials and civil servants in Serbian local self-governments, with special emphasis on new forms of accountability that have emerged in the meantime.*

Keywords: *rule of law, good governance, public administration, local government, accountability, professional accountability.*

¹ dvucetic@prafak.ni.ac.rs.

² The paper is the result of research within the project funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the RS (contract registration number 451-03-68/2020-14/200120).

1. Introductory remarks, concepts, and scope of research

For over a century, Serbian administrative law textbooks have comprised almost the same, unchanged content when it comes to the concept and types of accountability of public administration officials and servants (Denković, 2010: 475-530; Dimitrijević, 2019: 428-451; Ilić, 2006: 587-599; Lončar, 2000: 7-22).³ That view has its roots in the classical theory of law which postulates that the state, as the holder of (national) sovereignty, cannot be limited by higher legal rules because there are no rules higher than the ones made by the state. A different position would contravene the basic logical propositions of the classical notions of the state and sovereignty, according to which nothing stands above the sovereign (Dimitrijević, 2019: 228).

In the contexts of this paper, the term *accountability* (Serb. *odgovornost*) refers to the specific administrative competences and duties of public officials and civil servants, where accountability entails the duty of the specified individuals or collectives (bodies or organizations) to perform an activity, or a number of activities, in accordance with the pre-specified goals. But, accountability can also mean to hold someone responsible for his/her actions, if they start to deviate from the accepted rules of conduct, or if harmful consequences have occurred as a result of such behavior (Dimitrijević, 2019: 429-430). For accountability mechanisms to be fully functional, several factors need to be clearly distinguished and precisely defined: 1) the tasks within the scope of competences of a public body of authority; 2) the exact powers and degree of independence in exercising of these powers; 3) the type of accountability in question; 4) sanctions; and 5) the body or organization an individual or a public body is accountable to (Gatarić, 1989: 10). According to Lončar, the basic elements that comprise the concept of accountability are social norms which define the specific conduct, a wrongful act or a violation of a rule of conduct prescribed by the social norm, as well as the subjects of responsibility and sanctions (Lončar, 2000: 11). According to the same author, accountability can be defined as a breach of a rule of conduct by the accountable person or entity, which is punishable by social sanctions (Lončar, 2000: 13). This classical view on accountability includes numerous types of accountability: accountability of state and non-state bodies; accountability of parliament, government, administration, and the judiciary; accountability of public officials and civil servants; accountability of the head of state; accountability of members of parliament; accountability of officials in administration; private and public accountability; accountability for government and business

³For a detailed list of most important works in the area of administrative accountability, see: Lončar, 2000: 4-5.

acts; individual accountability and accountability for activities of others, etc.⁴ In the subsequent parts of the paper, we will examine only those types of accountability that have a direct significance for the basic subject matter of our interest (accountability of the local administration personnel), such as: non-legal and legal, internal and external, and individual and collective accountability.

Since the mid-20th century, there has been a significant shift or change in the dominant approach to the public administration organization, which has moved away from the social state concept towards the concept of New Public Management and (New) Good Governance (Pollit, Bouchaert, 2017), which consequently adds another point of view on the basic concepts of administrative law. As a general concept, governance is usually used to refer to decision making and decision implementing processes. *Good Governance* is a specific way of conducting public affairs and managing public goods. To understand the concept, the basic principles and values of Good Governance, one must interpret the binding legal norms of numerous acts of the judicature, as well as the provisions of numerous public policy documents. The basic principles of Good Governance are openness, participation, accountability, effectiveness, and coherence (Venice Commission, 2011: 7). Good Governance ideas and principles can be found in the documents of the United Nations and its bodies,⁵ the OECD, the European Commission,⁶ and others. Regarding the content of the good governance concept, especially at the local level, numerous documents of the Council of Europe and its bodies are of particular importance. In 2007, the Conference of European Ministers responsible for local and regional government adopted the “Council of Europe Strategy on Innovation and Good Governance at Local Level”, which states that good governance has become the most effective tool for giving real effects to democracy, human rights protection and the rule of law. This strategy enlists 12 principles of Good Governance, one of which is accountability (CoE, 2007: 19-20).⁷

On the other hand, the basic content of *Good Administration* concept is more clearly defined, especially in the hard law and soft law documents, where the concept of Good Administration refers to the daily contact of administrative

⁴ Lončar provides an extensive list of types of accountability (Lončar 2000: 13) but points out that many of them have limited practical and theoretical use.

⁵ The United Nations Millennium Declaration, Resolution A/RES/55/2. adopted by the General Assembly on 18 September 2000.

⁶ European Commission, European Governance – a White Paper, 25 July 2001, COM(2001) 428 final.

⁷ The Council of Europe Strategy on Innovation and Good Governance at Local Level, MCL-15(2007)8, adopted on 16 October 2007, at the 15th session of the Conference of European Ministers responsible for local and regional government, <https://rm.coe.int/168074808c> (accessed on 21.10.2020).

bodies and authorities with citizens (Vučetić, 2014: 177). This concept is earlier in time and closer to the classical concepts of the legal state and the rule of law. We point to this concept because it is very often mistakenly used as being equal to Good Governance; in fact, they are similar but not equal concepts.

The basic content of the Good Administration concept can be found in Article 6 of the European Convention on Human Rights⁸ and in the EU Charter of Fundamental Rights (which has the character of a legally binding act under the 2009 Lisbon Treaty),⁹ which define procedural rights of the parties in relation to the EU administrative bodies. The first part of Article 41 of EU Charter of Fundamental Rights, titled **right to good administration**, prescribes that “Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union”, while the second part defines the content of the right to good administration in more detail.¹⁰

Many of the basic premises and principles of those two doctrines and concepts have had a strong impact on the national public policy documents and legislation. Such is the case with the Serbian Strategy for the reform of State Administration (2004), the Strategy for the reform of the Public Administration (2014),¹¹ the Strategy of the Regulatory Reform (2016),¹² etc.

Besides the Serbian Constitution (2006), which sets the basic framework for implementing the Good Governance principles, the Serbian legislator has enacted numerous legislative acts in order to promote the basic ideas and principles of Good Governance and to strengthen newly established framework for

⁸ The European Convention on Human Rights (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 1950), https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (accessed on 21.10.2020).

⁹ Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2012/C 326/02), available at: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (accessed on 17.10.2020).

¹⁰ The second part of Article 41 of the EU Charter specifies: “This right includes: (a) the right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken; (b) the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy; (c) the obligation of the administration to give reasons for its decisions.” The next two paragraphs her envisage: “3. Every person has the right to have the Union make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States. 4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language.” (Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights)

¹¹ *Official Gazette RS*, No. 9/2014, 42/2014 - Correction, and No. 54/2018.

¹² *Official Gazette RS*, No. 8/2016.

its implementation. We may briefly name some of them: the State Administration Act,¹³ the Local Government Act,¹⁴ the Act on Free Access to Information of Public Importance,¹⁵ the Anti-Discrimination Act,¹⁶ the Prevention of Discrimination against Persons with Disabilities Act,¹⁷ the Anti-Corruption Act,¹⁸ and many others.

Most of these changes are strongly reflected at the local government level, including both the citizens' position and the status and functions of local government bodies. In that context, this research paper analyzes this new set of regulations aimed at reforming the public administration and explores the duties of the local officials and civil servants in the context of the existing types of accountability. The article addresses the key question: is there a new (theoretical) type of accountability, or can all these new accountability mechanisms be classified as new forms of the existing types of accountability? Before addressing this question, we must resolve a previous question: what are the basic types of local public officials and civil servants in the Serbian local government system that are the subjects of accountability?

2. Types of public officials in Serbian local government administration

The Serbian public administration bodies and authorities comprise public officials and civil servants, both at the national and the local level. The responsibility for their actions cannot be treated in the same way as the responsibility of the bodies and authorities they work for.

The reform of the local civil servants' system was finalized in 2016, by adopting the new Employees in Autonomous Provinces and Local Self-Government Act (hereinafter: the Employees Act).¹⁹ Previously, the status of local government officials and civil servants was very badly regulated by the general rules of labor law, which were mostly inapplicable to the specific legal status of public servants; it caused many problems in exercising of their rights and duties (Vukašinović-Radoičić, Vučetić, 2017: 255). The new Employees Act introduced

¹³ *Official Gazette RS*, no. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018 -another act, 47/2018.

¹⁴ *Official Gazette RS*, No. 129/2007, 83/2014 -another act, 101/2016 -another act and 47/2018.

¹⁵ *Official Gazette RS*, No. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010.

¹⁶ The Act on Prohibition of Discrimination, *Official Gazette RS*, No. 22/2009.

¹⁷ *Official Gazette RS*, No. 33/2006, 13/2016.

¹⁸ The Act on Prevention of Corruption, *Official Gazette of RS*, No. 35/2019, 88/2019.

¹⁹ *Official Gazette RS*, No.4/2016, 113/2017, 113/2017 -another act, 95/2018.

modern human resource management tools into the Serbian local government administration. Those tools are classical elements of the broader package of New Public Management and Good Governance tools for administrative reform, such as: flexibility of organization, mobility within the whole public administration system, promotion based on merits, etc. The system was subsequently rounded off by adopting several decrees.²⁰The Employees Act has been the basis for developing a modern local government officials career system based on merits, professionalism, transparency, and accountability. A very important element of this Act are the new functions in human resource management of local government units, such as: human resource planning, competitive and objective selection of candidates based on merit and transparent criteria, job classification system based on professional performance, promotion based on merit, professional development, training needs analysis, coherent professional training system, and new performance appraisal system (Vukašinović-Radoičić, Vučetić, 2017: 256).

Under Article 3 of the Employees Act, all employees in Serbian local government administrations can be divided into three main categories: officials (Serb. *funkcioneri*), civil servants (Serb. *službenici*), and local government employees (Serb. *nameštenici*). An official is an elected, nominated, or appointed person (except for civil servants in position/office) in the bodies of the local self-government unit (or in the bodies of the city municipality) and in the services and organizations they establish pursuant to special regulations. A civil servant is an employed person who professionally performs professional tasks within the competence of the local self-government unit or related general legal, IT, material-financial, accounting, and administrative affairs. A local self-government employee is a person who is employed to perform ancillary, additional, and technical tasks in the local self-government. The local self-government employees' rights and duties are regulated by the provisions of the general labor law and the provisions of the special collective agreement for local self-government units.

²⁰ Decree on coefficients for calculation and payment of salaries of nominated and appointed persons and employees in state bodies (*Official Gazette of RS*, No. 44/2008 - consolidated text, 2/2012, 113/2017 -another act, 23/2018 and 95/2018 -repealed by another act); Decree on Job Classification and Job Description Criteria for Officials in Autonomous Provinces and Local Self-Government Units (*Official Gazette of RS*, No. 88/2016, 113/2017 - another act and 95/2018 -another act); Decree on Job Classification and Job Description Criteria for Employees in Autonomous Provinces and Local Self-Government Units (*Official Gazette of RS*, No. 88/2016); Decree on the Procedure for Obtaining Consent for new employment and additional employment for users of public funds (*Official Gazette of RS*, No. 113/2013, 21/2014, 66/2014, 118/2014, 22/2015 and 59/2015); Decree on the Implementation of Internal and Public Competition for filling vacancies in autonomous provinces and local self-government units (*Official Gazette of RS*, No. 95/2016); Decree on the Internal Labor Market of State Bodies (*Official Gazette of RS*, No. 88/2019); Decree on the Evaluation of Officials (*Official Gazette of RS*, No. 2/2019)

The employees from the third category do not perform any of the governing administrative functions; thus, their legal position and accountability in performing their tasks and duties are different from the position and accountability of local public officials and civil servants. On the other hand, public officials and civil servants can be held accountable for performance of administrative tasks and duties of the local government administration. Before we proceed with the analysis of their new duties and responsibilities, we will briefly explain their legal status.

The category of civil servants includes a special sub-category of public servants who are heads of the largest administrative units, or the whole local government administration; they are designated as **public servants in office** (Serb. *službenici na položaju*). Their deputies fall into this category as well. In addition to higher education degree and work experience, the specific requirements for the performance of tasks and duties in these positions are prescribed in Article 50 of the Employees Act.

Other categories of civil servants are classified into three broad categories of posts/titles: a counselor, an associate, and an administrative clerk (Serb. *savetnik, saradnik* and *referent*); the job requirements on education, skills and work experience are prescribed in the Decree on Job Classification and Job Description Criteria.²¹ This classification is based on the complexity of their duties, the necessary degree of independence in the performance of duties, the required skills, the scope of supervision over the operations, the required educational background, and the minimum relevant professional experience.

Under Article 4 of the Employees Act, all categories of local administration personnel are responsible to the employer – the local self-government unit. Acting on behalf of the employer (a local self-government unit), the local assembly decides on the rights and duties of the local officials. In practice, this function is usually performed by the local working bodies of the assembly determined by the normative act of the assembly which regulates the competence, composition and organization of working bodies (Dimitrijević, Lončar, Vučetić, 2020: 242). Acting on behalf of the same employer, the city or municipal council decides on the rights and duties of the public servants in office. Acting on behalf of the same employer, the head of the city or municipal administration (public servant in office) decides on the rights and duties of all local civil servants and employees.

²¹ *Official Gazette RS*, 88/2016, 113/2017 –another act, 95/2018 –another act i 86/2019 –another act.

3. Traditional types of accountability in the context of local administration personnel

In this paper, we do not analyze the concept and types of accountability of the local government unit. It is a very complex and completely different kind of accountability (Dimitrijević, Lončar, Vučetić, 2020: 91). Nor do we analyze the accountability of local government authorities (bodies). These two separate types of accountability have been analyzed in the book *Local Self-government Law* (Dimitrijević, Lončar, Vučetić, 2020: 91). Here, we focus on the accountability of the local government personnel. The term *personnel* refers to both public officials and civil servants, including all their subtypes but excluding the local administration employees. Depending on their position in the local self-government unit, both categories of local government personnel (public officials and civil servants) may be subject to legal responsibility (liability) and non-legal accountability (which includes political accountability and ethical accountability).

Political accountability pertains to public officials and it is established upon the assessment of the expediency of their work. The consequence of established political accountability is the termination of office, due to recall or dismissal. But, in some situations, political accountability can be considered as a type of legal responsibility in a general (broader) sense (Dimitrijević, 2019, 435). It particularly refers to those situations where political accountability mechanisms are regulated by legal norms. However, political accountability cannot be completely regulated by legal norms; it often occurs as a result of omission or failure to take appropriate or necessary actions. It is regarded as a kind of underperformance, or wrong implementation of the public policy or other tasks, which is based on the understanding and standpoints taken in advance by the competent body of authority which has defined the public interest in a public policy document (commonly adopted by the local assembly). Political accountability is the assessment of behavior or inactivity of the highest ranking public officials (failure or omission to act) from the “aspect of expediency”. It is a kind of accountability for unsuccessful policy implementation in general or in a particular administrative area (e.g. social services, environment protection, construction, health care, etc.); it is usually **independent of illegal behavior** which may be a presumption of legal liability.

We should also note that political accountability can be **individual** and **collective**. The latter exists in case in which a collective body, comprised of multiple members, fails to accomplish public policy goals and public interests. In such a case, the sanction is collective dismissal and election of new members of a collective body. In contrast, legal responsibility can only be individual.

Legal responsibility (liability) applies to all categories of local government employees, including both public officials and civil servants. They may be held responsible (liable) for illegal/illicit or unlawful performance of their professional duties. The subtypes of legal responsibility are criminal, misdemeanor, civil and disciplinary liability, depending on whether the local official or civil servant has committed a criminal act, a misdemeanor, a breach of professional duty or inflicted material damage (Dimitrijević, Lončar, Vučetić 2020: 94). The first three types of liability can also be designated as types of **penal** responsibility because they include penalty for an illegal or wrongful act (Gatarić, 1989, 16-17). Disciplinary liability can be classified as a kind of **internal accountability**, while the other three types fall into the category of **external accountability**. Internal accountability pertains to all categories of public officials and civil servants in performance of their professional duties.

In the hierarchy of legal norms, Article 3 of the Serbian Constitution, which envisages the rule of law and observance of law by all, is the paramount legal grounds for all types of legal responsibility. The rule of law principle is subsequently elaborated in the provisions of the State Administration Act, the Local Government Act, the Employees of Autonomous Provinces and Local Self-government Act, and numerous sectoral laws.

Civil liability (which commonly entails compensation for damage) is primarily regulated by provisions of the most important civil law acts, such as the Obligation Relations Act.²² Civil liability is usually present in case of intentional or gross negligence in the performance of professional duties of public officials or civil servants. Such cases are adjudicated by the courts of general jurisdiction and, exceptionally, by the Constitutional Court of the Republic of Serbia in case of violation of constitutional human rights and freedoms.

Misdemeanor liability is prescribed by numerous legislative acts, most important of which are the Public Procurement Act,²³ the Inspections Supervision Act,²⁴ the Employees in Local Self-Government Act (applicable in cases of failure to assess the performance of subordinated civil servants, to develop special professional training programs, inappropriate filling of the vacancies, etc.), the Registries Act²⁵ etc.

²² *Official Gazette of the SFRY*, No. 29/78, 39/85, 45/89 - decision of the USJ and 57/89, *Official Gazette of the FRY*, No. 31/93, *Official Gazette of Serbia and Montenegro*, No. 1/2003 - Constitutional Charter and *Official Gazette of RS*, No. 18/2020.

²³ *Official Gazette of RS*, No.91/2019.

²⁴ *Official Gazette of RS*, No.36/2015, 44/2018 - another act and 95/2018.

²⁵ *Official Gazette of RS*, No.20/2009, 145/2014 and 47/2018.

Criminal liability of local government personnel includes criminal offenses against official duty, abuse of official position, misappropriation of official funds, trading in influence, receiving bribes, revealing official secrets, etc. The most important criminal offences that may be committed by local government officials and servants are prescribed in a special chapter of the Criminal Code (CC)²⁶, titled “Criminal offenses against official duty”. Criminal liability is strictly individual and depends on the seriousness of the illicit act.

The next part of this paper will address the key research question: are there any new types of accountability that have been developed in Serbian legal system under the influence of the Good Governance doctrine, which would require inclusion of a new type(s) of accountability in the theory of administrative law.

4. New types of accountability or new forms of the existing types of accountability?

There is an ongoing expansion of accountability mechanisms. This process is a consequence of constant transformation of Serbian public administration under the influence of administrative doctrines, international organizations and international law (Dimitrijević, Vučetić, Vučković, 2019). In previous decades, numerous agencies, independent regulatory bodies (Jovanić, 2014) and controlling bodies (Davinić, 2018) have been included in the public administration system. But, as we shall see, many of the formal mechanisms for establishing the accountability of local officials have basically remained the same, which means that they can be classified into the same types of accountability which have been previously listed and explained. But, there are new types of accountability that are becoming increasingly important, especially the non-legal and informal ones.

4.1. Informal accountability

In accordance with the growing importance of the Good Governance principle of participation, there is a growing scrutiny and accountability of local officials to the numerous national and local media, and to the non-governmental organizations established by the socially aware and responsible citizens.

4.2. External accountability

The numerous bodies established to implement external control of local self-government (LSG) units do not control only the legality of their actions but also the implementation of the Good Governance principles. The scope of their actions is broader: it is not only reactive but also proactive, including a strong preventive and advisory role as well as frequent issuance of recommendations

²⁶ Criminal Code, *Official Gazette of RS*, No. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 and 35/2019.

for improvement of the current situation. There is a growing significance of acting in compliance with the recommendations and other acts issued by the independent regulatory and controlling bodies of the state, the most important of which are the Protector of Citizens (Ombudsman), the State Audit Institution, the Anti-Corruption Agency, the Commissioner for Protection of Information and Personal Data of Public Importance, and the Commissioner for Protection of Equality.

4.2.1. Accountability to the Ombudsman (national and local ones):

This form of accountability ensures the protection to the good administration principles. Based on the model of the EU Code of Good Administration which is used by the European Ombudsman in assessing the regularity of work of the EU bodies, the Serbian Ombudsman drafted and initiated the adoption of the Code of Good Administration in 2010 (Protector of Citizens, 2011: 26). Although the Ombudsman's decisions are only recommendations without a binding force, LSG bodies are obliged to align their conduct with the given recommendation; if they fail to do so, the Ombudsman is obliged to inform the highest state bodies about their misconduct.

4.2.2. Accountability to the State Audit Institution:

This institution conducts audit of regularity and expediency of local government activities. It is authorized to request measures to be taken by a competent authority, as well as to send notice to the National Parliament. In case of a serious breach of good business and governance practices, the State Audit Institution can call the authority to dismiss the responsible official, as well as to inform the public about it. The State Audit Institution can initiate misdemeanor, criminal, and civil liability mechanisms, and it is authorized to notify the public attorney about these offences.

4.2.3. Accountability to the Commissioner for Protection of Information and Personal Data of Public Importance:

In performing of his duties, the Commissioner mainly has inspection powers, and he is authorized to request the establishment of misdemeanor responsibility of responsible officials. Similarly, the *Commissioner for the Protection of Equality* has the power to request the establishment of misdemeanor liability.

4.2.4. Accountability to the Corruption Prevention Agency:

The Anti-Corruption Agency is one of the newly established independent regulatory bodies with strong competences in the control of local officials' accountability. Under the provisions of the Corruption Prevention Act,²⁷ the concept of “an official” is broader than the one in the Employees in Autonomous Provinces and Local Self-Government Act. The provisions of the Anti-Corruption Act also envisage the obligation of the Anti-Corruption Agency to establish an operational Registry of officials. The Agency investigates if there is a breach of legal obligations regarding conflicts of interest, and a significant increase of assets of local public officials and civil servants. The measures at the disposal of this Agency are a public warning and a publication of the recommendation for dismissal. Misconduct and criminal liability mechanisms are prescribed by the law as well.

4.3. Internal accountability

4.3.1. Ethical accountability

Rules of conduct and professional ethics have also been strengthened. Principles and responsibilities prescribed by the codes of professional conduct are accepted by public officials and civil servants at the moment of taking office or conclusion of employment contract. Sanctions are not only of moral nature but can be legal as well (usually disciplinary) if the conduct envisaged in these codes is legally protected. Based on the model developed by the Standing Conference of Towns and Municipalities (SCTM), most local governments in Serbia have enacted codes of conduct both for local public officials and civil servants. It is now an obligation under the Act on Employees in Autonomous Provinces and Local Self-governments.

Codes of conduct of local public officials are based on specific ethical principles, such as: the rule of law, legality, transparency, participation, respect of electoral will, fairness, objectiveness, personal integrity, anti-discrimination, etc. On the other hand, codes of conduct of civil servants regulate specific types of accountability mechanisms for the breach of the following principles: priority of public interest, duty of equal treatment, reporting abuse and corruption, prohibition of conflicts of interest, ban on receiving gifts, political and public activity of officials, failure to react on illegal offers, abuse of official position, special role of a civil servant, etc.

²⁷ *Official Gazette of RS*, No. 35/2019 and 88/2019.

4.3.2. Professional Accountability

Performance appraisal is another form of internal accountability which did not exist before the adoption of the Act on Employees of Autonomous Provinces and Local Self-Governments in 2016. Performance appraisal of local public officials and civil servants is still undervalued as the Good Governance tool for improving operational efficiency of local administration. Performance appraisal is an important part of the career system and human resource management; essentially, it implies giving grades to the local civil servants for their annual performance. The evaluation is based on the quantitative criteria (work results, accomplishments) and the qualitative criteria (initiative, skills, communication with other employees, and other competencies). Good performance appraisal grade is a precondition for career promotion, while poor performance can be the reason for the termination of service. The system of promotion based on merits has been introduced, with the aim of stimulating skilled employees and promoting their efficiency. It will help overcome the flaws in local administration activities, encourage better results, and ensure fair decision-making on their promotion and professional development. From the aspect of legal security of employees and protection of their rights, the rules on the appraisal procedure are of particular importance.

4.3.3. Disciplinary Liability

The Act on Employees of Autonomous Provinces and Local Self-Governments also provides a list of (severe and minor) breaches of duty of employment, as a precondition for disciplinary liability as another form of internal accountability. The first-instance authority is the disciplinary committee (consisting of three members, two of whom are lawyers). The second-instance authority is the Appeal Committee, a collective body working in sessions. The Appeal Committee decision may be challenged in an administrative dispute proceeding before the Administrative Court. The introduction of the Appeal Committee as the second-instance body has ensured greater objectivity in handling appeals because, prior to 2016 Employees Act, appeals were decided by the same body (head of the administrative office) that decided in the first instance, which had negative effects on the exercise and protection of the public officials and civil servants' rights.

4.3.4. Internal revision

Article 82 of the Budget System Act²⁸ and the accompanying Rulebook on common criteria for organization and standards and methodological instructions

²⁸ *Official Gazette of RS*, no. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 (corrected), 108/2013, 142/2014, 68/2015 (another law), 103/2015, 99/2016,

for handling and reporting on internal audit in the public sector²⁹ stipulate that users of public funds have to establish internal audit mechanisms. Internal auditors cannot establish direct responsibility but they can give certain recommendations in their reports, where they can propose improvement of the existing organization, activities and operations of the audited local government organizational unit; thus, they can contribute to eliminating irregularities, errors or shortcomings that have been identified in the auditing procedure.

5. Concluding remarks

In the first part of the paper, the author defines the concept and the basic elements of accountability in general theory of administrative law. Then, the research focuses on several types of accountability of public officials and civil servants in local government units. The “classical” types of accountability are analyzed in the context of the ongoing change of the Serbian public sector, which is strongly influenced by the Good Governance principles and doctrinal approach taken from numerous international organizations. One of the key principles of Good Governance is accountability.

The second part of the paper focuses on the local government personnel, which is divided into three main categories, with their subgroups. The author discusses their specificities in order to analyze the main types of accountability mechanisms that these groups are subject to.

In the final two parts of the paper, the author analyzes the local government personnel accountability mechanisms established by new legislative acts, rules and regulations, and compares them with the classical accountability mechanisms: legal responsibility (criminal, misdemeanor, disciplinary, and civil liability) and non-legal accountability (political and ethical accountability), individual and collective accountability, and internal and external accountability. Almost all types of local government personnel accountability that are prescribed in Serbian legislation fall into those “classical” categories, but the non-legal and internal ones are gaining significance. The constantly evolving “classical” types are also being redefined and adjusted to the current public interests and goals. Thus, the author concludes that there is no need to differentiate completely new, previously unknown types of accountability of local personnel.

New accountability mechanisms keep emerging and multiplying; they are the result of the newly established independent, regulatory bodies and agencies (Citizens’ Protector/Ombudsman, the State Audit Institution, the Anti-Corruption

113/2017.

²⁹ *Official Gazette of RS*, no. 99/2011 and 106/2013.

tion Agency, the Commissioner for Protection of Information and Personal Data of Public Importance, and the Commissioner for Protection of Equality), which are part of the public administrative network.

There is a growing number of preventive non-legal mechanisms, and the recommendations of the newly established bodies constantly modify the conduct of local administration personnel. Besides the growing importance of ethical accountability mechanisms, professional accountability is the most interesting type of accountability, with the potential of becoming a new *sui generis* type of internal accountability. We are witnessing the emergence of new forms of professional accountability mechanisms (such as performance appraisal), which have not been part of Serbian legislation on local government (at least not in such a precise and detailed manner). These new accountability tools have significantly improved the chances of implementing strategic development goals in the daily lives of every local government official and civil servant. Performance appraisal, which essentially implies giving grades to the local public officials and civil servants for their annual performance, is an important part of career system and human resource management at the local level.

References

- Davinić, M. (2018). *Nezavisna kontrolna tela u Republici Srbiji*. Beograd: Dosije.
- Denković, D. (2010). *Dobra uprava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Dimitrijević, P., Vučetić, D., Vučković, J. (2019). U.S. Influence on the Public Agencies System in Serbia. Kuzmanović N., Trifunović D. (eds.) *International scientific conference "Serbian-American relations" Proceedings*, Novi Sad: Archives of Vojvodina. Belgrade: Institute for National and International Security. 107-133.
- Dimitrijević, P. (2019). *Upravno pravo (Peto izdanje)*. Niš: Medinvest.
- Dimitrijević, P., Lončar, Z., Vučetić D. (2020). *Pravo lokalne samouprave*. Beograd: Službeni glasnik.
- European Commission (2001), *European Governance – a White Paper*. Luxembourg: Publications Office of the European Union
- Gatarić, Đ. (1989). *Odgovornost javne uprave*. Zagreb: Pravni fakultet: Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom.
- Ilić, M. 2006, *Upravno pravo*. Niš: Balkanski centar za izučavanje lokalne samouprave.

Jovanić T. (2014). *Proces regulacije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Lončar, Z. (2000). *Odgovornost ministara sa posebnim osvrtom na jugoslovensko pravo (doktorska disertacija)*. Novi Sad.

Pollit, C. Bouchaert, G., (2017). *Public management reform: a comparative analysis - new public management, governance, and the neo-weberian state*. Oxford: Oxford University Press.

Protector of Citizens (2011). 2010 regular annual report of the Protector of Citizens. Belgrade: Protector of citizens; <https://www.ombudsman.rs/images/dokumenta/Annual%20Report%202010.pdf>

Venice Commission (2011), *Stocktaking on the notions on “good governance” and “good administration”*, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2011\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2011)006-e)

Vučetić D. (2014), *Evropska upravno-procesna pravila i opšti upravni postupak Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68: 175-186.

Vukašinović-Radoičić, Z. Vučetić, D. (2017). *Novelties in the Serbian Local Self-Government System*. In: Simenunović-Patić B. (ed.) *Archibald Reiss Days - thematic conference proceedings of international significance - Vol. II*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies.

United Nations (2000). *United Nations Millenium Declaration*. New York: United Nations Dept. of Public Informations.

Legal Sources

Council of Europe (2007). *Strategy on Innovation and Good Governance at local level*, <https://rm.coe.int/1680701699>

Council of Europe (1950). *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Rome.

European Ombudsman (2002). *European Code of Good Administrative Behavior*, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510>.

European Union (2012). *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj,

Krivičnik (Criminal Code), *Službeni glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

Pravilnik o zajedničkim kriterijumima za organizovanje i standarde i metodološke postavke za postupanje i izvođenje internih revizija u javnom sektoru (Rulebook

on common criteria for organization and standards and methodological instructions for handling and reporting on internal audit in the public sector), *Službeni glasnik RS*, 99/2011 i 106/2013.

Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji (Strategy for the reform of the Public Administration in the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS*, 9/2014, 42/2014 - ispr. i 54/2018.

Strategija regulatorne reforme (Strategy of the Regulatory Reform), *Službeni glasnik RS*, 8/2016.

Zakon o budžetskom sistemu (Budget System Act), *Službeni glasnik RS*, 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 (ispr.), 108/2013, 142/2014, 68/2015 (dr. zakon), 103/2015, 99/2016, 113/2017.

Zakon o državnoj upravi (State Administration Act), *Službeni glasnik RS*, 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 i 30/2018 –dr. zakon.

Zakon o inspekcijskom nadzoru (Inspections' Supervision Act), *Službeni glasnik RS*, 36/2015, 44/2018 – dr. zakoni 95/2018.

Zakon o javnim nabavkama (Public Procurement Act), *Službeni glasnik RS*, 91/2019.

Zakon o lokalnoj samoupravi (Local Government Act), *Službeni glasnik RS*, 129/2007, 83/2014 - other law, 101/2016 –dr. zakoni 47/2018.

Zakon o matičnim knjigama (Registries Act), *Službeni glasnik RS*, 20/2009, 145/2014 i 47/2018.

Zakon o obligacionim odnosima (Obligation Relations Act), *Službeni list SFRJ*, 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, 31/93, *Službeni list SCG*, 1/2003 I *Službeni glasnik RS*, 18/2020.

Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja (Act on Free Access to Information of Public Importance), *Službeni glasnik RS*, 120/2004, 54/2007, 104/2009 i 36/2010

Zakon o sprečanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (Prevention of Discrimination against Persons with Disabilities Act), *Službeni glasnik RS*, 33/2006 i 13/2016.

Zakon o sprečavanju korupcije (Anti-Corruption Act), *Službeni glasnik RS*, 35/2019 i 88/2019.

Zakon o zabrani diskriminacije (Anti-Discrimination Act), *Službeni glasnik RS*, 22/2009.

Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave (Employees of Autonomous Provinces and Local Self-government Act), *Službeni glasnik RS*, 21/2016, 113/2017, 95/2018 i 113/2017 –dr. zakon.

Uredba o internom tržištu rada državnih organa (Decree on the Internal Labor Market of State Bodies), *Službeni glasnik RS*, 88/2019.

Uredba o ocenjivanju službenika (Decree on the Evaluation of Officials), *Službeni glasnik RS*, 2/2019.

Uredba o kriterijumima za razvrstavanje radnih mesta i merilima za opis radnih mesta službenika u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave (Decree on Job Classification and Job Description Criteria for Officials in Autonomous Provinces and Local Self-Government Units), *Službeni glasnik RS*, 88/2016, 113/2017-dr.zakon, 95/2018-dr.zakoni 86/2019-dr. zakon).

Uredba o koeficijentima za obračun i isplatu plata imenovanih i postavljenih lica i zaposlenih u državnim organima (Decree on coefficients for calculation and payment of salaries of named/nominated and appointed persons and employees in state bodies), *Službeni glasnik RS*, 44/2008–prečišćen tekst, 2/2012, 113/2017-dr.zakon, 23/2018, 95/2018-dr. zakoni 86/2019-dr. zakon.

Uredba o postupku za pribavljanje saglasnosti za novo zapošljavanje i dodatno radno angažovanje kod korisnika javnih sredstava (Decree on the Procedure for Obtaining Consent for new employment and additional employment for users of public funds), *Službeni glasnik RS*, 113/2013, 21/2014, 66/2014, 118/2014, 22/2015 i 59/2015.

Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika (Decree on Job Classification and Job Description Criteria for Employees in Autonomous Provinces and Local Self-Government Units), *Službeni glasnik RS*, 88/2016.

Uredba o sprovođenju internog i javnog konkursa za popunjavanje radnih mesta u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave (Decree on the Implementation of Internal and Public Competition for filling vacancies in autonomous provinces and local self-government units), *Službeni glasnik RS*, 95/2016.

Др Дејан Вучетић,
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ У КОНТЕКСТУ ПРИНЦИПА ДОБРОГ УПРАВЉАЊА

Резиме

Након постављања правних темеља савремене локалне самоуправе 2007. године, Република Србија их је константно модернизовала, усавршавала и прилагођавала ширем контексту реформе целог сектора јавне управе. Ту реформу прати промена парадигме начина рада јавне, односно локалне управе, као децентрализованог дела јавног сектора. У 21. веку принципи владавине права и правне државе се надограђују принципима доброг управљања, разрађеним у најзначајнијим националним и међународним правним документима. Један од носећих стубова доброг управљања јесте и одговорност. У том контексту врши се детаљна анализа конкретних облика правне одговорности запослених у локалној самоуправи (кривична, прекршајна, дисциплинска, и материјална), али се посебан акценат ставља на нове облике одговорности који су се у међувремену јавили (етичка одговорност, професионална одговорност, и др.).

Кључне речи: *правна држава, добро управљање, јавна управа, локална самоуправа, одговорност, професионална одговорност.*

(НЕ)ОДГОВОРНОСТ НЕПОСРЕДНО ИЗАБРАНИХ НОСИЛАЦА ДРЖАВНИХ ФУНКЦИЈА

Апстракт: Одговорност носилаца политичких функција је једна од основних карактеристика демократских система. То се односи и на носиоце функција који су мандат за њихово обављање добили од грађана, на непосредним изборима. Осим политичке и правне одговорности која се најчешће повезује са обављањем функције шефа државе, из чињенице непосредног избора посланика и одборника у представничка тијела, сматрамо да постоји један посебан облик њихове одговорности према друштву, грађанима, односно бирачима који су гласали за њих и њихову политичка одређења. Овај аспект одговорности посматрамо у контексту непоштовања изборне воље бирача. У раду се анализира питање одговорности председника република земаља у којима се шеф државе бира на непосредним изборима. Акцент ће бити на уставним нормама које се односе на разлоге и поступак утврђивања одговорности председника републике, са нагласком на државе окружења, те улогу уставног суда у поступку и одлучивању о оптужби. У раду се указује на проблем у виду непостојања уставних норми за утврђивање правне и политичке одговорности чланова Предсједништва БиХ, што има за посљедицу њихову неодговорност и немогућност опозива, односно разрешења, као и на недовршеност нормативног оквира за утврђивање одговорности и опозива непосредно изабраног председника Републике Српске. Аутор истражује и веома честу појаву, присутну посљедних неколико година у политичкој пракси БиХ и ентитета, а односи се на преласке посланика (одборника), након избора, из једне у друге политичке странке супротне политичке оријентације, из опозиције у владајуће структуре, те заступања другачијих политика и ставова од оних које су износили

¹ доцент (Уставно право), Правни факултет Универзитета у Бањој Луци; milan.pilipovic@pf.unibl.org

прије избора и на основу којих су добили мандат од грађана. Аутор сматра да је управо изигравање изборне воље грађана од стране посланика, показатељ одсуства моралне, етичке одговорности у ширем, друштвеном контексту.

Кључне ријечи: одговорност, устав, предсједник републике, уставни суд, посланик.

1. Увод

Професионалне и друштвене позиције које подразумевају доношење битних одлука носе са собом и одговорност. Вршећи своју функцију појединац преузима на себе одређене обавезе и дужности за које је одговоран. У случају неиспуњења својих дужности мора бити спреман да преузме одговорност и негативне последице (санкцију) за неодговарајуће поступање. Стога се може, закључити да појам одговорности подразумева професионално коректно (морално и етичко) поступање у раду као и савесно обављање својих дужности у складу са прописаним законима и другим правним нормама (Јовановић, 2018: 72). Одговорност носилаца политичких функција је једна од основних карактеристика демократских политичких система. У основи политичке одговорности је повјерење које носиоци политичких функција добијају приликом свог избора на почетку мандата. Осим политичке и правне одговорности која се најчешће повезује са обављањем функције шефа државе, из чињенице непосредног избора, сматрамо да постоји један посебан облик одговорности изабраних носиоца државне функције према друштву, грађанима, односно бирачима који су гласали за њих и њихову политичка одређења. Овај аспект одговорности, односи се на посланике, а посматрамо га у контексту поштовања изборне воље грађана. У раду ћу најприје указати на основно значење појма одговорности и облике у којима се јавља. Затим ће се анализирати одговорност предсједника републике, са акцентом на земље окружења. Наиме, у свим новонасталим државама на тлу бивше СФРЈ, шеф државе се бира на непосредним изборима од стране грађана, а устави, притом, не предвиђају институт министарског премапотписа, осим изузетно, Устав Републике Хрватске (даље: Хрватска), који утврђује само нека овлашћења која предсједник не може остварити без премапотписа. У Босни и Херцеговини (даље: БиХ) колективни шеф државе, трочлано Предсједништво, бира се на непосредним изборима. Од два ентитета у БиХ, у Републици Српској, предсједник Републике се такође бира на непосредним изборима, док у ФБиХ у Парламенту. БиХ завређује посебну пажњу, јер Устави свих држава у региону, осим Устава БиХ, утврђују одговорност шефа државе

и надлежност уставног суда да одлучује у утврђивању њихове одговорности. У другом дијелу рада ће се разматрати изостанак друштвене одговорности посланика према грађанима - бирачима, које се манифестује у изигравању њихове изборне воље на начин (вишеструког) преласка из једне у другу странке, потпуно супротне политичке опције и опредјељења од оне коју је посланик заступао прије избора и на основу које је добио мандат од грађана. Та појава је веома изражена у политичкој пракси Босне и Херцеговине, а због ограниченог обима рада, овом приликом ћемо то приказати на примјеру Републике Српске.

2. Појам правне и политичке одговорности

Појам одговорности се везује за дужност, односно за функцију коју неко врши, што имплицира да се понашање тог лица може испитивати и контролисати од стране других надлежних лица. У случајевима неадекватног вршења својих дужности лице се позива на одговорност, његово понашање и донесене одлуке се процјењују и доноси се санкција за учињене пропусте. Санкција може бити новчана (материјална) и кривична. “Већ из самог одређења појма одговорности може се уочити да одговорност подразумева ограничавање моћи и овлашћења, подложност контроли различитих субјеката којима се даје право да цене да ли је нечији рад у складу са усвојеним нормама и стандардима, те да у оним случајевима у којима процене да то није предузму одговарајуће мере или изрекну одговарајуће санкције”(Зекавица, 2016:119).

У уставном праву разликује се правна и политичка одговорност носиоца извршне власти. Правна одговорност, по настанку старија, одговорност је за повреду устава или другог прописа. Миодраг Јовичић одговорност дијели на правну и ванправну. По њему „у основи постоје две врсте претпоставки за било који облик одговорности: одговарати се може или, прво, за повреду изричитих правних прописа, или, друго за повреду обавеза моралне природе које леже у основи сваког односа поверења какав везује оне међу којима први поверава другоме да га у нечему представља, да у његово име врши неку функцију. Ова два основа одговорности доводе до разликовања, на једној страни кривичне, грађанске и дисциплинске одговорности- као облика одговорности за повреду кривичноправних, грађанскоправних или дисциплинских прописа и на другој страни политичке одговорности – која се манифестује у престанку односа поверења. Међутим, док су остали облици одговорности (кривична, грађанска и дисциплинска) увек облици правне одговорности, политичка одговорност може бити и правна и ванправна“ (Јовичић, 2006: 115). Политичка

одговорност као један од облика одговорности носиоца извршне власти је објективна одговорност из разлога што може постојати чак и у ситуацијама када не постоји кривица и намјера у правном смислу. Подразумјева одговорност политичких функционера за непримјерен и несврсисходан рад, изостајање очекиваних резултата и за друге непожељне радње учињене у оквиру политичке функције. Политичка одговорност не значи кршење унапријед одређеног правног правила, као што је то случај код утврђивања правне одговорности, већ било који поступак супротан очекивању од повјереног мандата. У основи политичке одговорности је повјерење које носиоци политичких функција добијају од грађана приликом свог избора, да у њихово име доносе одлуке од велике важности и да воде државну политику. Притом, функционери би требали пред грађанима и органима од којих су изабрани оправдати своја дјела како би задржали добијено повјерење на почетку свог мандата. Губитак повјерења доводи до губитка мандата који представља санкцију за политички неодговорно понашање. Посљедице политичке одговорности су различите. Санкција за политички неодговорно понашање огледа се у подношењу оставке од стране носиоца функције, опозив, разрјешење или смјењивање. „Оно што се најчешће замјера носиоцима јавних функција, јесте да увијек преовлада жеља за моћи, привилегијама, потреба за остваривањем личних интереса као и избјегавање одговорности које поменути функције носе и неиспуњавање обећања датих пре избора од стране грађана.“ (Јовановић, 2018: 77). Стога има мишљења да се „у последње време корупција се све више из извршне сели у законодавну активност (парламент)“ као и да се „узрок томе налази у повезаности политике и новца, тј. у коруптивном финансирању политичких странака и, заузврат, омогућавању стицања новца уз помоћ власти“ (Бошковећ et.al., 2015: 144) Међутим, „мора се имати у виду чињеница да за разлику од правне одговорности носиоца извршне власти која је регулисана уставом и законским актима, политичку одговорност карактерише примјена политичких и моралних критеријума којим се процјењује цјелисходност одређених поступака. Правна одговорност се манифестује као одговорност за кршење Устава и закона, превасходно предсједника републике које може да почини у вршењу уставних овлашћења и дужности. Разликује се политичка и правна одговорност предсједника републике, од којих је прва рјеђа, а друга доста чешћа. Политичка одговорност шефа државе је „облик правне одговорности уколико је она нормативно, по правилу, уставним актом, регулисана и за њу предвиђена правна санкција. У случају да изостану ова два неопходна услова, политичка одговорност може постојати, али у форми ванправне одговорности“ (Пејић, 1998: 135). Стога управо код предсједника републике учачавамо да политичка одговорност може бити правна и ванправна.

3. Правна и политичка одговорност предсједника републике са посебним освртом на земље региона

Одговорност шефа државе, прије свега, зависи, од облика владавине као и од постојања института премапотписа. У монархијама, шеф државе није правно одговоран, а одговорност за његове акте преузима министар који их премапотписује. У предсједничком и парламентарном систему предсједник републике не сноси политичку одговорност, али потпада под правну одговорност. Предсједник републике у предсједничком систему власти није политички одговоран, јер је он носилац цјелокупне извршне власти, а та је власт, крутом подјелом, одвојена и независна од парламента тј. не сноси одговорност пред парламентом. „Парламент не може тражити од предсједника да води овакву или онакву политику у извршењу закона; он му може наређивати једино преко закона. Он не одговара ником за свој рад и једино може одговарати ако учини кривично дјело“ (Лукић, 1995: 169). Политичка неодговорност предсједника републике у парламентарним системима је заснована на чињеници постојања владе, као носиоца извршне власти и креатора политике. Тако се одговорност извршне власти и политичка одговорност уопште, остварује преко одговорности владе, а не преко предсједничке одговорности, у уставним системима који познају премапотпис, за акте шефа државе одговара министар који премапотписује акт. „Класични парламентарни систем, предвидевши институт премапотписа министара за акте шефа државе, не познаје политичку одговорност самог поглавара, јер би то било излишно крај политички одговорних министара“ (Ђорђевић, 2007: 38). Предсједник републике који је добио мандат на непосредним изборима, може евентуално, политички одговарати само пред бирачима и то уколико постоји уставом утврђена могућност опозива. У таквим случајевима, одлуку о опозиву шефа државе доносе парламент и грађани. У парламенту се покреће поступак одлучивања о одговорности, а на референдуму доноси одлука о опозиву. Једино у скупштинском систему власти, предсједник републике за свој рад сноси политичку одговорност пред парламентом који га је и изабрао, јер у скупштинском систему имамо концентрацију свих државних власти у представничком тијелу.

„Одговорност предсједника републике као носиоца једне од највиших државних функција заузима посебно мјесто у функционисању правног и политичког система. Препоставке за утврђивање и изрицање санкције правне одговорности шефа државе зато су регулисане уставним нормама“ (Пејић, 1998: 155). Политичка и кривична одговорност шефа државе су облици правне одговорности који се директно одражавају на дужину вршења њему повјерених овлашћења, док се остали облици правне одговорности (грађанска и дисциплинска) не изазивају посљедице непосредно у

погледу дужине трајања предсједничког мандата. Основ политичке одговорности предсједника републике чини оцјена цјелисходности његових радњи и аката, односно политичка процјена њихове сагласности са ставом, мишљењем или схватањем оног органа који је по уставу надлежан да врши такву контролу. Дакле, ради се о дискреционој оцјени надлежног органа и у томе нема никакве разлике између правне и ванправне политичке одговорности. Разлика између њих испољава се на плану формалноправних услова у погледу надлежности, поступка и санкције.

Поступак за изрицање неповјерења шефу државе се не регулише нормама до детаља. Предмет правног нормирања су само начелне одредбе о појединим фазама: иницијатива, покретање поступка и форма одлучивања. Оцјењивање цјелисходности рада није предмет детаљног правног нормирања, већ подлијеже дискреционој оцјени надлежног органа. Правна санкција политичке одговорности је опозив. Негативна оцјена надлежног органа о цјелисходности рада шефа државе значи раскидање односа повјерења између два органа који их је раније повезивао (Јовичић, 1968: 5-6). Правна одговорност предсједника републике своди се на одговорност за повреду устава и (веле)издају. Утврђивање његове правне одговорности има одређене специфичности које се огледају у томе што обично поступак за покретање одговорности, припада једним органима, а да други, посебни органи, као нпр. горњи дом парламента, непосредно уставни суд или највиши (врховни) судски орган земље, одлучују о постојању одговорности предсједника републике.²

У компаративној уставности о оптужбама против високих државних функционера одлучују посебни органи који испитују њихове кривице и утврђују њихову одговорност. Тако одлучивање о оптужбама против највиших државних функционера може бити у надлежности парламента. У уставним системима у којима је парламент бикамералан, то је „у надлежности једног од његових домова, најчешће дома грађана (нпр. у Уставима Грчке, Кине, Алжира, Кубе, Албанија)“ (Пајванчић, 1995: 246), али, као нпр. у САД, може бити и у надлежности другог дома тј. Сената. У случају кад је надлежност подијељена између домова, оптужбу покреће дом грађана, а одлуку о кривици доноси други дом.³ У неком уставним системима, за до-

² Тако нпр. у Руској Федерацији, оптужницу подиже Државна дума двотрећинском већином гласова. Након тога Уставни суд и Врховни суд одлучују о постојању кривичног дјела и поштовању процедуре. Ако су одлуке судова потврдне, Савјет Федерације може двотрећинском већином гласова разријешити предсједника дужности.

³ У САД Представнички дом јавља у улози тужиоца а Сенат у улози судије, а председава предсједник Врховног суда. Одлучивање о оптужбама против високих државних функционера може бити у надлежности *парламентарних комисија*. То

ношење одлуке о одговорности високих државних функционера, одлучује „посебно тијело у чији састав улази одређен број судија као и представници изабрани у парламенту“ (Пајванчић, 2005: 192), док је у неким, за доношење одлуке о одговорности и разрешењу шефа државе, неопходно и непосредно изјашњавање грађана.⁴ О одговорности високих државних функционера у многим државама,⁵ укључујући и државе настале дисолуцијом Југославије, одлучује уставни суд односно други *судски органи* у чијој надлежности је одлучивање о уставности.

3.1. Улога уставног суда у одлучивању о одговорности председника републике

Једна од надлежности уставног суда у појединим државама јесте и да одлучује о оптужбама против шефа државе, али и других високих државних функционера, односно да учествује поступцима утврђивања њихове одговорности. Великом броју устава који утврђују такву надлежност уставног суда, припадају и уставни бивших социјалистичких земаља (Бугарска, Словачка, Чешка, Пољска, Русија, Румунија). Од новонасталих држава на тлу бивше СФРЈ, уставни свих држава, осим Устава Босне и Херцеговине, утврђују ову надлежност уставног суда.

О улози уставног суда, као органа који одлучује о повреди устава и његове улоге коју има у утврђивању одговорности шефа државе, је говорио и Х. Келзен. У складу са позитивистичким гледањем на право, Келзен под повредом устава подразумјева установљење неког чињеничног стања противног уставним нормама. Повреда устава може бити и посредна, у случају да је прекршен неки закон донесен на основу устава. Чувар устава, међутим, треба да се бави искључиво непосредним повредама, које могу

могу бити комисије надлежне за одлучивање о питањима уставног карактера (нпр. Шпанија, Португал), или посебне, *ad hoc*, парламентарне комисије образоване поводом конкретног случаја са задатком да утврде одговорност високих државних функционера за повреду устава или закона. Види: Маријана Пајванчић, *Функције уставног суда у утврђивању кривице шефа државе у уставима земаља у транзицији*, у: *Уставни суд Србије-у сусрет новом уставу-(зборник радова)*, Београд, 2004, стр. 12

⁴ Нпр. Устав Аустрије (члан 29) утврђује да Савезни председник може бити смијењен народним референдумом, који се организује на захтјев Савезне скупштине. *Ustav Austrije* https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf

⁵ Бугарска, Словачка, Румунија, Чешка. У Италији уставни суд такође одлучује о одговорности високих државних функционера, (председника и министара), али у проширеном саставу. Састав уставног суда се за ту прилику проширује са још 16 чланова које бира парламент на почетку мандатног периода парламента. Та лица (грађани) морају испуњавати услове прописане за избор посланика у горњи дом парламента-Сенат (чл.135.ст. 5 Устава Италије).

учинити само државни органи јер они остварују устав. Будући да повреда устава има правни карактер, о њој треба да одлучује суд.⁶

За разматрање ове специфичне надлежности уставног суда у погледу утврђивања одговорности предсједника републике, карактеристична су три питања: који су разлози за одговорност; основна процесна правила одлучивања о оптужбама против високих државних функционера; која је улога уставног суда у одлучивању у тим оптужбама, односно какво је правно дејство одлука уставног суда.

У уставним системима са републиканским обликом, општи оквир одговорности шефа државе различито се утврђују. Прво, шеф државе може бити оптужен за повреду устава, рјеђе и за повреду закона,⁷ (веле)издају,⁸ или друга тешка дјела.⁹ Друго, у неким уставима утврђено је да шеф државе може бити оптужен за дјела и радње које учини приликом обављања својих функција, тј. у оквиру својих уставних надлежности, док у другима, шеф државе може бити оптужен за дјела и радње које предузима, а да се, притом, уставима не прецизира да ли се његова одговорност креће само у границама његове надлежности или и изван ње. Треће, у републиканским облицима владавине, од утицаја на одговорност шефа државе је и начин његовог избора (избор од стране парламента или непосредан избор од стране грађана), те постојање института премапотписа. „Стављајући свој потпис на акте шефа државе, министар преузима на себе одговорност за шефа државе. Отуда о оптужбама против министара за акте шефа државе одлучује уставни суд. И у том случају уставни суд одлучује о оптужбама против шефа државе, али с обзиром да одговорност шефа државе преузима министар који је премапотписао акт, то уставни суд одлучује о оптужби против министра“ (Пајванчић, 1995: 248).

Од држава бивших југословенских република, једино Устав Босне и Херцеговине не утврђује одговорност високих државних функционера, па ни шефа државе, пред уставним судом. Устави осталих држава утврђују да се оптужба може подигнути против предсједника Републике због повреде Устава, при чему се не захтијева квалификовани облик (нпр.тежа повреда

⁶ Шире: Бошко Трипковић, *Настанак одговорности шефа државе у Немачкој и Аустрији: опозив и судски импичмент у перспективи полупредсједничког система, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2009*, 347 - 373

⁷ У СР Њемачкој, „свјесна повреда Савезног закона“

⁸ Нпр. у Уставу Италије (члан 108), Француске (члан 68), САД (члан 2) Бугарска (члан 103), Румунија, Русија.

⁹ У САД шеф државе може кривично одговарати и у случају примања мита или извршења других тешких дјела. Сличну формулацију садржи и Устав Русије.

устава, намјерна повреда и сл.). Такво уставно рјешење је „примјереније, будући да другачије опредјељење уставотворца не оставља јасне критеријуме за утврђиване квалификоване повреде устава. У том случају, једно превасходно правно питање, добило би политичку димензију, што би могло бити само на уштрб правног ауторитета и независности уставног судства“ (Симовић, 2010: 213). Основ оптужбе представља свака повреда устава коју шеф државе чини у вршењу надлежности. Осим повреде устава, Устав Републике Сјеверне Македоније (даље: Македонија)¹⁰ и Устав Републике Словеније (даље: Словенија) утврђују, као разлог за подизање оптужбе против шефа државе, и повреду закона приликом обављања функције, с тим да словеначки предсједник може бити оптужен само због теже повреде закона.

Уставотворци нису прецизирали које повреде Устава чине основ одговорности шефа државе. Уставне одредбе у том погледу изразито су недоречене, при чему уопште није јасно шта тачно припада у категорију „кршења устава или тежега кршења закона“, што значи материјално-правну подлогу за уважавање предсједникове одговорности. Стога „повреда Устава представља широк појам који обухвата не само изричиту повреду уставне одредбе, већ и повреду оног што се у уставној теорији назива „духом“ устава“ (Петров, 2008: 77). Тако се једно „изразито правно питање као што је питање повреде устава од стране предсједника Републике, може изобличити у питање политичке цјелисходности његовог рада, што изнова може да отвори, веома непожељан, а често и незауостављив процес, политизације уставног суда. Због тога је у нашој теорији изнијето мишљење да је уставотворац можда требао да прецизира које повреде устава чине основ одговорности шефа државе“ (Симовић, 2010: 214). Слажем се са мишљењем словеначког професора М. Церара, који сматра да би повреда Устава била у случају када предсједник не би прогласио закон који је усвојен, или када не би у уставном року расписао изборе за парламент (Државни збор), те да би и кршење закона морало бити такво да штети угледу државе и угледу предсједника или да омета функционисање државе и њених органа; проузрокује велику материјалну штету (нпр. проневијера, корупција, издаја и сл.).¹¹ Сматрам да би и повреда предсједничке заклетве била и повреда Устава. Нпр. у тексту заклетве коју полаже предсједник Хрватске стоји да ће се предсједник као државни поглавар “држати Устава и закона, бри-

¹⁰ Члан 87. ст. 1 Устава Македоније

¹¹ Вид. Miro Cerar, *Obtožba pred ustavnim sodiščem* (nekatera odprta vprašanja veljavne ureditve), *Javna uprava*, let. 35, št. 2, Ljubljana 1999, 235-259; Ivan Kristan: *Odgovornost predsednika republike (šefa države)*, *X Dnevi javnega prava, (zbornik referatov)*, Portorož, 2004, str. 39-56.

нути за одржавање уставноправног поретка РХ и бдјети над уредним и праведним дјеловањем свих тијела државне власти.” Међутим, ако би се против предсједника водио кривични поступак који би био окончан правоснажном пресудом, онда би се могло рећи да је предсједник повриједио закон. Тим чином, повриједио је своју заклетву, то значи да је повриједио и Устав, јер је повриједио и оно на што се обавезао да ће поштовати. У тој ситуацији, очекивао би се и морални чин оставке, али ту заправо нема јасних правила.

Процесна правила на основу којих се одвија поступак одлучивања о оптужбама против шефа државе уређена су уставом и законом о уставном суду. Како показује компаративна уставност, уставима се најчешће утврђују процесна правила која се односе на покретање поступка одлучивања о оптужби, те правила која се односе на одлучивања пред уставним судом. Правила у вези покретање поступка одлучивања о оптужби, односе на утврђивање већине потребне за подношење иницијативе за покретање поступка оптужбе и већине неопходне за покретање поступка тј. подизања оптужбе, те начин судјеловања појединих домова парламента у подизању оптужбе против шефа државе.¹² Иницијативу за покретање поступка подноси одређени број посланика, а у компаративној уставности, одлука за покретање поступка се доноси квалификованом већином.

У државама, бившим југословенским републикама, уставом су утврђене различите већине потребне за покретање поступка. Тако Устав Македоније¹³ и Устав Хрватске¹⁴ утврђују да је за покретање поступка утврђивања одговорности шефа државе неопходна двотрећинска већина од свих посланика. За разлику од наведених устава, према Уставу Црне Горе, Скупштина може донијети одлуку о покретању поступка против предсједника Републике већином гласова присутних посланика,¹⁵ на приједлог најмање 25 посланика, што је мање од једне трећине од укупног броја посланика.).

¹² Устав Бугарске члан 103.ст.2, Устав Словачке (чл.106), Устав Русије (чл.93.ст.2), Устав Њемачке (члан 61.став 2). Тако нпр. Устав Њемачке (члан 61.став 2 Основног закона) утврђује да захтјев за подизање оптужбе против предсједника подноси најмање једна четвртина чланова Бундестага или једна четвртина гласова Бундесрата. Одлука о подизању оптужбе се доноси двотрећинском већином гласова чланова Бундестага или двотрећинском већином гласова Бундесрата

¹³ Члан 87. ст.2 Устава.

¹⁴ Члан 104 ст.2 Устава.

¹⁵ Устав Црна Горе у члану 91 утврђује да Скупштина Црне Горе одлучује већином гласова присутних посланика на сједници којој присуствује више од половине свих посланика, уз навођење случајева у којим Скупштина одлучује већином гласова свих посланика као и двотрећинском већином. Будући да међу тим случајевима није наведено и доношење одлуке о покретању поступка против предсједника, може се

„Овакво институционално рјешење се такође може оправдати чињеницом да се и опозицији мора оставити могућност да иницира поступак утврђивања одговорности шефа државе будући да парламентарна већина може остати слијепа на повреду устава које у обављању предсједничке функције врши њен лидер“ (Симовић, 2010:214).

У погледу покретања поступка оптужбе против шефа државе у Србији, јавиле су се одређене недоумице. У Уставу је наведено да поступак за разрешење може да покрене Народна скупштина на приједлог најмање једне трећине народних посланика. Међутим, Венецијанска комисија Савјета Европе тумачила је ову одредбу тако да поступак може покренути трећина посланика самостално, тј. да су за покретање процедуре довољни потписи 84 посланика (Марковић, 2007: 38-39). Оправдано преовладава мишљење, да се не може извести овакав закључак, већ да једна трећина посланика само иницира (предлаже) доношење одлуке о покретању поступку, а одлуку о томе доноси Народна скупштина у цјелини, да би се тек након позитивног изјашњавања у Скупштини, подносио захтјев Уставном суду да се изјасни о постојању повреде Устава.¹⁶ Исто тако, имајући у виду уставне и законске норме може се рећи да су недоумице проширене и на питање већине која је потребна у Народној скупштини за покретање поступка. Наиме, Закон о предсједнику Републике Србије,¹⁷ прописује да се о покретању поступка, на приједлог једне трећине посланика, Скупштина изјашњава већином од укупног броја посланика. Међутим, ове законске одредбе су спорне, јер устав таксативно набраја случајеве у којима се одлуке доносе таквом већином, при чему одлука о покретању поступка није наведена, што значи да за доношење одлуке о покретању поступка против шефа државе вриједи опште правило о одлучивању у Народној скупштини - да се доносе одлуке већином гласова народних посланика на сједници на којој је присутна већина народних посланика.¹⁸ Дакле, Устав Србије, као и Устав Црна Горе прави разлику између иницијативе за покретање поступка подизања оптужбе против шефа државе и доношења одлуке о подизању оптужбе. Стога се може рећи да је поступак разрешења подијељен у три фазе. Прва фаза обухвата покретање поступка, друга фаза, одлучивање

закључити да ту одлуку доноси Скупштина на основу Уставом утврђеног општег правила, већином гласова присутних посланика.

¹⁶ Такво тумачење имају нпр. Маријана Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 153; Павле Јовановић, Уставно-правни положај предсједника Републике Србије у компаративној перспективи, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, бр.3/2007, стр. 138.

¹⁷ Сл. Гласник Републике Србије бр. 111/07

¹⁸ Члан 105 Устава.

Уставног суда о постојању повреде Устава, а трећа фаза, изјашњавање Народне скупштине о разрјешењу (Пејковић, 2009: 294).

Устав Словеније није прецизирао која је већина посланика потребна за покретање поступка, већ је то урађено законом о уставном суду. Овакво рјешење ријетко је заступљено у компаративној уставности, јер је исправно и логично да питање покретања одговорности шефа државе као једне од најважнијих институција у држави, буде утврђено уставом, а не законом.¹⁹ Будући да је парламент у Словенији дводоман, треба истаћи да оптужбу против шефа државе покреће доњи (општепредставнички) дом. У досадашњој уставној пракси Словеније запажамо један покушај оптужбе предсједника Републике за кршење устава и закона. Посланици Социјал-демократске странке Словеније (СДС) и Словенске људске странке (СЛС) оптужили су предсједника Данила Тирка да је, приликом додјеле једног одликовања, прекршио члан 34 Устава, три члана Кривичног законика и Закона о одликовањима. Стога су предложили Народној скупштини да подрже њихов предлог за уставне оптужбу и покрене поступак пред Уставним судом. Међутим, посланици у Државном збору нису подржали тај приједлог (Zorko, 2010).²⁰

У погледу правила одлучивања пред уставним судом, уставни, углавном, садрже правила о већини која је неопходна за доношење одлуке уставног суда након разматрања оптужбе, без обзира да ли уставни суд одлучује о оптужби или само износи своје мишљење парламенту.²¹ Из компаративне уставности може се закључити да уставни суд судјелује у поступку одлучивања о оптужбама против шефа државе, односно може бити надлежан да одлучује о оптужбама на два начина: први, да одлучује о оптужбама против шефа државе у пуном капацитету и донесе коначну одлуку; други,

¹⁹ У Словенији, ако постоји сумња да предсједник Републике приликом обављања своје функције крши Устав или теже крши закон, најмање 30 посланика Државног збора може иницирати покретање поступка оптужбе, пред уставним судом, а о томе одлучује Државни збор већином гласова свих посланика. (чл. 63.ст.1 Закона о уставном суду)

²⁰ Шире: Мојца Zorko, *Ustavna obtožba zoper predsednika je resna in je ne smemo jemati zlahka*, *Dnevnik*, Ljubljana, 2010, dostupno na: <http://www.dnevnik.si/slovenija/v-ospredju/1042333737>

²¹ У највећем броју устава за доношење одлуке захтијева се 2/3 већина од укупног броја судија уставног суда. Већина којом уставни суд одлучује о оптужби против шефа државе у бившим југословенским републикама, утврђена је уставима. Устави Македоније (члан 87. ст. 3), Словеније (члан 109) и Хрватске (члан 104.ст.3) утврђују двотрећинску већину свих судија уставног суда. У Србији и Црној Гори ово питање није регулисано ни уставом ни законом о уставном суду, тако да се може закључити да у ове двије државе уставни суд одлучује на основу општих правила, дакле већином гласова свих судија.

давањем мишљења у вези са оптужбом, док саму одлуку доноси парламент. У првом случају, уставни суд одлучује (самостално или у проширеном саставу²²) о оптужби против шефа државе коју је поднио парламент (најчешће дом грађана). У уставним системима у којима уставни суд располаже пуним капацитетом да одлучује о оптужбама против шефа државе, он ће о томе и донијети коначну одлуку. У неким уставима експлицитно је утврђено и дејство одлуке уставног суда: престанак мандата шефа државе,²³ престанак дужности по сили устава,²⁴ разрешење функције²⁵ итд. У другом случају, улога уставног суда је ужа, јер нема право да одлучује о одговорности шефа државе, већ има само право да изнесе своје мишљење о томе да ли је шеф државе повриједио устав односно закон, те да ли су поштована правила приликом покретања поступка. Уставни суд може учествовати у поступку одлучивања о оптужбама против шефа државе, давањем мишљења односно утврђивањем да ли је шеф државе повриједио устав, а парламент доноси коначну одлуку. У овом случају, „остаје отворено питање да ли уставни суд даје своје мишљење у односу на друге евентуалне кривице шефа државе, посебно за издају земље, с обзиром да је издаја кривично дјело, а да одлучивање о кривичном дјелу захтијева примјену посебних процесних правила (правила кривичног поступка)“ (Пајванчић, 2004: 122).²⁶

У наведена два рјешења у погледу надлежности уставног суда да одлучује о оптужбама против шефа државе, могуће је сврстати и уставне судове бивших југословенских република. Уставни суд, у пуном капацитету може да одлучује о оптужбама против шефа државе у Словенији, Македонији и Хрватској. У таквим случајевима могуће је да устав предвиди да шефу државе престаје мандат тј. да шефу државе дужност престаје *ex constitutione*, уколико уставни суд утврди његову одговорност, што имамо у Хрватској и Македонији, или да сам уставни суд изрекне санкцију у својој одлуци,

²² Навели смо примјер Италије у којој се састав Уставног суда проширује са 16 чланова изабраних од стране парламента

²³ Устав Чешке (члан 87)

²⁴ Нпр. Устав Бугарске (члан 103 ст.3).

²⁵ Устав Чешке (члан 65 ст.2) утврђује да уставни суд разрешава функције председника Републике.

²⁶ Проф. В. Кутлешић оставља отвореним питање способности уставног суда за оцјену када се разлог одговорности подудара са бићем кривичног дјела, јер „уставни суд по својој природи и конструкцији није орган који може утврђивати чињенице релевантне за наведену оцјену. Ова дилема не постоји код устава гдје одлуку доноси, односно учествује Врховни суд, који, као судски орган, за разлику од уставног суда, такву одлуку може валидно донијети“. Владан Кутлешић, *Устави бивших социјалистичких држава Европе (упоредноправна студија)*, Београд 2004, стр. 295.

као што је то случај у Словенији. Према Уставу Словеније, Уставни суд може одузети функцију шефу државе уколико је оптужба основана.²⁷ Дакле, у Словенији је одвојена радња оцјењивања основности оптужбе од одлуке о одузимању функције. У својој коначној одлуци Уставни суд или прихвата утемељеност оптужбе или оптуженог председника ослобађа од одговорности. У случају утемељености оптужбе Уставни суд двотрећинском већином гласова може одлучити да се председнику укидају, односно престају његове функције. То би могло навести на закључак да се иза правних формулација „кршења устава“ и тежег кршења закона“ крије, у ствари, политичка одговорност, чему иде у прилог и постојање само једне санкције - одузимање функције, како то сматра словеначки проф. Миха Рибарич. Он истиче да одлука Државног збора да подигне или не подигне оптужбу, ствар је политичке природе...имајући у виду уставом овлаштеног субјекта за подизање оптужбе, факултативност одлучивања о подизању оптужбе, као и предвиђену санкцију, а то је одузимање функције, сматрам да је тако уређена уставноправна одговорност председника републике својеврсан облик политичке одговорности (Ribarič, 1999). „Иако на то указују употребљени појмови, мишљења сам да није ријеч о правној већ о политичкој одговорности председника односно да се не ради о кажњивим радањима према различитим казним прописима (нпр. кривични закон и друге казнене одредбе) већ о политички нецјелисходном и штетном понашању, за које може бити, али не мора, запређена и нека правна санкција“ (Кутлешић, 2002: 141)

За разлику од ове три наведене државе, у Србији и Црној Гори улога уставног суда се своди на утврђивање да ли је шеф државе у обављању својих функција повриједио устав или закон, а коначну одлуку о санкцији (разрјешењу) доносе парламенти - Народна скупштина Србије, односно Скупштина Црне Горе. Одлуке Уставног суда „коначне, општеобавезујуће и извршне“,²⁸ те да је свако „дужан да поштује и извршава одлуке Уставног суда (члан 171 Устава Србије.). Стога би било логично и исправно да одлука Уставног суда обавезује и Народну скупштину, у смислу да, у случају да Уставни суд утврди да је председник Републике повриједио устав, исти буде разрјешен од стране скупштине, или, што је по нама још боље рјешење, да мандат шефа државе престане по „сили устава“. Међутим, Устав је утврдио да након одлуке уставног суда о повреди Устава, Народна скупштина доноси коначну одлуку о разрјешењу председника.²⁹ Тако

²⁷ Члан 109 Устава Словеније.

²⁸ Чл.166. ст.2 Устава Србије, члан 151 Устава Црне Горе

²⁹ Имајући у виду да је Устав из 2006 године утврдио да председника републике разрјешава орган који га није ни бирао, проф. Симовић истиче да је „установљено

се јавља могућност да уставни суд утврди одговорност председника за повреду устава, а парламент га не разријеша. Да би председник био разријешен, Народна скупштина мора се изјаснити двотрећинском већином од свих народних посланика, што у пракси није лако постићи, док у Црној Гори Скупштина одлуку о разријешењу председника Републике доноси већином гласова свих посланика. Дакле, одлука Уставног суда да је председник Републике повриједио устав нема обавезујући карактер за Скупштину тј. она може, али и не мора да га разријеша. Питање разријешења, ако постоји повреда Устава, „у њеној је дикреционој надлежности и зависи од политичке оцјене разлога за и против разријешења“ (Пејковић, 2009: 298). Дакле, ако Уставни суд донесе одлуку којом се констатује повреда Устава, могуће су двије опције: Народна скупштина ће одлучити да разријеша или да не разријеша председника Републике (у овом другом случају остаје констатација да је председник републике повриједио Устав, али Скупштина процијењује да обим или садржина повреде Устава нису такви да заслужују санкцију у виду разријешења председника Републике (види: Петров, 2006). Али, одлука Уставног суда има обавезујући карактер у супротном случају. Наиме, ако Уставни суд одлучи да председник Републике није повриједио Устав, поступак се окончава. Према томе, Народна скупштина не може противно одлучи Уставног суда да разријеша председника републике. Овакво рјешење по којем се прво уставни суд изјашњава о одговорности шефа државе за повреду уставу, а онда парламент даје коначну ријеч у поступку његовог разријешења, доста је критиковано у стручној јавности. Тако проф. Ратко Марковић наглашава да се „у једно политичко питање односа легислативе и егзекутиве, умеће аполитички Уставни суд, који треба да утврди повреду Устава од стране председника Републике, а политичку санкцију због те повреде да изрекне Народна скупштина“ (Марковић, 2007: 39). Таквог мишљења је и проф. Дарко Симовић који истиче да „ако се уставотворац већ определио да Народна скупштина својом политичком процјеном одлучује о разрешењу председника Републике, онда је читав поступак требао да остане искључиво у њеној надлежности“ (Симовић, 2010: 222). Овако долази до политизације уставног суда, као то запажа проф. Слободан Орловић, јер „ова надлежност Уставног суда иако може имати правни призив– устав је правни акт па је његова повреда кршење права, обилује политиком и став Уставног суда је политичка одлука. Наиме, ради се о питању останка на власти политичког органа, шефа државе, изабраног политичком вољом грађана, који је због

нелогично рјешење по којем се председник републике лакше разријешава него што се бира, чиме се унеколико слаби његов положај у уставном систему“. Дарко Симовић, Рационализовани парламентаризам Устава Србије из 2006 године, *Правни живот* бр 14/2007, Београд, стр. 860.

одређеног политичког циља, чињењем или нечињењем, прекршио Устав“ (Орловић, 2008: 247). Управо чињеница да због одлуке уставног суда престаје функција председника републике, чини се, могао би бити разлог због којег се уставотворац определио за овакво рјешење. Наиме, када проглашава неки закон неуставним „уставни суд се донекле политички `сукобљава` са парламентом, али све остаје у границама права, јер парламент неће бити распуштен због усвајања неуставног закона.....међутим када председник повреди устав, тада последица није укидање правног важења том акту, већ разрешење председника и лишење политичких права. Ту уставни суд игра улогу противтеже председниковом политичком деловању, те и ако се основ одговорности схвати као правни, наступају искључиво политичке последице. Уз сво прихватање посебности природе уставног судства, која несумњиво има и политичке елементе, такво овлашћење га удаљава од независности којој би требало тежити“. (Трипковић, 2009: 369 и 370). Осим тога, може се поставити питање, да ли орган који није непосредно изабран од стране грађана може разрјешавати непосредно изабраног председника. „Легитимитет уставног судства се може протегнути на правну контролу политичке власти, па чак и на правну одговорност, али не и на њихову политичку одговорност. Основ одговорности схваћен као кршење правне (уставне) норме, може бити прихваћен, али не и политичка санкција као разрешење политичког сукоба уставних органа, из које би требало искључити независна тијела, имала она судски карактер или не“ (Трипковић, 2009:370). Чини се, да би то могао бити разлог да се српски уставотворац одлучио за варијанту да уставни суд одлучује да ли је председник Републике повриједио устав, а да санкцију у виду разрешења шефа државе, изриче Народна скупштина.

У вези с тим треба истаћи још једну чињеницу. Уставом је утврђен непосредан начин избора председника, а грађани су потпуно искључени у поступу утврђивања одговорности и разрешења. Стога проф. Д.Симовић сматра да је „у институционалној природи установљеног система власти да о његовом разријешењу одлучују они који су га на ту функцију и изабрали, а то су грађани (Симовић, 2001: 189). Међутим, председника Републике разријешава друго тијело, од оног које га је изабрало, што није у сагласности са начелом подјеле власти. Дакле, ако би се и могло прихватити да одлука уставног суда не повлачи престанак функције шефа државе, онда би коначну одлуку о томе требао донијети народ који га је и изабрао, а не Народна скупштина. Стога се у погледу правне природе одговорности председника Републике Србије, може говорити о постојању правно-политичке одговорности шефа државе у Србији, јер се основ одговорности не састоји само у повреди Устава, што утврђује уставни суд, већ и у политич-

кој (пр)оцјени Народне скупштине да би предсједника требало разријешити.³⁰ У покушају објективизације одговорности предсједника републике путем правне форме, не би се смјели заборавити политички узроци који, у ствари, и доводе до утврђивања одговорности.

Иако у државама постоји нормативни оквир за утврђивање одговорности предсједника републике, имајући у виду уставну и политичку праксу, поставља се питање да ли је у садашњем правном, политичком, па и друштвеном амбијенту могуће и реално да до одговорности шефова државе заиста и дође, или је ипак пресудна и одлучујућа политичка моћ и утицај шефа државе, с обзиром да су истовремено и лидери политичке странке која доминира у парламентарном животу? Сматрам да се у пракси врло тешко или никако може спровести поступак утврђивања одговорности који би, евентуално, довео до опозива или разрешења са функције. Један од разлога јесте политичка моћ предсједника републике, (па и других појединих функционера) и подршка своје партије коју уживају. За своје дјеловање у току трајања мандата можемо рећи да ће истицати своје добре резултате, док ће за лоше тражити кривце међу другима. Све то обесмишљава појам политичке одговорности и доводи до деградације политичке елите.

4. Одговорност шефа државе у Босни и Херцеговини и Републици Српској

Члан 5 Устава БиХ³¹ утврђује да се Предсједништво БиХ састоји од три члана из три конститутивна народа (српског, хрватског, бошњачког). Саставом и начином одлучивања, овај уставни орган изражава и обезбјеђује националну равноправност трију конститутивних народа. Члана Предсједништва, који се непосредно бира са територије Републике Српске - једног Србина, бирају бирачи регистровани да гласају у Републици Српској. Чланове Предсједништва, који се непосредно бирају на територији Федерације Босне и Херцеговине – једног Бошњака и једног Хрвата, бирају бирачи регистровани да гласају у Федерацији Босне и Херцеговине. Чланови Предсједништва Босне и Херцеговине, између себе бирају председавајућег

³⁰ О томе шире: Марко Пејковић, О одговорности шефа државе у Србији: два недовршена концепта, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр.7-8/2009, стр.278-311. Истог мишљења је и М. Радојевић који сматра да је „разрешење предсједника Републике парapolитичке природе која се налази на граници његове правне и политичке одговорности. Правни карактер овом облику одговорности управо даје могућност да Уставни суд утврди повреду Устава“. Миодраг Радојевић, Уставни суд Србије, *Политичка ревија*, бр.2/2009, Београд, стр. 189.

³¹ Устав БиХ (Анекс IV Дејтонског мировног споразума) у: Лукић Владимир, Поповић Витомир, *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука, 1999.

на мандат од осам мјесеци, тако да се по принципу ротације, наизмјенично бирају чланови из различитих конститутивних народа. Предсједавајући Предсједништва је само *primus inter pares*. Он нема значајна уставна овлашћења која би га у погледу политичке моћи и могућности утицаја на рад Предсједништва одвајала од друга два члана. Предсједавајући планира и координира рад Предсједништва, припрема сједнице, усмјерава расправу, потписује и проглашава акте проистекле из одлука Предсједништва, представља и заступа Предсједништво, прима акредитивна писма од дипломатско-конзуларних представника других држава.³² Ово су углавном овлашћења церемонијалне природе, која мора обављати појединац да би колегијални орган могао функционисати. Међутим, с обзиром на начин одлучивања Предсједништва, који се заснива на консензусу, и чињеницу да оно остварује своје уставне надлежности као колегијални орган, предсједавајући не може рачунати на могућност одлучујућег утицаја (Марковић, 2009:218). Нико од чланова Предсједништва нема самосталну власт, иако се некада у пракси управо тако понашају и износе ставове који нису ставови Предсједништва. У Уставу стоји да одлуке доноси Предсједништво, међутим, у оним питањима о којима се не могу договорити, они често дјелују самостално и користе позицију коју имају, како би промовисали личне ставове и ставове своје политичке странке, као да су то ставови државе, односно Предсједништва БиХ као шефа државе. Таквим поступањем, чланови Предсједништва злоупотребљавају своју позицију.³³ У неким случајевима поједини чланови Предсједништва, су чак и у Генералној скупштини УН-а, износили своје ставове, а не ставове Предсједништва, које треба да води спољну политику. То би се могло оквалификовати и као кршење Устава, али је проблем што Уставом није предвиђен поступак за утврђивање одговорности, који би могао довести и до разрешења члана Предсједништва, као што је то утврђено у другим државама. Управо због тога се дешава да чланови Предсједништва могу и да не поступају у складу са Уставом, јер знају да за то неће одговорати нити сносити посљедице у смислу губитка функције. С обзиром да нема инструмената утврђивања одговорности, нити санкција, и убудуће ће се дешавати да они раде појединачно и самоиницијативно, умјесто да одлучују заједно. Дакле, када су у питању чланови Предсједништва, проблем је у томе што они ни својим

³² Члан 6 Пословника о раду Предсједништва БиХ (Сл.гласник БиХ бр. 10/13)

³³ Кад један члан колективног органа изражава ставове, он тако утиче на јавност, па чак и на позицију БиХ у међународним односима. Један од примјера јесте када је бошњачки члан Предсједништва Бакир Изетбеговић поднио захтјев за ревизију пресуде пред Међународним судом правде у Хагу у поступку тужбе БиХ против Србије за геноцид, иако се зна да члан или предсједавајући Предсједништва не може сам да то уради, већ је то надлежност Предсједништва као колегијалног органа.

бирачима (а ни парламенту) ни на какав начин не одговарају док њихов мандат траје. Ако је члан Предсједништва биран на четири године, он током те четири године никоме не одговара, нити има могућности за било какво санкционисање, што представља један велики системски проблем у уставноправном систему БиХ. Непостојање формалноправног оквира и инструмената утврђивања одговорности шефа државе је неприхватљиво у савременој уставности. Стога би Устав БиХ требало мијењати у смислу да се утврди одговорност за члана Предсједништва који прекрши Устав, односно да се предвиди могућност покретања поступка за повреду Устава бар у ситуацији ако један члан Предсједништва на себе преузме надлежности Предсједништва као колегијалног органа. С обзиром на састав и начин одлучивања, Предсједништво првенствено изражава и осигурава интересе и равноправност трију конститутивних народа и двају ентитета.³⁴ Имајући у виду ту чињеницу, као и наведене недостатке у Уставу БиХ, може се поставити и питање постојања одређеног степена друштвене, моралне одговорности чланова колективног шефа државе према грађанима, па и парламентима ентитета из којих долазе.³⁵

4.1. Недовршеност нормативног оквира за утврђивање одговорности и опозива предсједника Републике Српске

Устав Републике Српске утврђује да је предсједник Републике одговоран грађанима и они га могу опозвати истим поступком по којем су га и изабрали, а поступак се уређује законом.³⁶ Међутим, Устав Републике Српске је специфичан зато што не прецизира у којим случајевима предсједник Републике може бити позван на одговорност, већ само утврђује могућност његовог опозива упућујући на закон којим то питање треба бити ријешено, а тренутно, по том питању, постоји правна празнина. Наиме, ово питање

³⁴ Међутим, та повезаност територијалне и етничке заступљености покреће озбиљна питања у погледу људских права. Према извјештајима Венецијанске комисије и према пресуди Европског суда за људска права у предмету „Сејдић и Финци против БиХ“, ограничења гласачких права наметнуте уставом – за Србе у ФБиХ, за Бошњаке и Хрвате у Републици Српској, као и за Остале у цијелој БиХ – директно су противрјечна гаранцијама људских права које су предвиђене Уставом и Европском конвенцијом о људским правима.

³⁵ Чланови Предсједништва су добили гласове углавном из реда свог народа. Изузетак представља тренутни члан Предсједништва из реда хрватског народа (Жељко Комшић). Наиме, он је на изборима добио гласове и од бошњачког бирачког тијела, због чега му хрватски народ у БиХ оспорава легитимност тј. не сматрају га легитимним чланом из реда хрватског народа, што додатно отежава и компликује рад Предсједништва БиХ у вођењу и унутрашње и спољне политике.

³⁶ Чл. 88 и 89 Устава. Ове одредбе се односе и на потпредсједнике.

је било урађено Законом о избору и опозиву председника и потпредседника Републике Српске који је престао да важи даном ступања на снагу Изборног закона Републике Српске, а који не садржи одредбе о разлозима и процедури опозива.³⁷

Из уставне норме можемо закључити да је питање одговорности председника Републике постављено шире него у другим уставима који већином утврђују одговорност за „повреду устава“, јер Устав Републике Српске не искључује „политичку одговорност председника Републике пошто он може бити опозван из било ког разлога (Марковић, 2012: 267). Међутим, уставним и законским нормама би требало уредити и регулисати одговорност председника, разлоге, поступак, начин његовог опозива од стране грађана који су га и бирали.

5. Неки аспекти моралне и друштвене одговорности посланика/ одборника у Републици Српској

У Републици Српској посљедњих неколико година присутна је негативна појава која се односи на посланике у Народној скупштини, односно одборнике у скупштинама општина и градова. Наиме, на сцени је ситуација да су многи посланици и одборници прије избора понудили грађанима један концепт и политичко опредјељење на основу којег су градили кампању и добили гласове од грађана, да би након избора мијењали политичке опције, прелазили на неку другу страну, најчешће владајућу. То представља непоштовање изборне воље грађана и показује недостатак моралне одговорности према грађанима и друштву, без обзира да ли су ти преласци били унутар истог политички блока, или у опозициони или владајући блок. Пракса показује, да су, ипак ти преласци били из опозиционог у владајући блок. Због посланика који су напуштали странке на чијим листама су добили мандате, њиховим преласцима у друге странке, па чак и формирањем нових странака, Народна скупштина је у међувремену добила и нове клубове али и посланичке групе. Тако је у Народној скупштини након избора у октобру 2018. било шест клубова посланика и двије посланичке групе, да би се само након годину дана број клубова порастао на девет. Нове клубове посланика поред отцјепљеног дијела Социјалистичке партије (СП), направили су Демократски савез (ДЕМОС) који је настао цијепањем Демократског народног савеза (ДНС-а), те Уједињена Српска (УС) која је посланички клуб добила захваљујућу посланику који је изборе до-

³⁷ Закон о избору и опозиву председника и потпредседника Републике Српске (*Сл. гласник Републике Српске бр. 16/96*); Изборни закон Републике Српске, (*Сл. гласник Републике Српске бр. 34/02*)

био као члан Српске демократске странке (СДС-а). Поред три нова клуба Скупштина је добила и нову посланичку групу која је настала захваљујући гласовима који су бирачи дали СДС-у. Наиме, двојица посланика су након избора напустили СДС и дјелујући као самостални посланици формирали (нову) посланичку групу. Након парламентарних избора 2018, у Народну скупштину је ушло осам странка а сада их има десет јер је цијепањем ДНС- а настао ДЕМОС, а цијепањем социјалиста настала је Социјалистичка партија Српске (СПС). Тако је настала ситуација да имамо нове странке које уопште нису ни биле на изборима, а најмање седам посланика који су мандате добили на опозиционом дјеловању и критици власти, прешли су у ту исту власт.³⁸ На примјеру Народне скупштине изборна воља грађана се умногоме промијенила, јер имамо странке и клубове који нису били на изборима, а које не осликавају стварну жељу и изборну вољу грађана.

Слична ситуација је и у општинама и градовима у Републици Српској гдје имамо бројне примјере одборника који су гласове добили као припадници једне странке, или као заговорници једне политичке идеје, да би убрзо након избора урадили потпуно супротно. Најдрастичнији примјер је у највећем граду, Бањој Луци, гдје је више од пола одборника у три године промијенило странке. Наиме, од 31 одборника, њих 17 је мијењало политичке опције, при чему су неки од бањалучких одборника од локалних избора 2016. године промијенили чак четири странке. Исто тако у Добоју, некадашњи градоначелник и поједини одборници, као чланови опозиционог СДС, на критици власти и владајуће већине, добили су мандате и за парламент Републике Српске и БиХ, да би након локалних избора прешли у ту исту власт и постали дио владајуће већине у градској скупштини, чији су велики противници били прије избора. То је једна превара грађана који су гласали за њих и недостатак моралне и политичке одговорности према истима. Овдје можемо поставити питање одговорности о којој говори М. Јовичић „ за *повреду обавеза моралне природе* (истакао М. П.) које леже у основи сваког односа поверења какав везује оне међу којима први поверава другоме да га у нечему представља, да у његово име врши неку функцију (Јовичић, 2006: 115).

Оваква политичка трговина са мандатима има за посљедицу губљење повјерења грађана у изборе и изборни процес, јер је очигледно да се њихова изборна воља уопште не поштује. Наиме, поставља се питање зашто би грађани излазили на изборе, када се након избора све промијени. Зашто дати глас за неког или њих, када не постоји сигурност да ће сутра тај глас, дат одређеној странци или њеном члану, представљати оно за шта се гласало. То може произвести апатију бирача и мањи број излазности

³⁸ Опозиција је након општих избора имала 29 посланика а данас 22.

на изборе што би лоше утицало на парламентарну демократију у Републици Српској.

6. Закључак

Одговорност носилаца политичких функција је једна од основних карактеристика демократских политичких система. То се прије свега односи на државне функционере који су на функцију дошли непосредним избором од стране грађана – председника републике, посланике у републичком парламенту, те одборнике и начелнике (градоначелнике) у општинама и градовима. Одговорност има различите облике. Поред политичке и правне одговорности која се најчешће повезује са обављањем функције шефа државе, из чињенице непосредног избора, произилази морална и етичка одговорност изабраних носиоца државне функције према друштву, грађанима државе, нарочито према онима који су гласали за њих лично и њихову политичку опцију. Овај аспект одговорности, прије свих осталих, нарочито се односи на посланике, а може се посматрати у контексту непоштовања изборне воље грађана који су на изборима дали глас за политичку опцију коју су изабрани посланици промовисали прије избора. Ове одговорности се међусобно преплићу и допуњују а имају за циљ да обезбједе успјешно, одговорно, легално и легитимно функционисање носилаца јавних функција, а за своју санкцију имају разрешење, опозив или оставку. Неприхватљиво је непостојање правног оквира и инструмената за утврђивања одговорности шефа државе, као што је случај са Босном и Херцеговином. У осталим државама, укључујући и оне из окружења, у којима се председник републике бира непосредно, постоји уставне и законске норме за утврђивање његове одговорности. Међутим, поставља се питање, да ли је постојање норме о одговорности шефа државе довољно да се иста и утврди или је ипак пресудна и одлучујућа политичка моћ и утицај шефа државе, коју црпи из лидерства политичке странке? То опет повлачи питање да ли је у садашњем правном, политичком, па и друштвеном амбијенту могуће и реално да до одговорности шефова државе заиста и дође, или су правне норме само „мртво слово на папиру“. Сматрамо да се у пракси врло тешко или никако може спровести поступак утврђивања одговорности који би, евентуално, довео до опозива или разрешења са функције. Утврђивање одговорности непосредно изабраних носилаца државне власти је ограничено постојањем имунитета и слободног (невезаног) мандата, што се нарочито односи на посланике (одборнике), али то не би смјело да се схвата и прихвата у апсолутном смислу што за посљедицу има недостатак одговорности уопште. Ту видимо одсуство моралне одговорности посланика према грађанима и друштву у цјелини. У недостатку политичке културе у

парламенту, преласцима посланика (одборника), након одржаних избора и добијених мандата, из једне политичке странке у другу, из опозиције у владајуће структуре, закључујемо да је одговорност, бар када је БиХ и ентитети у питању, на веома ниском нивоу, а остаје отворено питање проналаска начина да се то промијени.

Литература

Бошковић, Н. Г. Југовић, М. С. (2015). Корупција у јавној управи Републике Србије- специфичности и институционални механизми за спречавање, *Српска политичка мисао*, бр. 3/2015, Београд.

Ђорђевић, С. (2007). *Институција шефа државе у уставном систему Републике Србије* (магистарски рад), Бања Лука 2007.

Зекавица, Р. (2016). Контрола и одговорност у систему политичких институција Европске уније - основни изазови и проблеми, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр.74/2016.

Zorko, M. Ustavna obtožba zoper predsednika je resna in je ne smemo jemati zlahka, *Dnevnik*, Ljubljana, 2010, dostupno na: <http://www.dnevnik.si/slovenija/v-ospredju/1042333737>

Јовановић, Н. (2018). Политичка одговорност носилаца извршне власти у Републици Србији, *Администрација и јавне политике*, год. IV бр. 3/2018, Београд, 2018.

Јовановић, П. (2007). Уставно-правни положај председника Републике Србије у компаративној перспективи, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр.3/2007

Јовичић, М. (2006). *Демократија и одговорност*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 115.

Јовичић, М. (1968). *Одговорност носилаца јавних функција (упоредноправна студија)*, Београд, 1968, стр. 5-6

Kristan I. (2004). Odgovornost predsednika republike (šefa države), *X Dnevi javnega prava, (zbornik referatov)*, Portorož, 2004.

Кутлешић, В. (2004). *Устави бивших социјалистичких држава Европе (упоредноправна студија)*, Београд 2004,

Кутлешић, В. (2002). *Организација власти – упоредна студија устава бивших социјалистичких земаља Европе*, Београд, 2002.

Лукић, Р. (1995) *Увод у право*, Београд 1995.

- Лукић, В. Поповић, В. *Документи Дејтон – Париз*, Бања Лука, 1999.
- Марковић, Г. (2012). Избор и одговорност шефа државе, *Правна ријеч, часопис за правну теорију и праксу бр. 31/2012*, Бања Лука 2012.
- Марковић, Г. (2009). Предсједништво, у: *Увод у политички систем Босне И Херцеговине – изабрани аспекти*, Саша Гаврић, Дамир Бановић, Christina Krause (ed.), Сарајево, 2009.
- Марковић, Р. (2007). Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. Године, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.2/2007, Београд.
- Орловић, С. (2008). Уставни суд у праву и политици, *Српска политичка мисао* број 4/2008. год. 15.vol. 22. , Београд, 2008.
- Пајванчић, М. (2009). *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009.
- Пајванчић, М. (2005). *Парламентарно право*, Београд, 2005.
- Пајванчић, М. (2004). Функције уставног суда у утврђивању кривице шефа државе у уставима земаља у транзицији, у: *Уставни суд Србије-у сусрет новом уставу-(зборник радова)*, Београд, 2004.
- Пајванчић, М. (1995). Уставни суд и оптужбе против највиших државних функционера, *Правни живот*, бр.12/1995, Београд, 1995.
- Пејић, И. (1998). Политичка одговорност предсједника републике, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр.36-37 (1996-1997), Ниш 1998, 154 – 172
- Пејковић, М. (2009) О одговорности шефа државе у Србији: два недовршена концепта, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр.7-8/2009, стр.278-311
- Петров, В. (2008). Нови уставни суд Републике Србије, *Нова српска политичка мисао, Посебно издање, „Устав и искушења“*, бр.2/2008, Београд, 2008
- Петров, В. (2007). Нови уставни суд Републике Србије - поводом мишљења Венецијанске комисије о Уставу Републике Србије од 2006, http://starisajt.nspm.rs/debate_2007/2007_petrov1.htm
- Радојевић, М. (2009). Уставни суд Србије, *Политичка ревија*, бр.2/2009, Београд, 2009.
- Ribarič, M. (1999). Odgovornost predsednika republike, *V. Dnevi javnega prava: Slovensko javno pravo na prehodu v novo tisočletje*, Portorož, 7-9 juni 1999., <http://www2.gov.si/up-rs/1992-2002/mk.nsf./17775>
- Симовић, Д. (2011). (Не)довољно рационализовани парламентаризам митровданског уставотворца, *Зборник радова Устав Србије-пет година после (2006-2011)*, Ниш 2011.

Симовић, Д. (2010). Одлучивање о оптужбама против највиших државних функционера, у: О.Вучић, В.Петров, Д.Симовић, *Уставни судови у бившим југословенским републикама-теорија, норма, пракса*, Београд 2010.

Симовић, Д. (2007). Рационализовани парламентаризам Устава Србије из 2006 године, *Правни живот* бр 14/2007, Београд, стр. 860.

Cerar, M. (2007). Impeachment, *Ius info*, 2007, <http://www.iusinfo.si/DnevneVsebine/Kolumna.aspx?Id=10320>

Cerar, M. (1999). Obtožba pred ustavnim sodiščem (nekatera odprta vprašanja veljavne ureditve), *Javna uprava*, let.35,št.2, Ljubljana 1999.

Трипковић, Б. (2009). Настанак одговорности шефа државе у Немачкој и Аустрији: опозив и судски импичмент у перспективи полупредсједничког система, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2009, Нови Сад, 2009.

Устави, прописи:

Ustav Italijanske Republike http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/Ustav_Italije.pdf

Ustav Republike Bugarske, <http://www.mrrb.government.bg>

Ustav Rumunije, <http://www.cdep.ro/pls/dic/site>.

Ustav Češke Republike <https://psp.cz/docs/laws/constitution.html>

Ustav Republike Austrije https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf

Ustav Ruske Federacije https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2014

Ustav Slovačke Republike <https://www.prezident.sk/en/page/constitution/>

Ustav Savezne Republike Njemačke <https://www.kas.de/documents/280457/0/Bosnian+Translation+of+the+German+Grundgesetz.pdf/c654e797-fd60-9750-b12e-0351ff97b381?version=1.1&t=1573735109117>

Ustav Republike Slovenije (Ustava Republike Slovenije), Uradni list Republike Slovenije št. 33/91, br. 42/97; 66/2000; 24/2003; 69/04; 68/06; 47/13, 75/16)

Устав Републике Хрватске (Народне новине бр. 56/90, бр.135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010; 5/14)

Устав Републике Сјеверне Македоније (Устав на Република Македонија), Службен весник на Република Македонија“ бр.52/911, бр. 91/01; 1/92; 31/98; 84/03; 107/05; 3/09; 6/19)

Устав Републике Србије (Сл. гласник Републике Србије бр. 98/06)

Устав Црне Горе, (Службени лист Црне Горе“ број 1/07).

Устав Републике Српске (седмо издање), приредили и уредили Мидраг Н. Симовић и Миле С. Дмичић, Бања Лука, 2007.

Закон о предсједнику Републике Србије, Сл. Гласник РС бр. 111.2007.

Пословник о раду Предсједништва БиХ (Сл.гласник БиХ бр. 10/13)

Dr Milan Pilipović,³⁹

Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Banja Luka,
Republika Srpska, Bosnia and Hercegovina

(IN)RESPONSIBILITY OF DIRECTLY ELECTED HOLDERS OF STATE FUNCTIONS

Summary

The responsibility of holders of political office is one of the basic characteristics of democratic political systems. This also applies to office holders who have received a mandate to perform them from citizens, in direct elections, such as the President of the Republic and deputies in representative bodies. Apart from the political and legal responsibility that is most often associated with performing the function of the head of state, from the fact of direct election of deputies and councilors to representative bodies, we believe that there is a special form of their moral, ethical responsibility towards society, citizens and voters who voted for them. their political affiliations that stood out before the election. Apart from Bosnia and Herzegovina, in other European countries, including those in the region, there are constitutional and legal norms related to the reasons and procedure for determining the responsibility of the directly elected President of the Republic, and the role of the Constitutional Court in that procedure in that procedure, i.e. deciding on the accusation, has also been determined. Transfer of MPs (councilors), after the elections, from one political party to another, especially the opposite political orientation, ie from the opposition to the ruling structures, and advocating different policies and attitudes from those expressed before the elections on the basis of which they received a mandate from citizens, represents a manipulation of their electoral will. Although the mandate of deputies is free and deputies enjoy parliamentary immunity, disrespect for the electoral will of citizens is an indicator of the absence of their responsibility in the wider social context.

Keywords: *responsibility, constitution, president of the republic, constitutional court, deputy.*

³⁹ assistant professor (Constitutional law), Faculty of Law Banja Luka University; *milan.pilipovic@pf.unibl.org*

Јована Петровић,¹

Асистент Правног факултета,
Универзитет у Приштини, са привременим
седиштем у Косовској Митровици

Мирјана Иваз,²

Асистент Правног факултета,
Универзитет у Приштини, са привременим
седиштем у Косовској Митровици

UDK: 349.22:331.108.64

СПЕЦИФИЧНОСТИ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Апстракт: Дисциплинска одговорност представља једно од најзначајнијих питања сваког радноправног система, па и службеничког. Пре свега, јер правно задире у најосетљивију интересну сферу односно у права и обавезе које су закључењем уговора о раду уговорне стране преузеле да их извршавају *bona fides*. Поред значаја за радни (службенички) однос, концепирање правно адекватног нормативног система дисциплинске одговорности има и значајну друштвену улогу. Аутор ће се у овом раду бавити проблематиком дисциплинске одговорности државних службеника, пре свега специфичностима те одговорности у односу на одговорност запослених у општем режиму, затим особеностима дисциплинског поступка који се води против државног службеника кроз призму законских решења, ставова правне теорије и судске праксе. Правна теорија не бави се посебностима одговорности државних службеника у великој мери, па је сваки приступ овој материји прилог изучавању различитих сегмената радноправног положаја државних службеника, што је и циљ овог рада. Тежња аутора рада је да укаже и на постојеће правне празнине у овој области које су уочене током израде рада и које би *de leg eferenda* могле бити регулисане. Такође сагледавање упоредноправних решења може да допринесе доградњи позитивноправних решења у овој области и елиминисању узрока проблема који настају у пракси а тиме и створили предуслови за жељени степен ефикасности службеничког система.

¹ jovana.petrovic@pr.ac.rs

² mirjana.ivaz@pr.ac.rs

Кључне речи: државни службеник, дисциплинска одговорност, дисциплинско дело, дисциплинска казна, Кодекс понашања државних службеника, дисциплински поступак.

1. Увод

Прворазредни чинилац који утиче на успешност пословања неке организације јесте одговорни однос запослених који проистиче из права и обавеза које настају на раду и у вези са радом. Отуда, није довољно само утврдити одређена правила понашања радника на раду и у вези са радом, већ треба и поштовати та правила и добровољно им се подвргавати. У том смислу потребно је развијати мере моралног деловања, али и материјално подстицати запослене, како би они своје радне дужности и обавезе испуњавали савесно. Међутим, не усвајају сви радници утврђене радне обавезе и одговоран однос према раду. Зато, повреда предвиђене радне обавезе повлачи за собом одређену одговорност тзв. дисциплинску одговорност. Она је посебан облик одговорности, односи се на повреду посебних правила понашања. Усмерена је на успостављање адекватне радне дисциплине на раду и у вези са радом које се запослени морају придржавати, ради постизања продуктивности и ефективности рада, односно једном речју успеха у пословању. Како истиче професор Г. Обрадовић „циљ радне дисциплине јесте да запослени своје послове и радне задатке савесно обавља, да своје понашање на раду усклађује у правцу веће продуктивности и бољих резултата рада, а да је изузев санкција потребно поспешити мере и средства мотивације запослених, те да је одговорност на савременом менаџменту да ствара здраву пословну и радну атмосферу и да поспешити међуљудске односе на раду (humanrelation)” (Обрадовић, Перић, 2016: 5). Дисциплинска одговорност је самостална и независна од осталих облика правне одговорности. Одговорност за прекршај или кривично дело не искључује дисциплинску одговорност.³ Поступак утврђивања дисциплинске одговорности, као независан и самосталан, води и наставља без обзира на друге поступке, који се воде против запосленог – упоредна одговорност (Перић, 2013: 185). „Када би се одступило од принципа упоредне одговорности не би се могла постићи потребна заштита радне дисциплине”.⁴ „Дисциплинска одговорност не искључује ни остале облике одговорно-

³ Чл. 107. ст. 2. Закона о државним службеницима, *Сл. гласник РС*, 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018.

⁴ „Материјална и дисциплинска одговорност не искључује једна другу већ се паралелно конституишу као самостални и међусобно независни облици одговорности. Одговорност за штету коју радник узрокује организацији на раду и у вези са радом, не

сти: кривичну одговорност, одговорност за привредни преступ уколико радња повреде радне обавезе има обележје кривичног дела, привредног преступа или прекршаја“.⁵ Дисциплинска одговорност представља законску обавезу запослених, без обзира на режим у ком се налазе, да поштују правила унутрашњег реда и поретка у институцијама у којима раде. Дакле, дисциплинска одговорност је императив сваког организованог процеса рада, јавља се у свим институцијама, јавним и приватним, дисциплинска одговорност нужна је у сваком колективу и код сваког послодавца. Радној дисциплини подлежу сви запослени, без изузетка, стога у нашој законодавној регулативи не постоји институт дисциплинског имунитета само је, у позитивном праву Републике Србије, радно-правни институт дисциплинске одговорности је, са аспекта уређености, на различитом нивоу. Законом о раду⁶ је за запослене у општем режиму радних односа делимично уређен институт дисциплинске одговорности и то у делу закона који се односи на престанак радног односа. Споменути закон одређено је да повреда радне обавезе и нарушавање радне дисциплине представља основ за постојање дисциплинске одговорности, тј. основ за отказ уговора о раду од стране послодавца. Када су у питању запослени у посебном режиму радног односа (државни службеници), ситуација је нешто повољнија, јер Законом о државним службеницима (у даљем тексту ЗДС) прописане су бројне одредбе које се тичу дисциплинске одговорности државних службеника. Штавише, њиме су утврђене лакше и теже повреде радне дужности и дисциплинске казне. „Осим тога, њиме су уређена и питања која се односе на правила дисциплинског поступка, разлоге за удаљење државног службеника са рада, застарелост и вођење дисциплинског поступка и др“.⁷ (Кулић, 2009: 178). Из тих разлога, дисциплински поступак ће се посматрати са становишта тих правила и принципа. Међутим, потребно је нагласити да овим системом дисциплинске одговорности нису обухваћени сви запослени код којих се као послодавац јавља Република Србија, већ је за припаднике појединих министарстава уређен систем дисциплинске одговорности прописивањем посебних закона који имају статус *lex specialis*. Пошто рад намештеника нема ова обележја, ЗДС није уредио ни њихову дисциплинску одговорност.

заснива се на дисциплинској одговорности али може имати исти чињенични основ.” Одлука Суда удруженог рада Црне Горе, Ж-1183/84, од 27.12.1984. год.

⁵ „Дисциплинска и кривична одговорност су независне правне одговорности, па одустанак јавног тужиоца од гоњења нема значај за валидност одлуке о изреченој дисциплинској мери за радњу због које је био покренут и кривични поступак.” Врх суд Србије, Рев. 4532/93 од 09. 03. 1994. год. (Преузето из: Шундерић, 1994).

⁶ Закон о раду, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење.

2. Специфичности дисциплинске одговорности државних службеника

Дисциплинска одговорност се најчешће дефинише као „одговорност за утврђене повреде радних дужности за које се од овлашћених органа у одређеном поступку истичу прописане дисциплинске мере, или као посебна одговорност запосленог за повреду прописане радне дисциплине, за коју се према запосленом могу да предузму одређене мере од стране послодавца” (Влатковић, Брковић, Урдаревић, 2013: 179). Ова врста одговорности добија посебно на значају када се односи на оне запослене који обављају послове од посебне важности за функционисање државног апарата, као што је случај са државним службеницима. Посебан значај за друштво у целини огледа се у чињеници да рад државних службеника садржи јавно-правну компоненту, као и да се њихов радни однос заснива ради вршења власти. “Стога је то разлог да права, дужности и одговорности као и све друге димензије статуса државног службеника треба да буду специфично, посебно и различито уређене у односу на остале запослене” (Брковић, Урдаревић, 2006: 22). То је и учињено доношењем Закона о државним службеницима који представља један од најзначајнијих прописа у процесу реформе јавне управе и којим је створен правни основ за реформу државних институција. Радноправни статус запослених у органима државне управе редефинисан је ЗДС-ом и створен је нормативни оквир за ефикаснији и компетентнији рад ове категорије запослених, јачање правне државе, већи степен децентрализације, демократизације. Овим законом створен је правни основ за унапређење службеничког система односно стварање заокруженог система дисциплинске одговорности у Републици Србији. У том смислу, рад државних службеника у Републици Србији заснива се на одређеним принципима који су прописани ЗДС-ом Републике Србије, а који представљају резултат процеса хармонизације нашег националног законодавства са законодавством Европске уније. Успостављањем ових начела тежи се постизању већег квалитета рада државних службеника који се највећим делом огледа у смањењу грешака у самом раду, као и минимизирању штете коју субјекти службеничког односа могу причинити једни другима, или пак трећим лицима. Такође је и концепт службеничке одговорности усмерен ка постизању високог квалитета рада службеника. Међутим, ова начела која представљају законску категорију су одраз деликатне и високо захтевне струке „која утврђују правце, усмеравају рад и опредељују начелно односе и делатност јавног службеника у и према вршењу јавне службе, у овом случају управне делатности” (Влатковић, 2007: 133).

Дисциплинска одговорност је уређена у оквиру главе IX ЗДС-а. “Нарушавање радне дисциплине у државном органу претпоставља постојање ут-

врђене дисциплине, противправног напада на њу који је извршио државни службеник и постојање узрочно-последичне везе између понашања државног службеника и настале повреде дужности” (Миловановић, 2016: 40). Непоштовање дисциплинске одговорности повлачи за собом изрицање дисциплинске санкције службенику. “Дакле, овај вид одговорности прописан је са циљем да кажњава лош рад службеника и да се кроз поступак дисциплинске одговорности, у којем ће бити установљено право стање ствари, отклони и санкционише лош, несавестан и неделотворан рада службеника.”⁷ “Дисциплинска власт извири из правне подређености као битног обележја радног односа.”⁸ Међутим, истиче се да таква аналогија „није израз само субординације радника радном реду како правне тако и економске, већ и динамичког јединства које проистиче из корелативности права, обавеза и одговорности странака у том односу” (Перић, 2013: 184). Поред тога што дисциплинске санкције имају репресивни карактер, оне имају и корективну улогу, јер се њиховом применом у пракси врши индиректан утицај на остале државне службеника тако што ће они тежити ка томе да поштују радну поцедуру и дисциплину како би и сами смањили и отклонили грешке у раду. Дакле, може се закључити да дисциплинске санкције имају и превентиван карактер, управо јер утичу на смањење броја непожељних понашања и деловања запослених на раду и у вези са радом.

⁷ „Овлашћење за изрицање дисциплинске санкције од стране послодавца према запосленом за повреде радне дисциплине, односно повреде радних обавеза и непоштовање правила радног реда, која припада послодавцу и представља последицу управљачке власти за случај да се одлуке послодавца (радни налози или наредбе) или правилник о раду не поштује”. (Лубарда, 2012: 606).

⁸ „Субординација као једна од суштинских карактеристика радног односа утиче на то да радник ступајући у радни однос, на основу закљученог уговора о раду, бива потчињен правилима радног реда, која су му наметнута и која су неприкосновена, а која захтевају да се према радној дисциплини, тј. према послодавцу јавља као подређени и послушни извршилац” (О субординацији у радном односу видети: Ковачевић, 2013). „Очигледно је да се ради о изнуђеној радној дисциплини пошто је супротно понашање санкционирано одговарајућом дисциплинском казном. Тај већ одавно укоревени негативни приступ одговорности има за последицу дисциплиновано понашање радника, али не као резултат њихове воље и потребе за таквим понашањем, него првенствено као исход економске принуде.” (Градашћевић, 1987: 89).

Околности које правни поредак захтева као битне за постојање дисциплинске одговорности, а то су: кривица⁹, урачунљивост¹⁰, одређене повреде службене дужности и казне у закону и противправност. „Поведа службене дужности државних службеника у обављању државне службе представља кршења неког од права или дужности из службеничког односа” (Перлаин, 1977: 71). Њима се нарушавају посебне дужности и овдашћења које имају државни службеници као титулари јавних власти у држави. Државни службеник одговара само „за оне повреде радне обавезе односно радне дисциплине које су прије него што их је учинио биле прописане” (Гатарић, 1989: 57). “Дакле, повреда мора да буде прописана пре него што је учињена” (Ивошевић, 2000: 9).¹¹ Сходно томе, у правном систему Републике Србије повреде службене дужности државних службеника и дисциплинске мере прописане су ЗДС-ом и подељене на лакше и теже. Та подела је извршена у односу на последице које је повреда произвела. Лакше повреде дужности из службе представљају блажи „облик одступања од правних прописа и од начела на којима се заснива обављање службене дужности” (Влатковић, Брковић, Урдаревић, 2013: 182), а теже повреде дужности из радног односа су прописане у члану 109. став 1. тачке 1-17 ЗДС и оне су посебно „тешки облици кршења начела законитости, односно правила и начела струке, а могу бити утврђени искључиво законом” (Влатковић, Брковић, Урдаревић, 2013: 183).

⁹ Закон о државним службеницима не разрађује појам кривице, већ у члану 115, став 1 наводи да је при одабиру и изрицању дисциплинске казене неопходно водити рачуна о нивоу одговорности државних службеника, као и последицама које повреда дужности производи под субјективним и објективним околностима. Стога за потребе дисциплинске одговорности појам кривице треба тумачити користећи одредбе Кривичног закона, *Сл. гласник РС*, 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

¹⁰ Као и код кривице, и код урачунљивости нужна је примена Кривичног закона који појам урачунљивости негативно дефинише, тачније прописује да се дело које је спроведено у стању неурачунљивости ниће сматрати кривичним делом. Изузетно, државни службеник ће сносити одговорност за дело које је починио током стања скривљене урачунљивости. Видети: чл. 23. и 24. Кривичног закона.

¹¹ “Има мишљења да се у материји дисциплинске одговорности не може применити начело легалитета, пошто није могуће унапред предвидети све повреде радних дужности и обавезе понашања радника општим актима, као и због постојања имплицитних обавеза запослених нпр. под обавезом лојалности послодавцу- часног и верног извршавања рада, службе, могуће је подвести низ понашања која су у супротности са овом обавезом” (Лубарда, 2012: 608). О примени начела легалитета у дисциплинској одговорности видети: Лубарда, Б. (2006). Правни положај државних службеника, *Правни живот*, бр. 11, 575-589.

Дисциплински поступак се покреће закључком и исти се саставља у писаној форми, што значи да је неопходно да се заведе у деловодству државног органа. Дан увођења у службени деловодник државног органа сматра се даном покретања дисциплинског поступка. "Полазећи од чињенице да се доноси у материји дисциплинске одговорности, треба да садржи податке који индивидуализују државног службеника, опис повреде дужности из радног односа који би требало да садржи и начин, време и место извршења, као и њен законски назив" (Миловановић, 2016: 40). Дисциплински поступак покреће руководиоца, по сопственој иницијативи или иницијативи лица које је претпостављено државном службенику.¹² Руководилац покреће дисциплински поступак, уколико има „довољно сазнања и доказа да је одређени државни службеник учинио повреду дужности из радног односа“ (Безбрадица, 2007:178). "Круг лица овим није заокружен, обзиром да постоји могућност да сваки државни службеник који сазна за учињену повреду дужности из радног односа, може покренути иницијативу за покретање дисциплинског поступка."¹³ Неформални предлог државног службеника може, али и не мора да буде прихваћен од стране надлежног органа. Надлежност покретања поступка је на руководиоцу када су у питању државни органи (јавна тужилаштва, Републичко јавно правобранилаштво, служба Народне скупштине, Уставни суд и др), док је у министарву, органима у саставу министарства и посебним организацијама за покретање дисциплинског поступка против државног службеника на извршилачком радном месту овлашћен министар који руководи министарством односно директор органа у саставу министарства и посебних организација. Дисциплински поступак против државног службеника кога је на положај поставила Влада, се покреће предлогом руководиоца, а сам поступак води Високи службенички савет. У случају да је државни службеник руководиоца државног органа, основ за покретање поступка је предлог владе, изузев поступка који се води против руководиоца органа у саставу министарства и руководиоца посебне организације, над чијим радом министарство врши надзор, па се у тада дисциплински поступак покреће на предлог министра. Од стране руководиоца државног органа може се основати дисциплинска комисија чија је надлежност поретање

¹² "Хијерархијски однос у државној управи намеће обавезу лицу на положају руководиоца групе, шефа одсека, односно начелника које је претпостављено државном службенику на извршилачком радном месту, да предложи покретање дисциплинског поступка" (Миловановић, 2016: 41).

¹³ ЗДС није предвидео могућност подношења иницијативе од стране намештеника. Закључује се да они не могу преузети иницијативу за покретање дисциплинског поступка, што се сматра неоправданим.

и вођење дисциплинског поступка, као и одлучивање о дисциплинској одговорности.

Дисциплински поступак се састоји од следећих фаза: фаза расправе, фаза доношења, фаза објављивања одлуке о дисциплинској одговорности и фаза приговора. Расправа је најважнија фаза дисциплинског поступка током које се утврђује чињенично стање, потом чега се доносе одлуке о томе да ли постоји повреда дужности и доноси одлука о дисциплинској казни. “Ова фаза подразумева темељну припрему која укључује низ активности првостепеног дисциплинског органа усмерених на долазак лица која треба да присуствују расправи.”¹⁴ Расправа је усмерена, непосредна и контрадикторна. По предузетим радњама се сачињава записник. “Фаза доношења одлуке представља епилог рада дисциплинског органа.”¹⁵ Наиме, након спроведеног поступка и закључене расправе и потпуно утврђеног чињеничног стања дисциплински орган изриче (ако за то постоји основ) државном службенику дисциплинску казну (Павловић, 64). Дисциплинске санкције надлежном органу стоје на располагање. Није дозвољена кумулација казни, већ државном службенику може бити изречена само једна казна од стране органа за кажњавање. ЗДС предвиђа факултативно изрицање дисциплинских казни јер се запрећене казне и не морају изрећи. Поред тога, изрицање дисциплинских казни врши се безусловно и није могуће њихово условљавање. За лакше повреде дужности, државном службенику се може изрећи опомена или новчана казна до 20% плате за пуно радно време, исплаћене за месец у којем је новчана казна изречена.¹⁶ Појавни облици лакших повреда дужности чине потребним измене ЗДС кроз прописивање већег броја дисциплинских казни ради правилне индивидуализације и остварења посебне и генералне превенције у државном органу. Недостаци ЗДС-а се огледају у битном редуковању казни кроз брисање неких које су биле присутне у ранијим прописима, што отежава рад дисциплинског органа при одлучивању о врсти и висини исте коју треба изрећи дисциплински одговорном државном службенику. За теже повреде дужности из радног односа могу се изрећи дисциплинске казне из члана 110. став 2. тачке 1-5 ЗДС, и то: новчана казна од 20-30% од плате за пуно радно време у трајању до шест месеци; одређивање непосредно нижег платног разреда; забрана напредовања од четири године; премештај на радно место у непосредно ниже звање, уз задржавање платног раз-

¹⁴ О томе више: Безбрадица, Р. (2007). Дисциплинска одговорност државних службеника. *Радно и социјално право* бр. 1/07.

¹⁵ Видети: Ковачић-Костић, Ј. (2011). Заштита права државних службеника, *Социјална мисао*, бр. 3/11, 195.

¹⁶ Чл. 110. ст. 1. Закона о државним службеницима.

реда чији је редни број истоветан редном броју платног разреда у којем се налази радно место с кога је премештен и престанак радног односа.¹⁷ У сваком појединачном случају висину новчане казне одређује дисциплински орган и ова казна се сматра најблажом дисциплинском мером. Знатно тежа дисциплинска мера је забрана напредовања државних службеника. Та забрана може трајати од две до четири године. “То ограничење се не огледа не само у забрани напредовања за одређени временски период, већ се то односи на немогућност да државни службеник у том периоду добије повећање плате” (Павловић, 65). „Престанак радног односа је најтежа дисциплинска казна јер на основу ње државном службенику престаје радни однос у државном органу. Државном службенику радни однос престаје даном коначности решења на основу кога му је изречена ова најтежа казна” (Паравина, 1998: 123).

Следећа, али не обавезна већ факултативна фаза је фаза побијање одлуке дисциплинског органа. Одредбама ЗДС-а прописано је да државни службеник има право на жалбу (чл. 16) може изјавити у року од осам дана од дана пријема решења. Као функционално надлежан другостепени орган у поступку по жалби је Жалбена комисија Владе која ради у већу од три члана. У жалбеном поступку, сходно члану 142. став 2. ЗДС, примењује се закон којим се уређује општи управни поступак, што је случај и са вођењем дисциплинског поступка.¹⁸ У теорији је присутан став (Лубарда, 2012), да дисциплински поступак треба да буде регулисан детаљно, независно од управног поступка, наводећи да управни поступак, за разлику од дисциплинског, није тип казненог поступка. Другостепену одлуку жалбена комисија доноси у форми решења и обавезно доставља државном службенику који, уколико је истом незадовољан, може покренути управни спор. Тумачећи одредбе ЗДС-а примећујемо да је право на жалбу као редовно правно средство против решења којим се одлучује о правима, дужностима и одговорности државних службеника начелно допуштено државним службеницима али предвиђа низ случајева искључења права на жалбу у погледу државних службеника на положају којима остаје могућност да покрену управни спор. Дакле, државни службеник на положају је лишен могућности остваривања интерне заштите права из радног односа у државном органу, решење донето у првостепеном дисциплинском поступку постаје коначно уручењем и против таквог решења службеник на положају може да покрене управни спор. „Дисциплинска казна изречена коначним решењем уписује се у кадровску евиденцију“, а брише се из ње „ако држав-

¹⁷ Чл. 10. ст. 2. Закона о државним службеницима.

¹⁸ Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење.

ном службенику не буде изречена нова дисциплинска казна и то у року од две године од изречене дисциплинске казне за лакшу повреду дужности, односно у року од четири године за теже повреде дужности”.¹⁹ЗДС познаје и институт удаљења са рада који се може применити због теже повреде дужности против државног службеника и уколико би његово присуство на раду штетило интересу државног органа или ометало вођење дисциплинског поступка.²⁰Покретање и вођење дисциплинског поступка подразумева благовременопредузимање неопходних радњи обзиром да то налажу разлози правне сигурности. У том смислу, с’ правом професор Кулић истиче да „одговорност која није утврђена у разумном року, касније губи смисао” (Кулић, 2009: 188). Из тих разлога, где год се прописују правила за утврђивање правне одговорности, прописују се и рокови у којима се то може чинити. Сходно томе, ЗДС у члану 118. прописује да за лакше повреде дужности покретање дисциплинског поступка застарева након навршене једне године, док је за теже повреде овај рок две године. Ипак, неопходно је напоменути да наведени рокови имају објективан карактер и да се рачунају од дана извршења повреде. Сазнање у вези учињене повреде и државног службеника који ју је учинио је релевантно само у оквиру овог рока и његов истек означава немогућност утврђивања дисциплинске одговорности (Миловановић, 2016: 47). Застарелост дисциплинског поступка када су у питању лакше повреде дужности наступа протоком једне године, док за теже повреде протоком две године. И овај рок има објективни карактер. Подаци се узимају из деловодника државног органа који садржи податак о датуму уписа закључка којим је покренут дисциплински поступак. Застарелост је такоређи у фази мировања, тј. не тече уколико је државни службеник одсутан или из других разлога није могуће покренути и водити дисциплински поступак. Један од пропуста тренутно важећег ЗДС-а је неуређеност инситута застарелости извршења дисциплинске казне. Наиме, прописивање дисциплинске одговорности на нивоу *lexspecialis*-а пратили су одређени пропусти који изискују да се примене општи прописи о раду. Међутим, проблематична су она питања које није нису уређена ни Законом о раду, као кровним законом за регулисање радних односа, а ни ЗДС-ом. Споменута питања се односе управо на застарелост извршења изречене дисциплинске казне, што се може сматрати угрожавањем правне сигурности државног службеника, а с друге стране ствара евентуалну могућност злоупотребе овог института од стране руководиоца државног органа који мериторно одлучује о њеном извршењу.

¹⁹ Чл. 119. ст. 1 и 2. Закона о државним службеницима.

²⁰ На основу чл. 116. ст. 1. Закона о државним службеницима.

3. Закључак

Држава као послодавац, по природи ствари, има изражену потребу да за- послени у њеним органима буду одговорни у пуном и правом смислу те речи јер једино се на тај начин може постићи висок ниво квалитета рада, очувати интегритет институција и јачати поверење грађана у рад државних органа. Дисциплинска власт је неопходна допуна нормативне власти и права управљања и из тог разлога сматра се оправданом јер живот једне заједнице би био компромитован ако одговорни ауторитет не би могао да санкционише правила руковођења која се намећу члановима групе. Одговорност је један од важних предуслова за адекватно функционисање правне државе и владавине права. С тим у везу, може се закључити да институт дисциплинске одговорности заузима значајно место у правним системима свих земаља, па и Републике Србије. Правни систем модерне државе треба да буде оличење владавине права и правне сигурности, а да би тако било у пракси, мора се од изградње вредносних критеријума, као темеља на коме ће тај систем бити постављен и подизању свести о поштовању истог. На том основу утире се пут који води ка поштовању радне дисциплине и морализовању радних односа.

Значај који има државна управа као јавни сервис грађана огледа се у широком спектру послова које врше њени службеници, па самим тим захтева и конципирање адекватне одговорности за рад. Пред државним службеницима се налазе одговорни радни задаци, од чијег правилног извршавања зависи ефикасност система државне управе и (не)поверење грађана у њен рад. Од сваког државног службеника се очекује да са потпуном озбиљношћу приступи радним обавезама које су му поверене, као и да поштује прописану радну дисциплину, којој тежи сваки послодавац, па и држава, као њихов послодавац. Ступањем на рад државни службеници, поред права утврђених законом, преузимају и одређене обавезе, дужности из радног односа. Повреда дужности из радног односа повлачи дисциплинску одговорност. Међутим, врста послова коју обављају ове категорије лица намеће потребу посебног уређења система дисциплинске одговорности у којој ће бити уважене специфичности уређења њиховог радно-правног статуса. То је и учињено Законом о државним службеницима који уважава све особености државних службеника и детаљно регулише и уређује радноправни институт дисциплинске одговорности на нивоу *lexspecialis*-а. Сходно одредбама Закона о државним службеницима повреде службене дужности разрађују се кроз врсте повреда, казне које се изричу за те повреде, поступке који се воде због тих повреда и на крају органа који су овлашћени за вођење тих поступака.

Литература

Banderet, M. E. (1986). Discipline at workplace: A comparative study of law and practice - procedure, *Internacional Labour Review*, број 4/86.

Безбрадица, Р. (2007). Дисциплинска одговорност државних службеника. *Радно и социјално право* бр. 1/07.

Влатковић, М., Брковић, Р., Урдаревић, Б. (2013). *Службеничко право*. Београд: Досије студио.

Вукашиновић-Радојичић, З. (2015). *Правна питања службеничких односа*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Градашћевић, Ј. Дисциплинска одговорност радника у светлу измена и допуна Закона о удруженом раду, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, бр. XXXV/87.

Давитковски, Б., Лончар, З., Павловска-Данева, А. (2012). *Наука о управи*. Подгорица: Факултет за државне и европске студије.

Дамјановић, Ј. (2006). Приказ закона о државним службеницима, у: *Систем државних службеника у Републици Србији (збирка прописа са коментарима)*, Београд.

Илић, А. (2012). Дисциплинска и материјална одговорност државних службеника у правном систему, *Теме*, 1/2012, 377-391.

Јовановић, П. (2012). *Радно право*. Нови Сад: Правни факултет.

Ковачевић, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачић-Костић, Ј. (2011). Заштита права државних службеника, *Социјална мисао*, бр. 3/11, 191-206.

Кулић, Ж. (2009). *Службеничко право*. Београд: Мегатренд универзитет.

Лилић С., Димитријевић П., Марковић М. И. (2006). *Управно право*. Београд: Савремена администрација.

Лубарда, Б. (2012). *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*. Београд: Правни факултет у Београду.

Лубарда, Б. (2006). Правни положај државних службеника, *Правни живот*, бр. 11, 575-589.

Лубарда, Б. (2001). Основни циљеви радног законодавства: социјална правда, мир и конкуренција, *Правни живот*, бр. 10, 563-576.

Мандић, М. (2011). Дисциплинска одговорност и дисциплински поступак, *Годишњак факултета правних наука*, 1(1), 221-231.

Миловановић, М. (2016). *Дисциплинска одговорност у војсци Србије – докторска дисертација*. Београд: Правни факултет универзитета Унион.

Павловић, Љ. (2013). Одговорност државних службеника, *Правне теме*, бр. 2, 62-72.

Паравина, Д. (1998). *Радно право*. Београд: Службени гласник.

Перлаин, Ј. (1977). Одговорност за вршење радних обавеза у: Петровић, П., (ур.). *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 14.

Рашић, М. (2006). Одговорност државних службеника, у: *Новине у прописима о раду – зборник радова*, Београд.

Стојановић, М. (1998). Дисциплинска власт и дисциплинска одговорност директора, *Радно и социјално право*, бр.7-9.

Cardona, F. (2002). Foundations and procedures on discipline of civil servants. www.oecd.org/dataoecd/27/45/37197156.pdf

Шундерић, Б. (1994). *Заштита права у споровима из радног односа - првих 500 одлука Врховног суда Србије, пракса уставних судова и мишљења министарстава за рад*. Београд: Савремена администрација.

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 и 95/2018.

Закон о раду, *Службени гласник РС*. Бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење.

Кривични закон, *Службени гласник РС*. Бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*. Бр. 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење.

Jovana Petrović,

*Assistant, Faculty of Law, University of Priština,
Temporary head office in Kosovska Mitrovica*

Mirjana Ivaz,

*Assistant, Faculty of Law, University of Priština,
Temporary head office in Kosovska Mitrovica*

SPECIFICS OF DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF CIVIL SERVANTS

Summary

Disciplinary responsibility is a central issue of every law system, including the servant system. First of all, because it legally encroaches on the most sensitive sphere of interest - the mutual obligations and rights assumed by the parties to the contract of employment by performing them bona fides. In addition to its importance for employment, the conception of a legally adequate normative system of disciplinary responsibility also has a significant social role as one of the essential preconditions for the further development of market relations. In this paper the author will deal with the issue of disciplinary responsibility of civil servants, first of all the specifics of that responsibility in relation to the responsibility of employees in the general regime, then the peculiarities of disciplinary proceedings conducted against a civil servant through the prism of legal solutions, legal theory and case law. Legal theory does not deal with these issues to a great extent, so any approach to this matter is a contribution to the study of different segments of the civil servant position, which is the aim of this paper. It is the aspiration of the author of the paper to point out certain legal gaps in this area that have been observed during the drafting of the work and which could be regulated by de lege ferenda. The paper also describes comparative and legal solutions, which can often contribute to the normative upgrading of positive legal solutions and eliminate the causes of problems that arise in practice and thus create the preconditions for the desired degree of efficiency of the official system.

Keywords: *civil servant, disciplinary liability, Code of conduct of civil servants, disciplinary procedure, disciplinary action, disciplinary penalties.*

ОДЕЉАК III / SECTION III



Др Ангел Ристов¹

Ванредни професор Правног
факултета “Јустинијан Први”
Универзитета „Св. Кирил и Методиј“
Скопје, Северна Македонија

UDK: 347.234(497.7)

*„Неправда је већа, кад неко од свог злодела и
било какву корист прими“ – Валтазар Божишић*

ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА ИЛИ „ТИХА“ НАЦИОНАЛИЗАЦИЈА У МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ

Апстракт: Експропријација представља законом прописану меру од опште користи на основу које некретнине у приватној својини, да у случају постојања јавног интереса утврђеног законом, могу присилно да пређу у власништво државе са правичном надокнадом. У супротном, уколико не постоји јавни интерес утврђен законом, нико не може бити лишен личне имовине, или да му имовина буде ограничена. У складу са Уставом у случају експропријације, загарантована је правична надокнада, која не може бити нижа од тржишне вредности. Усвојеним Законом о експропријацији 2012. године, превдиђено је решење да се тржишна вредност утврђује према методологији, правилима и стандардима у складу са Законом о процени. Таквом одредбом, која је у супротности са Уставом, законодавац годинама спроводи „прећутну и тиху национализацију“ на штету грађана, одузимајући им њихову имовину будзашто, у бесцење, са изузетно малом надокнадом која не одговара тржишној вредности. Аутор у овом раду анализира законске одредбе које се односе на надокнаду за експропријацију у прошлости и данас, да би потврдио да је важеће законско решење супротно Уставу и слично је законским решењима из времена социјализма. С обзиром на чињеницу да такво законско решење није у духу новог друштвеног, политичког и правног уређења, Уставни суд би требало да га што пре укине, уколико нема храбрости да га поништи, због изузетно велике штете учињене грађанима и правним лицима.

Кључне речи: експропријација, правична надокнада, тржишна вредност, национализација.

¹ angel.ristov@ugd.edu.mk

Својина представља једно од најзначајнијих људских и економских права. Иста представља “друштвену установу чији је задатак да задовољи наше потребе, полазећи од биолошко-физиолошких, па све до изведених културних потреба” (Gams, 1988:12). Због тога, својина је један од основних института приватног права без којег не може да се замисли постојање стварно-правних, облигацијских и наследно-правних односа. Својина представља потпуну власт над стварима (*plena in res potestas*) признатим и заштићеним од стране државе, на основу које су сва трећа лица дужна да се уздржавају од радњи у односу на такве ствари. Али, током времена иста добија и „карактеристике својине са развијеним социјалним функцијама уз чију помоћ државна заједница решава социјалне проблеме, одржава социјални мир и унапређује властити развитак.” (Шкарик, 2015:508). Од другој половини деветнаестог и почетком двадесетог столећа „својина се све више сужава тако што се врше њена ограничења, јавноправна – у општем друштвеном интересу (попут одредби о грађевинском земљишту и коришћењу пољопривредног и шумског земљишта; културних добара; градње, итд.) и приватноправна (суседска права и забрана злоупотребе права)” (Лазих, 2017:353-354). У нашем праву, својина је дефинисана према њеној садржини као право власника да своју ствар држи, у потпуности да је користи, и да истом располаже по својој вољи, уколико није у супротности закону или неком праву другог лица.² Притом, свако је дужан да се уздржава од повреде права власништва другог лица.³

Полазећи од великог значења права својине за економске односе и друштвеног развоја, Устав Републике Македоније из 1991. године⁴ предвиђа правну заштиту својине као једне од основних темељних вредности уставног поретка (чл. 8 ст.11 ал. 6). Устав „не садржи референцу – приватна својина. Он не садржи ни одредбе о својинским облицима. Својински односи су једна од његових слабијих страна” (Шкарик, 2015:508). За разлику од раније, сви основни облици права својине (приватна, општинска и државна), иако у Уставну нису изричито предвиђени, исти су изједначени и уживају једнаку правну заштиту.⁵ Ипак, посредно, Устав фаворизује приватну својину прописујући да се: „Гарантује право својине и право наследства”.

² Види чл. 8 из Закона о својини и друга стварна права (ЗСДСП), „Службен весник Републике Македоније“ бр. 18/01, 99/08, 139/09 и 35/10.

³ *Ibidem*.

⁴ „Службен весник Републике Македоније“ бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/2001 и 107/05.

⁵ „Право својине могу да стичу сва домаћа и страна физичка лица, укључујући и државне јединице локалне самоуправе, под условима и на начин предвиђен овим и другим законом.“ чл. 2 ЗСДСП.

Овом одредбом уставотворац је имао у виду приватну својину, с обзиром да се само она и једино она може да наслеђује.⁶

Прихватајући нови концепт либерално-демократске државе у којој се гарантује слобода тржишта и предузетништво, Устав не предвиђа никаква ограничења својине по обиму као што је то било раније (Групче, 1976:125-149; Групче, 2001; Живковска, 2005:55-62; Дабовиќ Анастасовска, 1996). Ипак, Устав прокламује да “својина ствара права и обавезе и треба да служи за добро појединцу и заједници”, истичући социјалну компоненту својине (чл. 30 ст.2). Према Уставу, “никоме не могу да буду одузета или ограничена својина и права која произлазе из ње, осим када је у питању јавни интерес утврђен законом”. У том случају уставотворац је изричито предвидео да: “У случају експропријације својине, или у случају ограничења својине гарантује се праведна надокнада која не може да буде нижа од тржишне вредности.”⁷ Устав предвиђа само експропријацију као законску меру којом се одузима или ограничава својина над земљиштем, ако је исто препрека изградњи неког објекта од општег интереса (Шкариќ, 2015:508). У њему није предвиђена национализација индустријских грана за социјалне или политичке циљеве (Ibidem).

Оваква одредба у Уставу је у духу новог времена у којем приватна својина, за разлику од ранијег и недавног времена када је била маргинализована и ограничена⁸, поново је враћена на своје право место, у сагласности са ли-

⁶У том смислу говори и професор Светомир Шкариќ, према коме; „Полазећи у целости уставног текста, а посебно од лоцираности својине у делу посвећеном човековој слободи и права, Устав се суштински определио за приватну својину као основног облика својине у Републици Македонији. Исто је видљиво и одредбама којим се утврђују основни економски односи у Републици Македонији, а посебно тржиште и предузетништво, као кључне основе привреденог система. Слободно тржиште и предузетништво могући су само у условима доминантне заступљености приватне својине. (Шкариќ: 508).

⁷Чл. 30 ст. 4 Устава РМ.

⁸У претходном социјалистичком правном поретку приватна својина, у односу на друге видове својине (државна, друштвена), била је маргинализована и законом ограничена по обиму. На основу тога, одређени вид ствари (стамбени и пословни простор, пољопривредно земљиште и др.) грађани су могли да стекну право својине само у обиму и границама опредељеним законом. Овакво стање у односу на ограничења својине по обиму било је промењено Уставним (савезним и републичким) изменама у периоду 1988/89. године. Најпре, амандманом 35 Устава СРМ, било је укинута ограничење у погледу својине стамбених зграда и пословног простора и средстава за рад, док је у односу на пољопривредно земљиште земљишни максимум који може да буде у власништву био је повећан од 10 ха на 30 ха. Касније амандманом 59 био је успостављен својински плурализам и коначно земљишни максимум у погледу пољопривредног земљишта био је укинут и као резултат неефикасности друштвене

берално-демократским концептом уређења. Међутим, након две деценије од осамостаљења и новог друштвеног, политичког и правног уређења, као да је законодавац заборавио на основне темељне вредности Устава!

Доношењем Закона о експропријацији⁹ 2012. године, законодавац је предвидео одредбе у супротности са Уставом прописујући да се тржишна вредност утврђује методологијом, правилима и стандардима Закона о процени. На основу овакве одредбе, више година држава врши „тиху национализацију“ на штету грађана, одузимајући им својину некретнина будузашто, у бесцење, за износ који није одговарајући тржишној вредности. Под велом остваривања јавног интереса одузимају се некретнине (куће, њиве, ливаде, шуме, магацини, пословни простори и др.) у прошлости стицане мукотрпним радом и знојем, плаћане златницима, преношене с генерације на генерацију... И све то за комад чоколаде!

Неправда је учињена. Грађани трпе, подносе неправде и негодују, док се број експрописаних некретнина из године у годину повећава. Уз све ово зачуђује чињеница да шира јавност више од шест година нема ни једне иницијативе, дебате, или захтева за укидање такве одредбе која је неправедна за грађане и правна лица. Да ли је узрок овоме традиционално стрпљење наших грађана, или, можда, велико сиромаштво, и да је боље да се узме „бар нешто него ништа“? Да ли је узрок непознавање Устава и права? Чак и правничка фела, из нама непознатих разлога, је остала нема према оваквом законском решењу којим се уместо тржишта (понуда и потражња), у закону је тзв. „тржишну“ вредност утврдио министар за транспорт и везе подзаконским прописом - Методологија о процени тржишне вредности некретнина.¹⁰ С обзиром да је овакво подзаконско решење у директној супротности са Уставом исто нас враћа назад у време социјализма. Зато би требало Уставни суд да га што пре укине или поништи. Или да то учини законодавац законским изменама, уколико се стварно залаже за правну државу и владавину права (Prisa, 2018:361).

својине била је превиђена њена трансформација. Законском регулативом, као резултат савезних Уставних измена, ограничења приватне својине била су укинута изменама и допунама Закона о основним сопственосно-правним односима 1990. године („Службени лист СФРЈ“ бр. 36/90).

⁹ „Службен весник Републике Македоније“ бр. 95/12, 131/12, 23/13, 27/14, 104/15, 192/15, 23/16 и 178/16.

¹⁰ У законодавствима нашег блиског окружења (Србије, Хрватске, Федерације БиХ, Републике Српске, Црне Горе), којима делимо сличну правни традицију, не постоји овакво решење. Насупрот македонског решења, предвиђена је надокнада за експрописану некретнину у висини тржишне вредности некретнине.

С циљем да потврдимо постављену хипотезу у овом раду, најпре ће бити анализирани правни прописи о експропријацији у време социјализма, па онда у периоду након осамостаљивања, да бисмо могли да направимо паралелу са решењима важећег права и да на крају у закључку изложимо наше предлоге.

1. Надокнада за експропријацију у прошлости

Експропријација представља општекорисну меру на основу које приватна својина прелази у власништво државе (Групче, 1985:180-182). Предмет експропријације су, пре свега, некретнине (земљишта и зграде), а да је циљ експропријације да се на место експрописаног објекта изгради објекат од јавног интереса (Ibidem). Експропријација је мера управног карактера и о њој се одлучује у управном поступку. Иста може да буде потпуна или делимична. Експропријација је делимична када се својина ограничава привремено. Према професору Асену Групче „главна одлика експропријације је надокнада која се плаћа за одузету некретнину” (Ibidem). Да би се дошло до данашње правичне надокнаде према тржишној цени земљишта предвиђене Уставом Републике Македоније из 1991. године прошло је веома дуго време. У почетку, након ослобођења, надокнада је била веома ниска, па чак и симболична. Узрок овоме биле су материјалне прилике. Касније, Уставом из 1963. године успостављен је термин правична надокнада, који као “нова економско-правна категорија гравитира око прометне вредности, али се, по правилу, не поклапа са њом” (Групче, 1985:182) И Устав из 1974. године користи исти термин “правична надокнада” чије се основе и мерила утврђују законом (Ibidem). Опредељењем ових основа и критеријума као и њиховом применом било је прописано да не треба битно да се погоршавају услови живота и рада које је имао власник чија се некретнина експроприше.

Експропријација као мера управног карактера и од јавног интереса постаје веома честа у периоду после Другог светског рата, као резултат потребе за обнављање и развој државе. Уредбом о експропријацији непокретне имовине за војне потребе¹¹ из 1946. године чланом 4 било је предвиђено да се: “Физичким, и приватним, и правним лицима, и кооперативним организацијама да пуна вредност надокнаде за експроприсану имовину, или узету на привремену употребу по овој одредби.” Први Закон о експропријацији¹² после ослобођења био је донет 1947. године. У члану 11 насловен – Надокнада, законодавац је предвидео: “Власнику ће се дати надокнада

¹¹ „Службени лист ФНРЈ” бр. 87/46.

¹² „Службени лист ФНРЈ” бр. 28/47.

за експрописану имовину. Накнада ће се дати у висини *средње прометне вредности* коју експрописана имовина има на дан процене.” Закон је касније био прецизиран Упутством експропријационим комисијама за поступак при процени и утврђивању надокнаде за експрописану имовину¹³ из 1950. године. Ово упутство је издато као неопходна потреба експропријационим комисијама да воде рачуна о основном начелу да се власницима експрописане имовине треба да им се да такав облик надокнаде којом би били обештећени. У том смислу, у зависности од околности случаја, облици надокнаде били би: а) надокнада замене – давањем друге некретнине у замену за експрописану некретнину; б) новчана надокнада и в) надокнада државним обвезницама. Надокнада у облику давања друге некретнине могло је да се одреди у случају када експрописана имовина представља јединствен и најважнији извор издршке власника, његове уже породице и лица која је дужан да их издржава. Надокнада у новцу могла је да се одреди само ако власнику није у потпуности дата надокнада другим земљиштем, тј. ако дато земљиште као замена не одговара величини или квалитету онда је, ради потпуног обештећења, давана новчана надокнада. Накнада у облику државних обвезница давана је власницима којима је делимично или у потпуности експрописана имовина, а није долазило у питање њихово издржавање, или се радило о лицима која имају имовину довољну за живот. У намери да се избегне неједнака пракса законодавац је задуживао експропријационе комисије да се у свом раду придржавају следећих принципа: 1) за утврђивање висине надокнаде за експрописану имовину као основни критеријум треба да се примени *једногодишњи просечни принос*, односно *приход од имовине* која се експроприра; 2) имовина која се експроприра треба да се разликује и то: а) земљиште, б) зграда, в) грађевинско земљиште и г) шума. Притом, да је детаљно разрађена и утврђена вредност свих видова непокретне имовине. 1951. године донето је и Друго упутство за поступак експропријационих комисија при процени и утврђивању надокнаде за експрописану имовину.¹⁴ 1950. године законодавац је донео Уредбу за издавање обвезница као надокнаду за експрописану имовину којом се предвиђа обавезно издавање обвезница за измирење државних обавеза које су настале из Основног закона о експропријацији чл. 1. Касније, 1955. године донета је друга Уредба о надокнади за експрописане непокретности.¹⁵ Сагласно члану 1 ове Уредбе прописано је да: “Власнику чија је некретнина експрописана према Основном закону о експропријацији припада надокнада у висини *средње цене* експрописа-

¹³ „Службени лист ФНРЈ“ бр. 14.50.

¹⁴ „Службени весник ФНРЈ“ бр. 54/51.

¹⁵ „Службени весник ФНРЈ“ бр. 19/55.

ног земљишта, односно у висини *средње циркуларне вредности* експроприсане зграде која се утврђује према одредбама ове уредбе.” Надокнада за експроприсано земљиште утврђује се на основу *тарифе* – цене која важи на дан процене. Тарифом је утврђивана надокнада у висини средње цене земљишта по једном хектару и посебно по појединим културама и класе земљиште. *Тарифу о надокнади за експроприсано земљиште* доноси Републичко извршно веће у сагласности са Савезним извршним већем. Надокнада за експроприсане некретнине исплаћивана је готовим новцем само ако је због изгубљених прихода од експроприсане некретнине да је битно умањена могућност издржавања власника исте некретнине као и лицима које издржава. (13 ст. 1).

Закон о експропријацији¹⁶ из 1957. године у односу на висину надокнаде за експроприсану имовину предвиђао је различити приступ, у зависности од врста некретнина. Тако, надокнада за потпуну експропријацију селско-привредног земљишта опредељивана је у висини *од петоструког до десетоструког износа једногодишњег катастарског прихода са тог земљишта* (чл.35, ст.1), детаљно разрађујући надокнаде за винограде, воћњаке, пиринчана поља, дуван и друго. Надокнада за експроприсано грађевинско земљиште опредељивано је према тарифи-цени коју је доносио народни одбор среза у сагласности са Републичким извршним већем (чл.47).

Надокнада за експроприсану некретнину утврђивана је према њеној вредности на дан правоснажности решења о експропријацији (чл. 51 ст.1), а иста је новчано исплаћивана (чл. 52. ст. 1).

Од Савезних прописа нису се много разликовали ни прописи о експропријацији донети од стране македонске државе. У том смислу још 1946. године на основу Решења АСНОМ-а Президијум народног собрања Народне Републике Македоније донео је Закон којим се овлашћује Влада НРМ да доноси уредбе о експропријацији непокретне имовине од општег интереса и да одређује надокнаду за те експропријације.¹⁷ Касније, 1947. године донет је Правилник о поступку при експропријацији, о начину за утврђивање висине и исплате надокнаде власницима експроприсане имовине.¹⁸ У члану 17 овог Правилника предвиђено је да “стварна вредност експроприсане непокретне имовине одређује се према њиховој *средњој вредности* на дан процене”. На основу наведене Уредбе и Правилника уследио је велики број посебних уредби којим је вршена експропријација непокретне имо-

¹⁶ „Службени лист ФНРЈ“ бр. 12/57.

¹⁷ „Службени весник НРМ“ бр. 29/46.

¹⁸ „Службени весник НРМ“ бр. 8/47.

вине. 1973. године донет је први македонски Закон о експропријацији.¹⁹ Сагласно члану 1 овог Закона “непокретност може да се експроприше када је то потребно ради изградње привредних, стамбених, комуналних, туристичких, здравствених, културних и привредних објеката, објеката народне одбране, цивилне заштите и других објеката од општег интереса.” Надокнада за експроприсано пољопривредно земљиште одређивана је према тржишној цени пољопривредног земљиште које се купује и продаје за пољопривредну обраду, а не за изградњу стамбених зграда и других грађевинских објеката. Као тржишна цена узимана је цена која је формирана на подручју места, односно насеља у коме се земљиште налази. И надокнада за грађевинско земљиште одређивана је по истој методологији, према тржишној цени најближег пољопривредног земљиште које се налази непосредно поред грађевинског рејона. Надокнада за експроприсан грађевински објекат одређивана је према грађевинској вредности објекта у месту где се исти налазио. Надокнада за експроприсане некретнине одређивана је у готовом новцу (чл.39 ст.1). На предлог једне од странака суд је могао да одреди надокнаду потпуно или делимично давањем у власништво друге такве некретнине.

Последњи Закон о експропријацији²⁰ из времена социјализма био је донет 1989. године. Према члану 13. овог закона било је предвиђено да: “За експроприсану некретнину власнику припада *правична надокнада*. Опредељеном правичном надокнадом *не могу битно да се погоршају услови живота и рада које је власник имао при коришћењу експроприсане некретнине.*”

Основна мерила – критеријуми за одређивање правичне надокнаде била су различита у зависности од врсте некретнина. Тако, надокнада за експроприсано земљиште одређује се према *тржишној цени пољопривредног земљишта* које се купује и продаје ради пољопривредне обраде (чл. 27 ст. 1). Када у катастарској општини у којој се налазило експроприсано земљиште није била формирана тржишна цена, онда је узимана тржишна цена земљишта у суседни катастарским општинама. Уколико ни у тим КО није иста формирана, надокнада је одређивана према квалитету земљишта и користи коју је имао ранији власник (чл. 27 ст.2). Надокнада за шумско земљиште одређивана је према тржишној цени пољопривредног земљишта одговарајуће катастарске класе (чл. 28). Надокнада за грађевински објекат одређује се према *грађевинској вредности објекта у месту где се исти налази*. Грађевинска вредност посебно обухвата: вредност материјала, вредности радне руке потребне за изградњу објекта, трошкове транспорта материјала, уложена средства за припрему и уређење грађе-

¹⁹ „Службени весник СРМ“ бр. 47/73 и 22/76.

²⁰ „Службени весник СРМ“ бр. 46/89 и 36/91.

винског земљишта, трошкове за изградњу техничке документације и трошкове надзора и организације изградње.

2. Надокнада за експропријацију својине након осамостаљивања Републике Македоније

Након осамостаљивања Републике Македоније први Закон о експропријацији²¹ био је донет 1995. године. У сагласности са духом одредаба из новог Устава у чл. 10 овог закона, било је предвиђено да: „За експроприсану некретнину припада *надокнада која не може да буде нижа од тржишне вредности некретнине*“. За опредељење праведне надокнаде утврђује се тржишна вредност некретнине на основу критеријума утврђених овим законом у моменту подношења предлога за експропријацију, или на захтев власника, односно носиоца другог имовинског права, у моменту опредељивања надокнаде.”

2012. године био је донет нови Закон о експропријацији. Тако чл. 18 ст.1 Закона о експропријацији прописано је да „за експроприсану некретнину припада праведна надокнада *која не може да буде нижа од тржишне вредности некретнина*“ (Живковска, 2012). Да би следећим чланом 18. став 2 законодавац предвидео да се *“тржишна вредност некретнина утврђује под условима и на начин утврђен овим законом, према методологији, правилима и стандардима сагласно Закону о процени”!* (Ibidem)

Оваква одредба је супротна Уставу Републике Македоније, у којем није прописано такво решење и нигде није поменуто да се тржишна вредност утврђује по методологији, правилима и стандардима сагласно Закону о процени. Наиме, у чл. 30 ст. 4 Устава прописано је да: *“У случају експропријације власништва, или у случају ограничења власништва гарантује се праведна надокнада која не може бити нижа од тржишне вредности.”* Ова законска одредба је у супротности једном од основних принципа грађанског права – принцип једнакости и равноправности, према којем су сви субјекти, укључујући и државу, у имовинско-правним односима, једнаки и равноправни. Према постојећем законском решењу на основу којег *“тржишну вредност”* одређује држава методологијом сагласно Закону о процени, иста је привилегована. Њена воља је снажнија и наметнута је грађанима и правним лицима. Тиме се нарушава грађанско-правни метод координације и принцип равноправности и једнакости у грађанском праву. *Argumentum a fortiori (утолико више)*, што Методологија о процени тржишне вредности непокретне имовине, на основу којег се опредељује *“тржишна”*

²¹ „Службени весник Републике Македоније“ бр. 33/95, 20/98, 40/99, 31/05, 46/05, 10/08, 106/09, 156/10 и 6/12.

вредност експроприсане некретнине утврђена је подзаконским актом донетим од стране Министра за транспорт и везе!²²

Оваква методологија подсећа на тарифе о надокнади за експроприсано земљиште на територији НР Македоније, на основу којих је опредељивана надокнада за експроприсану непокретну имовину у време социјализма! Али, и ове тарифе, у то време, биле су доношене са учешћем више државних органа, на предлог народних одбора и срезова у сагласности са Савезним извршним већем, од стране – Извршног већа. Сагласно члану 3 Методологије “тржишна вредност непокретне имовине... утврђује се обрачунским бодовима по м² функционалне површине зграда и других грађевинских објеката и по м² површине земљишта у зависности од врсте имовине и према основним и допунским елементима садржаним у методологији и обрасцима који су њен саставни део.” Најспорнији део Методологије је део којим се утврђује тржишна вредност према зонама где се налази место некретнине. Сагласно одредбама из члана 16: “Тржишна” вредност према зонама утврђује се обрачунским бодовима по м² функционалне површине која се додаје на утврђену грађевинску вредност умањеној за амортизацију и то за једну од укупно 18 зона. Притом, прва зона износи 600 бодова, а последња 5 бодова. Осим наведених, Методологија предвиђа и посебне одредбе којим се израчунава тржишна вредност некретнине (чл.17).

Тржишна вредност може да се утврди само на слободној пијаци некретнинама где важе правила понуде²³ и потражње²⁴. Понуда и потражња су једини чиниоци који опредељују тржишну вредност некретнина на слободној пијаци. Због тога “тржишна” вредност не може, ни у ком случају, да се утврђује према методологији, правилима и стандардима које је прописала држава сагласно Закону о процени! Оваквим решењем је враћање назад, у прошлост, у период социјализма када је приватна својина била на маргинама друштва са бројним ограничењима, пре свега идеолошке природе. Чињеницом да је законодавац прописао веома ниску и нереалну надокнаду, која је супротна слободи тржишта и тржишној логици, утврђеном подзаконским прописом, држава чини, “тиху национализацију” одузимајући власништво по слимболичној цени. Важеће законско решење нарушава принцип једнакости и равноправности у имовинско-правним односима, а тиме и правну сигурност. То је у супротности и са новим капиталистичким уређењем заснованим на либерално-демократском концепту уређења. Зато ова законска одредба треба, у најмањој мери, да буде

²² „Службени весник Републике Македоније“ бр. 54/12, 17/13, 21/13и 142/14.

²³ Понуда представља количину одређене стоке (робе) која се у одређено време и на одређеном месту по одређеној цени нуди купцима.

²⁴ Потражња је одређена количина новца којим се купује одређена стока (роба).

укинута од стране Уставног суда Републике Македоније и то што пре јер је, очито, на штету грађана и правних лица (Шкарик, 2000:431-432; Ристов, 2004:239-241).

Да парадокс буде већи, *argumentum fortiori*, у случају када држава треба да израчуна пореску основицу вредности некретнине да би се наплатио порез на промет са некретнином или други порез на имовину, вредност се не процењује према истом „аршину“. Напротив, када држава треба да наплати новац по овој основи, онда се примењује принцип *тржишне вредности* без искључака и без икакве методологије! У том смислу, у Закону о порезу на имовину²⁵ у чл.2, ст1, т.7, законодавац је дефинисао тржишну вредност као: „*вредност имовине која може да се постигне у слободном промету* у моменту настанка пореске обавезе!“

3. Закључак

Експропријација представља принудну општекорисну меру којом се одузима или се ограничава власништво непокретностима у случају постојања јавног интереса утврђеног законом давањем надокнаде. Направљена анализа прописа којим се уређује експропријација показала је да је еволуција питања надокнаде за експроприсану некретнину била дуга. На почетку ослобођења и успостављавања специјалистичког уређења надокнада је била симболична и утврђивана је на основу уредаба и правилника. Због тога је експропријација веома много личила на национализацију. Касније се уводе термини тржишна цена и правична надокнада, а правила о експропријацији и утврђивање надокнаде уређују се законом.

У периоду транзиције и доношењем Устава Републике Македоније 1991. године, успостаљен је термин – правична надокнада која не може да буди нижа од тржишне вредности некретнине, која је била предвиђена Законом о експропријацији из 1995. године. За непуне две деценије, овакав концепт био је нарушен доношењем Закона о експропријацији 2012. године којим је предвиђено решење према којем се тржишна цена утврђује подзаконским актом – Методологија о процени непокретнина.

Овакво решење омогућује држави да принудно одузима власништво некретнина по ниској, нереалној и симболичној цени. Овим решењем чини се “тиха национализација” на штету грађана и правних лица, а Македонија се враћа уназад у прошлост, у време социјализма, када је надокнада

²⁵ „Службени весник Републике Македоније“ бр. 61/04, 92/07, 102/08, 35/11, 53/11 и 84/12.

за одузето власништво опредељивања разним уредбама, правилницима и тарифама.

Постојеће решење не одговара духу и опредељењима Устава Републике Македоније која фаворизује приватно власништво и слободу тржишта и предузетништва. У том смислу, Устав предвиђа да, у случају експропријације некретнине, власнику припада праведна надокнада која не може бити нижа од тржишне вредности. Права тржишна вредност опредељује се само на слободном тржишту у зависности од понуде и потражње.

Важеће решење је у супротности и са принципом једнакости и равноправности у грађанском праву, с обзиром да држава не поштује метод координације намећући своју вољу при опредељивању висине надокнаде за експропријацију. У демократским државама овакво поступање није дозвољено. Лицемерје државе је очигледно када је реч о њеним интересима – наплатом пореза на имовину. У овом случају, важи и примењује се обратно. Тржишна вредност се опредељује на основу слободног промета некретнина, без икаквих искључака методологија и других подзаконских прописа!

Имајући у виду свега оног што је изнето у овом раду, Уставни суд би требало у најмањој мери да укине, уколико нема храбрости да поништи, постојеће законско решење које је у супротности са Уставом. Своју грешку може да исправи и законодавац, доношењем измена у Закону о експропријацији, враћајући старо решење из 1995. године. Неправда мора да буде исправљена, с циљем да се у будућности спречи овакво одузимање својине, будзашто, у бесцење, уколико се држава стварно залаже за давину права!

Литература

Gams Andrija, (1988) *Svojina*, Naučna Kniga, Beograd.

Групче Асен, (1976) *Грађанско право други део – Стварно право*, Култура Скопје.

Групче Асен, (2001) *Ка физиономији новог Закона о својини и друга стварна права*, *Зборник у част Асену Групче*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правни Факултет, Скопље, 2001;

Дабовиќ Анастасовска Јадранка, (1996) „Право својине као гарантовано економско и социјално право човека и грађанина Републике Македоније“, *Слободе и права човека и грађанина у Републици Македонији*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет – Скопље, Скопље, 1996.

Живковска Родна, (2005) *Стварно право, књига I*, Европа 92, Скопје.

Живковска Родна, (2012) *Институт експропријације према новом Закону за експропријацију из 2012. године*, доступно на [http://www.jracademy.gov.mk/upload/Materijali 2016/](http://www.jracademy.gov.mk/upload/Materijali%202016/)

Лазић Мирослав, Својински режим на граѓевинском земљишту и урбана комасација, *Зборник радова Правног факултет у Нишу*, 76/2017.

Prca Miloš „Faktička eksproprijacija“ kao ugasnuće vladavine prava u pravnom poretku Republike Srbije, *Zbornik radova "Univerzalno i osobeno u pravu"* Kosovska Mitrovica, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, 2018.

Ристов Ангел, (2004) „Извори на граѓанското право во Република Македонија“, *Зборник во чест на Миле Хаџи Василев Вардарски*, Правен факултет, Скопје.

Шкарик Светомир, (2015) *Уставно право*, Осмо издање, Култура Скопје.

Шкарик Светомир, (2000) *Уставно правна рамка економске транзиције*, Македонија на свим континентима, Унион трејд, Скопје.

Angel Ristov, PhD,

Associate professor, Faculty of Law Iustinianus Primus

Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“

Skopje, Northern Macedonia

„Injustice is bigger, when someone by his tort gain and certain interest“ - Valtazar Bogišić

EXPROPRIATION OR „QUIET“ NATIONALIZATION IN THE MACEDONIAN LAW

Summary

Property right is one of the most significant universal human rights. It aims to satisfy the needs of man, from existential to cultural and other derived needs. That is why property right (ownership) is the basic institute of private law without which estate relations cannot be imagined. Besides national law, property right is protected in international conventions, which guarantee that it cannot be restricted or confiscated except in the case of public interest. Expropriation is a statutory measure of general utility on whose basis private property, in the case of a public interest established by law, is forcibly passed into the ownership of the State with equitable and fair compensation. However, if there is no public interest established by law, no one can be deprived or limited of his/her property. In accordance with the Constitution, in the case of expropriation, fair compensation is guaranteed, which cannot be lower than the market value. With the adoption of the Expropriation Law in 2012, it was envisaged that the market value was determined according to methodologies, rules, and standards in accordance with the Valuation Act. With such a provision, which is contrary to the Constitution, the legislator enforces a “quiet nationalization” for years, to the detriment of citizens, depriving them of the property with unfair and symbolic compensation that does not correspond to the market value. In the paper, the author analyzes the legal provisions relating to the compensation for expropriation in the past and today, in order to confirm that a permanent legal solution is contradictory to the Constitution and resembles the legal solutions from the time of socialism. According to the fact that such a legal solution is not in the spirit of the new social, political, and legal order, the Constitutional Court should, as soon as possible, abolish it, unless it does not have the courage to annul it because of the great damage done in the past years.

Keywords: *expropriation, fair compensation, market value, nationalization.*

Проф. др Милена Јовановић Zattila,¹
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу, Србија

UDK: 341.241:578.834
339.56:578.834

Ромина Штаба,
Адвокат-партнер у Поробија & Шпољарић д.о.о.,
Специјалиста европског права и овлашћени
специјалиста јавне набавке,
Вараждин, Република Хрватска

УТИЦАЈ ПАНДЕМИЈЕ ВИРУСА COVID-19 НА ОСЛОБОЂЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ У УГОВОРНИМ ОДНОСИМА²

Апстракт: Проглашење глобалне пандемије вируса COVID-19 (корона-вирус) од стране Светске здравствене организације дана 11.03.2020. године је историјски догађај чије ће последице бити далекосежне у привредном, политичком, друштвеном и правном погледу. Последице на економију и привреду се већ драстично рефлектују. Делатности у којима је више од 50% компанија изјавило да имају значајне последице на пословање су путничке агенције, услужне делатности, превоз и складиштење.

Поставља се питање како пандемија COVID-19 може бити разлог екскулпације одговорности за уговорну штету услед неиспуњења или кашњења у испуњењу уговорних обавеза, као и да ли се ради о вишој сили. Генерално, не улазећи у правна тумачења, јасно је да пандемија коронавирусом представља вишу силу, као спољни и атипични догађај на кога оштећени није могао утицати, тј. није га могао предвидети, избећи или отклонити. Међутим, овај феномен неће бити аутоматски применљив у свим правним ситуацијама и уговорним односима, без да се исти правно оправда и докаже активирањем клаузуле више силе. Обзиром да у Европској унији нису у исто време донете ограничавајуће мере, као и да оне нису униформног садржаја у погледу поступања, то ће сваки конкретан случај везан за прекограничне, али и унутрашње односе бити специфичан и захтевати посебан приступ у погледу оцене да ли је наступила виша сила као разлог ослобођења одговорности за штету услед кршења уговорне обавезе.

¹ milena@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Хармонизација права Србије са правом Европске уније“.

Ауторке се у раду баве утицајем пандемије коронавирусом COVID-19 на испуњење обавеза у двостранотеретним правним односима, и то у случају када нека од уговорних страна није у могућности да испуни своју обавезу или пак касни у испуњењу исте. У раду се анализирају законодавна решења и досадашња судска пракса Републике Србије и Републике Хрватске по наведеном питању, као и одредбе међународног права (када се ради о двостранотеретним уговорима са субјектима из трећих земаља). Очекивања аутора су да ће спроведено истраживање у овом чланку допринети примени у пракси, посебно код трговинских спорова који ће се неизоставно појавити у раду компанија и предузетника, обзиром да услед пандемије COVID-19 нису били у могућности да испуне уговорне обавезе на време.

Кључне речи: COVID-19, компаније, одговорност за штету, трговинскоправни уговорни односи.

1. Уводни део

У 2020. години свет се суочио са пандемијом вируса SARS-CoV-2³, а од када је Светска здравствена организација 11.03.2020. године званично прогласила пандемију наведеног вируса, дошло је до драстичних промена у свакодневним животима појединаца, пословању привредних субјеката, економији и екологији, привредним токовима, радним и облигационим односима. Генерално, све је више добила на значају важност дигитализације друштва, пословање на даљину, увођење, као и додатно подстицање раније уведених е-услуга и сервиса приватног и јавног сектора, е-трговине са циљем избегавања физичких контаката као потенцијалних ризика преноса заразе. Наведено је утицало и на модалитете закључења уговора, који се све више склапају на даљину, електронским потписивањем⁴ посредством дигиталних сертификата.⁵

³ COVID-19, коронавирус.

⁴ У Републици Србији дигитални потписи су уређени Законом о електронском потпису (“Сл. гласник РС”, бр. 135/2004), док је у Републици Хрватској исти уређен Законом о provedби Уредбе (ЕУ) бр. 910/2014 Европског парламента и Већа од 23.07.2014. о електронској идентификацији и услугама поверења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту и стављању ван снаге Директиве 1999/93/ЕЗ (Народне новине, даље у тексту: НН, број 62/17). Уредба (ЕУ) бр. 910/2014 непосредно се примењује у државама чланицама Европске уније, будући да уредбе ЕУ представљају „европске законе“ који имају директан учинак у државама чланицама и није их потребно засебно имплементирати.

⁵ У Републици Србији, као и Републици Хрватској квалификовани електронски потпис, сагласно Уредби (ЕУ) 910/2014, има једнак правни третман као својеручни потпис.

Велику улогу у новонасталој пандемијској ситуацији имале су саме државе увођењем епидемиолошких мера у циљу спречавања ширења заразе, али и економских мера са циљем помоћи погођеним секторима у привреди (Bergkamp, 2020: 344)⁶. Међутим, упркос мерама предузетим од стране држава, пандемијска ситуација проузроковала је правноекономске поремећаје чиме је утицала на (не)испуњење и/или кашњење у испуњењу обавеза у уговорним односима. Непосредна искуства из праксе говоре како бројни субјекти током пандемије траже правну помоћ у виду правних тумачења утицаја пандемије на разне врсте облигационоправних односа, понајвише из домена трговинског, облигационог и радног права (Шернхорст, 2020: 72). Трговачка друштва у новонасталим околностима, услед кашњења или неиспоруке сировина или других ресурса потребних у набавци и производњи, ограниченог кретања токова робе и радне снаге, нису била у могућности да благовремено испуне своје даље уговорене обавезе, позивана су на плаћање уговорне казне, долазило је до раскида уговора, активирања средстава за осигурање плаћања, а отворила су се и питања подношења тужби ради накнаде штете.

Бројна трговачка друштва, у највише погођеним секторима⁷, била су приморана да у потпуности обуставе пословну активност. Физичка лица су се због изрицања мера самоизолације, из разлога што су можда била у контакту са (потенцијално) зараженом особом или су дошла из државе која је на попису земаља са високим ризиком од заразе, нашла у ситуацији да нису могла испуњавати обавезе из уговорних односа. Наравно, исто се односи и на лица којима је због COVID-19 била изречена мера изолације. Пандемија је проузроковала далекосежне ланчане негативне економске⁸

⁶ Исто тако, државе су дужне да сарађују са другим државама и да штите друге државе од штетних радњи појединца на њеном подручју, као и да извештавају о избијању заразних болести, што произлази из обавезе поштовања међународног права, односно међународних здравствених прописа донетих од стране Светске здравствене организације.

⁷ Према подацима хрватског портала FININFO, које је преузео пословни портал Lider Media дана 29.04.2020., најпогођенији сектори у Републици Хрватској за раздобље 19.03.-12.04.2020. године били су: делатности припреме и услуживања хране и пића; трговина на мало; остале личне услужне делатности; копнени превоз (железнички и друмски превоз робе и путника) и цевоводни транспорт; делатности путничких агенција, организатора путовања (туроператера) и остале резервацијске услуге. Слична је ситуација и са погођеним секторима у Србији.

⁸ У Европској унији и еврозони, у другом тромесечју 2020. године забележен је пад привредних активности на кварталном и годишњем нивоу најснажније од 1995. године. БДП је у већини држава чланица ЕУ пао за 11,9% у односу на претходно тромесечје, а највеће губитке бележе Шпанија, Португал, Француска. Немачка привреда, највећа у еврозони, пала је у другом кварталу за 10,1%, а италијанска за 12,4% (Подаци Eurostat

и правне последице. Када се говори о пандемији COVID-19, наилази се на правне ситуације за које не постоје јасна законодавна решења нити конкретна судска пракса. Међутим, упркос пандемији, правници имају улогу да поступају на начин да се поштује владавина права и штите људска права, као и привредни интереси на добробит друштва у целини, локално, регионално и глобално.

У поступању правника, а посебно везано за уговорне односе и одговорност за штету због неиспуњења или кашњења у испуњењу обавеза правних субјеката, једно од најважнијих питања које се поставља јесте да ли пандемија COVID-19 представља вишу силу као спољни, атипични догађај који се није могао предвидети, избећи или отклонити, као и на који начин и под којим условима такав догађај може утицати на облигационе односе и на искључење одговорности за штету у уговорним односима. Обзиром на очекивано велики број судских спорова везаних уз последице COVID-19, посебно трговинских спорова услед неиспуњења или кашњења у испуњењу уговорних обавеза, циљ овог истраживања је да понуди смернице које могу бити од користи у пракси и самој примени од стране пословних субјеката када се суочавају са проблематиком неиспуњења или кашњења у испуњењу обавеза из уговорних односа као и питањима накнаде штете у таквим случајевима.

2. Проглашење епидемије covid-19 и измена прописа

Епидемија болести COVID-19 проглашена је Одлуком Министарства здравља дана 11.03.2020. године⁹. Међутим, још у фебруару 2020. године, Министарство здравља донело је Одлуку о оснивању карантина, док је

31.07.2020. године, <https://ec.europa.eu/eurostat/home>). У економским прогнозама Европске комисије, пад БДП Републике Србије за 2020. годину износи 4,0%. То се првенствено односи на пад приватне потрошње и инвестиција због рестрикција уведених током епидемије. Према подацима Државног завода за статистику Републике Хрватске, објављених 28.08.2020. године, у РХ је БДП у другом тромесечју пао за 15,1%.

⁹ Одлука о проглашењу болести COVID-19 изазване вирусом SARS-COV-2 заразном болешћу (“Сл. гласник РС, бр. 23/2020) као и пратећи низ прописа који подразумевају заштиту становништва; у РХ Одлука Министарства здравства: 011-02/20-01/143, Ур.број: 534-02-01-2/6-20-01 од 11.03.2020. године, донета је позивањем на чл. 2. ст. 4. Закона о заштити становништва од заразних болести (НН 79/07, 113/08, 43/09, 130/17 и 114/18) као и чл. 197. Закона о здравственој заштити (НН 100/18 и 125/19). Члан 2. став 4. наведеног Закона о заштити становништва од заразних болести гласио је: „Министар надлежан за здравство (у даљем тексту: министар), на предлог ХР завода за јавно здравље, посебном одлуком проглашава епидемију заразне болести или опасност од епидемије заразне болести те одређује заражено, односно угрожено подручје.“

14.03.2020. године била донета Одлука о посебној сигурносној мери изолације лица у свом дому или другом одговарајућем простору (самоизолација).

Убрзо након проглашења пандемије, донете су бројне измене и допуне прописа који се директно рефлектирају на пословање привредених субјеката и животе грађана. Тако је већ 18.03.2020. године објављена допуна Закона о систему цивилне заштите¹⁰ којом је, између осталог, у закон унет институт “посебних околности”. У обе државе донете су и одлуке о одлагању плаћања закупнине, накнаде за дугогодишњи закуп, накнаде за концесију и накнаде за привремено коришћење за пољопривредно земљиште у државном власништву, према којима је била одложена обавеза плаћања уговорене закупнине, односно накнаде за 2020. годину, за три месеца, у односу на уговорени рок плаћања. У НН 32/2020 била је објављена и допуна Општег пореског закона у коме је такође био уведен институт “посебних околности”¹¹. Приступило се и измени и допуни Закона о порезу на доходак, Закона о порезу на добит, Закона о угоститељској делатности, Закона о трговини, који су се такође позивали на „посебне околности“.

Што се тиче туристичког сектора, ступиле су на снагу допуне Закона о пружању услуга у туризму, па је у закон инкорпорисано право на раскид уговора и издавање ваучера у условима посебних околности узрокованих епидемијом болести COVID-19.¹² Дакле, оно што произлази из приказа измена и допуна прописа до којих је дошло услед проглашења епидемије COVID-19 јесте да се законодавац, у већини прописа којима су суспендоване неке обавезе или је уведен посебан режим за пословне субјекте, позивао на наступање „посебних околности”¹³. Хрватски законодавац у условима присутности COVID-19 није користио термин „ванредних околности“, а подручје прописа који су се мењали односило се понајвише на пореско правна

¹⁰ НН 32/2020

¹¹ Било је прописано да, ако посебне околности утичу на пореске обавезе, њихово доспеће сагласно посебним прописима се може одложити/или се одобрити њихова оброчна отплата.

¹² Право на раскид уговора и издавање ваучера у условима посебних околности узрокованих пандемијом COVID-19 је регулисано чланом 38.а Закона о пружању услуга у туризму. Наиме, независно од права на раскид уговора од стране путника или организатора због ванредних околности, за неизвршене уговоре о путовању у пакет аранжману које је требало извршити након 01.03.2020. године, путник има право на раскид уговора о путовању по истеку 180 дана од дана престанка посебних околности, а организатори путовања за исте путницима издају ваучер. Ако се путник одлучи за повраћај средстава, организатор мора извршити повраћај уплаћених средстава у року од 14 дана по истеку 180 дана од престанка посебних околности.

¹³ У прописима Републике Србије ова ситуација се третира као промењена околност.

питања и обавезе јавних финансија, док до измена и/или допуна прописа у делу везаном за облигационоправне односе практично није дошло.¹⁴

Посебне околности су описане као: „догађај или одређено стање које се није могло предвидети и на које се није могло утицати, а које угрожава живот и здравље грађана, имовину веће вредности, знатно нарушава околину, нарушава привредну активност или узрокује знатну економску штету”. Стога се поставља питање да ли законодавац, користећи у време епидемије термин „посебних околности“, подразумева да се ради о ванредним околностима¹⁵ које могу представљати вишу силу (Жанцељак, 2020: 83),¹⁶ односно да ли COVID-19, као болест, представља вишу силу у облигационоправним односима са прописаним законским реперкусијама у случају примене наведеног института.

3. Covid-19 као „промењена околност“ v.S. Covid-19 као „виша сила - ванредна околност“

Велике и нагле промене настале низом мера предузетих поводом пандемије COVID-19 оправдан су основ примене правила о раскиду или измени уговора због промењених околности, уколико је испуњење уговорне обавезе отежано или би опстанак уговора могао бити погубан за економско стање уговорне стране. Такође, пандемија и ограничавајуће мере надлежних органа задобијају карактеристике више силе због којих се уговорне обавезе не могу извршити, што доводи до основаности позивања на немогућност испуњења обавеза услед више силе. У зависности од ефеката које COVID-19 произведе на извршење уговорних обавеза, може доћи до тога да уговорна страна отежано извршава своје обавезе, али није сасвим онемогућена у томе. Тада би се могао применити институт промењених околности (*rebus sic stantibus*). Његова примена долази до изражаја: 1) уколико су

¹⁴ Уз изузетак поменутих допуна Закона о пружању услуга у туризму.

¹⁵ Ванредно стање у Републици Србији регулисано је у чл. 88-93. Закона о одбрани (“Службени гласник РС 116/2007, 88/2009, 104/22009, 10/2015 и 36/2018). У Републици Хрватској не постоји законски пропис на основу кога се може прогласити ванредно стање. Наведено је било могуће Законом о одбрани из 1991. године који је регулисао питање и појам ванредних околности. Међутим, након законских измена Закона о одбрани из 2002. године наведено више није прописано. Наиме, Закон о одбрани из 1991. године (НН 49/1991) прописивао је у члану 3. ставу 2.: „Под ванредним околностима сматра се стање у којем су услед оружаног, терористичког или другог насилног деловања доведени у питање слобода, независност, територијална целовитост и уставни поредак Републике Хрватске, односно општа сигурност становништва и материјалних добара изазвана елементарним непогодама и технолошким хаваријама.“

¹⁶ Све ванредне околности нису нужно и виша сила.

се околности значајно промениле у односу на оне које су постојале у тренутку закључења уговора; 2) ове околности отежавају испуњење обавезе једне стране или се због њих не може остварити сврха уговора (интересантно је да 2. критеријум одговара концепту “doctrine of frustration”¹⁷ из енглеског права, иако је овај концепт неуобичајен за правне системе који припадају европско-континенталном праву. У пракси се овај критеријум најтеже испуњава); 3) очигледно да уговор више не одговара интересима уговорних страна; 4) по општем мишљењу било би неправично одржати га на снази онакав какав је; 5) страна која се позива на промењене околности није била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их није могла избећи или савладати. Ипак, иако су сви услови испуњени, може постојати препрека унутар самог уговора. Наиме, према српском праву, странке имају могућност претходног одрицања од права да раскину уговор услед промењених околности, осим ако је то у супротности са принципом савесности и поштења.

Изазов са којим се компаније ових месеци сусрећу јесте питање одговорности уколико уговорна страна и даље редовно има контролу над извршењем уговора и оно је могуће, али би извршење конкретне уговорне обавезе, у складу са уговореним, довело у питање њен опстанак. У вези са тим треба поћи од следећих претпоставки. Најпре, треба утврдити да ли је уговором регулисано право на једнострани раскид уговора? Да ли су предвиђени услови који ослобађају од одговорности за кашњење или неиспуњење и може ли се ова ситуација подвести под неки од њих? Уколико није ништа конкретно предвиђено у самом тексту уговора, уговорној страни која се нађе у поменутој ситуацији преостаје могућност да примени институт раскида уговора због промењених околности¹⁸ услед пандемије COVID-19. Према члану 133. Закона о облигационим односима Републике Србије, уговор може бити раскинут ако, по његовом закључењу, а пре ис-

¹⁷ За разлику од више силе, “доктрина фрустрације” је правна претпоставка која се подразумева у уговору. Ова доктрина претпоставља да се странке не изузимају од извршења уговорних обавеза нити се уговор суспендује, као у случају наступања више силе. Код доктрине фрустрације, чињеницу да уговорне стране нису могле предвидети наступајући догађај суд строго тумачи. Примера ради, ако се догађај могао предвидети, а у уговор није уграђена клаузула тог типа, на примену доктрине фрустрације се не може рачунати. Након избијања SARS и MERS епидемија последњих година, често се може срести клаузула која заштиту од пандемије или епидемије предвиђа уговором. Недавно је у Енглеској отворено питање да ли би BREXIT могао представљати фрустрирајући догађај. Више томе види у пресуди: *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency EMA (2019) EWXC 335*.

¹⁸ Закон о облигационим односима Републике Србије, чл.133.ст.1. (“Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, “Сл.лист СРЈ”, бр. 31/93, “Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 - Уставна повеља и “Сл. гласник РС”, бр. 18/2020).

пуњења обавезе, наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране (први разлог) или ако се због тих околности не може остварити сврха уговора (други разлог), а у оба случаја у мери која уговор изводи из сфере очекивања и која, по општем мишљењу његово одржавање чини неправичним, с тим што раскид не може тражити страна која је била дужна да те околности узме у обзир још у време закључења уговора или их је могла избећи, односно савладати. Раскид уговора због промењених околности не може се постићи вансудским путем.

Из приказа измена прописа до којих је дошло првих месеци након проглашења епидемије COVID-19 видљиво је да је законодавац у законске и подзаконске акте уводио појам „посебних околности“. Донето је низ одлука, које су у суштини везане и уз основне слободе и права загарантована Уставом (како у РХ, тако и у РС), као и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (Coronavirus pandemic in the EU – fundamental rights implication, 2020: 15).¹⁹ Законски основ, као темељ за доношење одлука од стране Штаба цивилне заштите РХ, био је наведен члан 22. а Закона о систему цивилне заштите²⁰. У овом Закону не наводи се појам „ванредних околности“, већ „посебних околности“, при чему је цитиран члан 22. а НН 31/20 који је ступио на снагу дана 19.03.2020. године, дан након службеног проглашења епидемије болести COVID-19. У јавности и за време писања овог рада постоје полемике (Абрамовић, 2020: <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/41073>)²¹ да ли Штаб цивилне заштите има овлашћење да ограничава основне слободе и права грађана на основу

¹⁹ Члан 15.1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода регулише право уговорне стране на дерогирање својих обавеза у складу са Конвенцијом у време рата или другог ванредног стања те обавезује да се о тој дерогиацији обавести Веће Европе. Према подацима Агенције Европске уније за основна људска права, Coronavirus pandemic in the EU – fundamental rights implication, 1 јун – 30 јун 2020., Литванија је 10. јуна повукла своја преостала одступања од наведене Конвенције, а која су се односила на члан 8. (поштовање приватног и породичног живота) и члан 2 Протокола 4 (слобода кретања). Естонија и Румунија су своја одступања у поштовању обвеза из Конвенције повукла у мају.

²⁰ НН 82/15, 118/18, 31/20: „(1) У случају наступања посебних околности које подразумевају догађај или одређено стање које се није могло предвидети и на које се није могло утицати, а које угрожава живот и здравље грађана, имовину веће вредности, знатно нарушава околину, привредну активност или узрокује знатну економску штету, Стожер цивилне заштите РХ доноси одлуке и упутства које спроводе стожери цивилне заштите јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе. (2) Одлуке и упутства из става 1. овог члана доносе се ради заштите живота и здравља грађана, очувања имовине, привредне активности и околине, као и уједначавања поступања правних лица и грађана.“

²¹ Чланак објављен на порталу Ius-Info дана 30.03.2020. године.

наведене законске одредбе, будући да је за ограничавање слобода и права зајамчених Уставом²² прописано да о томе одлучује скупштина (сабор) двотрећинском већином свих посланика, а ако се исти не може састати на предлог Владе, и уз супотпис председника Владе, председник државе. Мада претходно није тема овог рада потребно је нагласити да, иако се на први поглед чини општепознато како COVID-19 представља ванредну околност која задовољава елементе више силе, применом свеобухватног граматичког тумачења актуелних норми произлази да се COVID-19, помиње у контексту промењених, а не ванредних околности. Наведено у пракси представља, и врло извесно ће представљати, прву правну препреку везану уз питање егзистирања ванредних околности изазваних болешћу COVID-19, као и активацију института више силе унутар тих ванредних околности.

Треба разликовати немогућност извршења уговора (генерално и за будуће) од предметне “суспензије” извршења, тј. привременог одлагања извршења до нормализације стања, јер ће уговор бити могуће извршити по престанку ванредног стања. Међутим, уколико поверилац нема интерес да дужник касније испуни своју обавезу, тада и ова привремена немогућност постаје трајна, јер поверилац у том случају може раскинути уговор, чиме и ова дужникова обавеза престаје. Исти је принцип и у односу на делимичну или потпуну немогућност испуњења - уколико делимично испуњење не одговара потребама повериоца, сматра се да постоји потпуна немогућност. Пошто виша сила нема аутоматски утицај на продужетак рока за извршење уговорне обавезе, то значи да поверилац ипак може раскинути уговор због неблагоприятног извршења, без обзира на ванредно стање, премда исто није у духу добрих пословних обичаја којих је свака страна у уговорном односу дужна да се придржава. Међутим, чињеница да су после закључења уговора наступиле околности које дужник није могао спречити, избећи или отклонити утиче на дужниково ослобађање одговорности за штету коју је поверилац претрпео дужниковим кашњењем у извршењу уговорне обавезе, те ће дужник у овој ситуацији бити ослобођен накнаде штете, без обзира да ли је уговор раскинут или одржан на снази.²³

Виша сила има исте ефекте и на плаћање уговорне казне - дужник неће дуговати исту уколико је до неиспуњења или задоцњења дошло из узрока за који дужник не одговара.²⁴ Дакле, раскид фиксних уговора чији је предмет испорука робе или пружање одређене услуге повериоцу у току

²² Чл. 22. Устава Републике Србије (“Сл. гласник РС” 98/2006) и чл. 17. Устава Републике Хрватске (НН 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14).

²³ 300 РС чл. 272, ст. 2.

²⁴ 300 РС, чл. 263.

ванредног стања је могућ и зависи од воље, интереса и потреба самог повериоца. Ипак, ванредно стање представља оправдавајућу околност за дужника у погледу уговоре казне и искључује одговорност дужника за накнаду штете коју би поверилац због овога могао потраживати, али само у оној мери у којој је конкретна штета заиста условљена вишом силом. Не постоје обавезујући механизми који би у овом случају принудили било коју уговорну страну да остане у уговорном односу само зато што је ванредно стање, нити због ванредног стања сам закон налаже или оправдава одлагање извршења уговорне обавезе, већ је то могуће само ако се уговорне стране тако споразумеју. Узимајући у обзир да се оба института примењују изузетно, те да се не може са сигурношћу предвидети ни какав ће крајњи ефекат ова ситуација произвести, нити какав ће каснији став судова бити поводом овог питања, препоручљиво је да уговорне стране покушају да споразумно реше новонасталу ситуацију.

4. Елементи „промењених околности“ v.S. Елементи „више силе – ванредних околности“

Ванредно стање није само по себи виша сила која привреднике ослобађа уговорних обавеза. Пракса показује да у већини ситуација у Србији, пандемија вируса корона не нараста до немогућности испуњења услед више силе, већ се најчешће може подвести под тзв. промењене околности, у ком случају уговорна страна којој је испуњење отежано, има право да захтева измену уговора, укључујући одлагање испуњења уговорних обавеза или евентуално раскид уговора. Ситуације као што је пандемија COVID-19 доказују да је уговарање одредаба о вишој сили и “правилима игре” у случају више силе у привредним уговорима изузетно важна ствар. У већини случајева привредници не придају значаја овим “споредним” одредбама. Ако се ишта добро може извући од пандемије, онда је то поука да ни једна одредба привредног уговора није споредна и небитна, а поготову одредба о вишој сили. Наиме, српско право регулише вишу силу на један уопштен начин, где предвиђа да су случајеви више силе само оне околности које су настале након закључења уговора, које се нису могле спречити, избећи или отклонити.²⁵ Само уколико су такве околности погодиле пословање неће се одговарати за штету уговорном партнеру, уколико му нпр. није испоручена роба или услуга на време. Виша сила се односи на догађај који је изван разумне контроле уговорне стране и која је онемогућава у извршењу својих уговорних обавеза. У таквим околностима уговорна страна која је спречена да изврши обавезу услед више силе неће одговарати за

²⁵ *ibid.*

неиспуњење, односно задоцњење. Када не постоји сагласност уговорних страна, виша сила може бити утврђена од стране суда који одлучује да ли је COVID-19 непосредни узрок неиспуњења уговора.

Обавеза престаје кад њено испуњење постане немогуће, услед околности због којих дужник не одговара.²⁶ Даље последице немогућности извршења обавезе зависе првенствено од уговорених услова дејства више силе, а затим и од природе обавезе и уговорног односа, као и одговора на многобројна питања - да ли је испуњење у року битан елемент уговора, да ли је обавезу могуће испунити накнадно. Обично се у уговору налазе одредбе којима се продужава рок за испуњење тих обавеза или се предвиђа суспензија уговора док траје виша сила. По правилу, ако виша сила траје дуже време, уговорне одредбе овлашћују стране да раскину уговор.

Ипак, потребно је утврдити да ли се COVID-19 може третирати као виша сила. Виша сила (*vis maior, force majeure, act of god*) помињала се још у римском праву и описивала као догађај који се није могао предвидети, избећи или отклонити, а као најчешћи такви догађаји наводили су се потрес, пожар, бродолом, напад непријатеља, поплава (Хорват, 1974: 220). Виша сила представљала је разлог за искључење субјективне одговорности за штету²⁷ тако да за њу нико није одговарао.²⁸ Применом теоријских знања о вишој сили произлази да је ЗОО у примени ванредних околности као више силе, преузео „мешовито решење“ између објективне и субјективне теорије о вишој сили.²⁹ Стога се кроз стипулације из законског текста ишчитава које норме облигационог права се односе на ванредне околности, а у неким од њих се проналазе и елементи више силе. Анализом претходних

²⁶ ЗОО РС, чл. 354.

²⁷ У класичном римском праву постојала је разлика између намерног поступања (*dolus*), за шта је дужник одговарао, и свега осталог случајног узроковања (*casus*) за које дужник није одговарао. Међутим, постепено се развио нижи степен кривице од долуса, односно немарност као пропуст дужне пажње (*culpa*), али и одговорност за кустодију (*custodia*). Код кустодије, у неким облигационим односима, дужник је одговарао и без кривице, за објективно узроковање и за сваку штету повериоцу па и за случајну пропаст поверене ствари (*casus minores*). Једино, код кустодије дужник није одговарао за случајну пропаст ствари ако би до исте дошло због више силе.

²⁸ *Casus a nemine praestatur*

²⁹ Према објективној теорији више силе ради се о догађају који излази из круга редовних догађаја те се у односу на лице које би се требало појавити као штетник тај догађај сматра спољним, атипичним. Према тој објективној теорији, ако је догађај везан уз само лице не ради се вишој сили. Према субјективној теорији виша сила је сваки онај догађај који се ни уз максималну пажњу лица није могао предвидети нити спречити, али у чистој примени ове теорије долази до приближавања дефиниције више силе случају. Стога је мешовити тип примене оптимално решење.

елемената је видљиво да се они не поклапају са елементима промењених околности, па дакле произлази да се семантички, а ни правно, не би радило о истој категорији околности.

У правној теорији (Кларић, Ведриш, 2003: 564) се наводи да се као виша сила најчешће појављују природни догађаји³⁰, међутим, да карактер више силе могу попримити и друштвене појаве.³¹ Епидемија, односно пандемија, ни у правној теорији, ни у законском тексту не наводи се изричито као пример више силе. Уколико се у поједином случају испуне законске претпоставке под којима би COVID-19 могао представљати вишу силу, отварају се даља питања да ли пандемија корона вируса представља природни догађај, обзиром на историјске податке о појавама пандемија (Цветнић, Савић, <https://hrcak.srce.hr>)³² или би се пак радило о вишој сили као друштвеној појави. Уколико би се радило о природном догађају, исти би се применом одређене судске праксе (нпр, удар грома је природни феномен који се повремено јавља³³ и није виша сила) могао на неки начин третирати и као предвидив догађај. Међутим, обзиром да за вероватност, тј. предвидивост, наступања пандемије у 2020. години ауторке нису пронашле довољно релевантних медицинско-научних података доступних широј јавности, то за заступање тезе о предвидивости COVID-19 као природног феномена, у овом часу, нема довољно аргумената. Осим тога, уз непредвидивост, за догађај више силе је битно и да се исти не може избећи ни отклонити. Стога, када би се и третирало да је COVID-19 био предвидив, то би још било потребно у свакој конкретной ситуацији доказати да се исти могао и избећи или отклонити. Такође, ни за тезу да COVID-19 представља друштвену појаву, ауторке нису пронашле научних података па се може закључити да COVID-19, уз испуњење законских претпоставки у сваком поједином случају, може представљати вишу силу³⁴ *sui generis*, зависно

³⁰ Као примери природних догађаја наводе се земљотреси, поплаве и сл.

³¹ У друштвене појаве убрајају се ратови, забрана увоза, извоза и др.

³² Историјски подаци говоре о појави пандемија отприлике сваких 100 година последњих векова. Наиме, 1720. године свет је похарала пандемија куге, 1820. године колере, 1920. године шпанске грознице. „Пандемија шпанског грипа из 1918. године је највећи глобални демографски потрес који је свет икада доживео“ <https://hrcak.srce.hr>

³³ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске Рев-1686/1991 од 21.11.1991. године.

³⁴ Ситуацију када се ради о вишој сили потребно је разликовати од института „промењених околности“ и „случаја“. Промењене околности (*rebus sic stantibus*) се односе на ситуацију када се након закључења уговора измене околности у толикој мери да испуњење обавезе постане изразито отежано за једну од уговорних страна, у ком случају је допуштено уговор раскинути или приступити изменама истог. Дакле, код института промењених околности, уговорна страна која је погођена ванредним околностима може испунити обавезу, али јој је то претерано отежано

од чињеничног супстрата конкретног предмета, доказном материјалу уговорне стране која се позива на вишу силу, као и самом субјективном понашању наведене уговорне стране.

5. Ослобођење одговорности за штету у уговорним односима у случају више силе

5.1. Активирање клаузуле више силе

COVID-19 је општепознато утицао на пословање трговачких друштава и снажно је утицао на реализацију уговорених послова. Услед пандемије, дошло је до поремећаја у ланцу набавке, производње, дистрибуције, плаћања, што је утицало и на (не)испуњење обвеза уопштено, али и на (не)поштовање уговорених рокова испуњења обавеза.

Обзиром на проглашену пандемију и поремећаје на тржишту које је иста изазвала, да би се уговорна страна могла позвати на ове разлоге као вишу силу, првенствено је потребно анализирати сваки конкретан уговорни однос и утврдити да ли исти садржи клаузулу *vis major*. Оно што је битно је да није довољно да је пандемија проглашена од стране Светске здравствене организације, као и да је у Републици Србији и Републици Хрватској проглашена епидемија, већ је важно утврдити да ли је иста околност утицала на конкретан облигациони однос и на који начин, узевши у обзир садржај обавезе поједине уговорне стране која се позива на COVID-19 као вишу силу, као и субјективно понашање поједине уговорне стране³⁵

или би јој нанело претерано велики губитак. У том случају не долази до гашења обавезе него до могућности да уговорна страна од друге уговорне стране затражи измену уговора. Уколико друга уговорна страна не би пристала на измену уговора, тада се може тражити раскид уговора покретањем поступка пред судом тужбом са конститутивним тужбеним захтевом. Дакле, код више силе, под одређеним законским претпоставкама које је потребно испунити (и доказати), долази до гашења обавезе и престанка облигационоправног односа, док код измењених околности долази до измене или раскида уговора. Код "случаја" се ради о ситуацији када је тај догађај било могуће спречити да се исти могао предвидети (док код више силе, да се догађај и могао предвидети, исти се не би могао спречити).

³⁵ Према анкетном истраживању спроведеном међу предузетницима Вараждинске жупаније у РХ, на узорку од 30 предузетника, произлази да је њих 57% након проглашења епидемије осетило економски поремећај у ланцу набавке роба и/или сировина, као и ресурса уопштено. Исти проценат предузетника (57%), на истом узорку, је након проглашења епидемије осетио економски поремећај у самом процесу производње, односно пружању услуга. 63% предузетника је осетило економски поремећај у производњи, односно пружању услуга услед изречених мера изолације, односно самоизолације запослених. 60% предузетника се изјаснило да је услед епидемије

која се позива на вишу силу. Потребно је нагласити да, писани облик није претпоставка ваљаности уговора о продаји робе и услуга³⁶, што је честа врста уговора међу предузетницима.

Предузетници често закључују у писаном облику уговоре о пословној сарадњи, уговоре о пружању услуга, уговоре о међусобним односима. Стога је за примену клаузуле више силе првенствено потребно утврдити да ли је иста уговорена појединим писменим уговором, које догађаје клаузула обухвата као вишу силу, као и која је процедура уговорена у погледу активирања клаузуле више силе. Наиме, клаузулом више силе у уговорима се углавном наводе околности које за уговорне стране могу представљати вишу силу, али се уговара и сама процедура активирања клаузуле. У том смислу су важни рокови за активацију, конкретни разлози, начин обавештавања друге уговорне стране, као и основ којим се доказује виша сила.³⁷ Стога је, у условима пандемије којој се још не назире крај, потребно изучити садржаје постојећих уговора и клаузула и зависно од уговореног садржаја, активирати и клаузуле.

Уколико у уговорном односу испуњење обавезе још није доспело, али се могу наслутити потенцијалне потешкоће у њеном испуњењу или поштовању рокова извршења, а уговор не садржи клаузулу више силе, нема препреке да се уз сагласност уговорних страна приступи закључењу анекса уговора и исти допуни клаузулом више силе (Meeuwig, Dirkand, 1999: 315)³⁸ која обухвата и COVID-19. Ако је међу странкама постојао само усмени

дошло до неиспуњења обавезе које од уговорних страна у уговорним односима, док их се 43% изјаснило да је дошло до кашњења у испуњењу обавезе које од уговорних страна.

³⁶ Међутим, облигационом праву писани облик уговора као претпоставка његове ваљаности прописан је за следеће уговоре: уговор о купопродаји непокретности, уговор о купопродаји с оброчном отплатом цене, уговор о поклону, уговор о најму, уговор о доживотном издржавању, уговор о грађењу, уговор о лиценци, уговор о трговинском заступању, уговор о располагању угоститељским смештајем, уговор о отварању текућег рачуна, уговор о кредиту, као и уговор о кредиту на оснву залог хартија од вредности.

³⁷ Према анкетном истраживању, спроведеном међу предузетницима Вараждинске жупаније у РХ, на узорку од 30 предузетника, произлази да 37% њих има праксу са својим пословним партнерима, купцима, односно клијентима у уговоре укључи и клаузулу више силе. 50% предузетника из истог истраживања се изјаснило да су се сусрели са раскидом уговора услед позивања на вишу силу због епидемије COVID-19, док се њих 7% изјаснило да је услед епидемије дошло до раскида уговора позивајући се на вишу силу, као и до захтева за накнаду штете неке од уговорних страна.

³⁸ Садржај саме клаузуле је изузетно битан, јер од њега зависи у којим околностима и под којим условима се уговорна страна може ослободити испуњења обавезе и одговорности за штету.

договор, а испуњење обавезе још није доспело, било би препоручљиво закључити писмени уговор са инкорпорисаном клаузулом више силе и уговорити посебан режим међусобног пословног односа за време трајања COVID-19. У случају да између уговорних страна нема писменог споразума са уговореном клаузулом више силе, нити се уговорне стране накнадно споразумију о закључењу уговора са инкорпорисаном клаузулом услед COVID-19, на облигационоправни однос се примењују одредбе 300. Будући је РХ чланица Европске уније, европско право је надређено хрватском праву, приликом тумачења и примене прописа потребно је применити и норме европског права³⁹, укључујући и судску праксу Суда ЕУ.

5.2. Утврђивање меродавног права за испуњење обавезе

Уколико странке имају закључен уговор са прекограничним елементом, потребно је утврдити које право су оне уговориле као меродавно за тумачење уговора, по питању више силе, као и за случај спора. Обзиром на дужност примене европског права, уколико се ради о државама чланицама ЕУ, важно је детектовати да ли се на конкретан однос примењују и норме европског права, као и о којим конкретним нормама се ради⁴⁰. У Европској унији не постоји унификовано европско уговорно (тима ни одштетно) право. Међутим, постоји могућност да су странке уговориле примену Начела европског уговорног права⁴¹, као *soft law* (Oana, 2020: 663-670)⁴² европског приватног права.

Исто тако, на уговоре правног подручја Европске уније односи се и Конвенција о праву које се примењује на уговорне обавезе (Римска конвен-

³⁹ Чланом 141. ц. Устава РХ (НН 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014) прописано је: „Остваривање права која произлазе из правне тековине Европске уније, изједначено је с остваривањем права која су зајемчена хрватским правним поретком. Правни акти и одлуке које је Република Хрватска прихватила у институцијама Европске уније примењују се у РХ у складу с правном тековином Европске уније. Хрватски судови штите субјективна права утемељена на правној тековини Европске уније. Државна тела, јединица локалне и регионалне самоуправе, као и правна лица с јавним овлашћењима директно примењују право Европске уније.

⁴⁰ Зависно од правног подручја на које се односи уговор.

⁴¹ *Principles of European Contract Law*, ради се о тзв. Ландовим начелима.

⁴² Указано је на потребу реформе *soft law* европског права, а што је управо дошло до изражаја услед кризе узроковане COVID-19 која у први план ставља предности и недостатке меког права.

ција)⁴³. Ова Конвенција је замењена⁴⁴ Уредбом (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Већа од 17. јуна 2008. о праву примењивом на уговорне обавезе (Уредба Рим II). Конвенцијом је предвиђено да уговорне стране могу одабрати право које се примењује на цео или део уговора и одабрати суд који ће бити надлежан за спор. Заједничким договором странке могу у било ком тренутку применити меродавно право, па би у сваком конкретном случају требало испитати да ли би то било пожељно, обзиром да се и на случај више силе примењује меродавно право. Из Конвенције произлази да ако странке нису изричито одабрале примењиво право, на уговор се примењује право државе с којом је уговор најуже повезан.⁴⁵

Уколико се ради о уговору са прекограничним елементом, могуће је да су уговорне стране уговориле примену UNIDROIT Начела међународних трговачких уговора⁴⁶, као и арбитражу за случај спора. У том случају је потребно изучити садржај уговорених UNIDROIT Начела у погледу института више силе. Такође је потребно изучити садржај уговорених клаузула уколико су уговорне стране уговор закључиле према INCOTERMS правилима Међународне трговинске коморе, тим више што су 01.01.2020. године на снагу ступила нова правила па је потребно утврдити која се тачно примењују на конкретан уговорни однос и како је регулисано питање више силе. Након што се детектује меродавно право за конкретан уговор, потребно је приступити анализи да ли према том праву конкретна ситуација везана уз уговорни однос и немогућност испуњења обавезе уговорне стране или њено кашњење у испуњењу задовољава елементе постајања више силе која искључује одговорност за штету.

⁴³Конвенција 80/934/ЕЕЗ о праву које се примењује на уговорне обавезе отворена за потписивање у Риму 19.06.1980., ОЈ L 266, 9.10.1980, р. 1–19 (DA, DE, EN, FR, IT, NL), ОЈ C 169, 8.7.2005, р. 10–22 (CS, ET, LV, LT, HU, MT, PL, SK, SL), ОЈ L 347, 29.12.2007, р. 3–36 (BG, RO)

⁴⁴У свим државама чланицама ЕУ, осим у Данској.

⁴⁵Према месту уобичајеног боравишта или месту средишње управе странке која извршава уговор, односно главном месту пословања или другом месту пословања уговорне странке која извршава уговор, с тим да постоје и изузеци од наведеног правила. Нпр., када се уговор односи на некретнине, примењује се право државе у којој се некретнина налази. У односу на уговор о превозу робе, примењује се право према месту утовара или истовара или главном месту пословања пошиљаоца.

⁴⁶*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, доступно на web страници <https://www.unidroit.org/publications/513-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts>

5.3. Терет доказивања због неиспуњења или кашњења у испуњењу обавезе

Уколико дође до спора у погледу тумачења клаузуле више силе, терет доказивања је на оној уговорној страни која се позива на вишу силу и жели се ослободити одговорности за штету услед више силе. Тада та уговорна страна мора доказати да своју обавезу није могла испунити због околности насталих након закључења уговора. Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао испунити своју обавезу, односно да је за-каснис с испуњењем обавезе због спољних, ванредних и непредвидивих околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.

У погледу немогућности испуњења обавезе за коју не одговара ни једна страна, прописано је да кад је испуњење обавезе једне стране у двостранотеретном уговору постало немогуће због ванредних спољних догађаја насталих након закључења уговора, а пре доспелости обавезе, који се у време закључења уговора нису могли предвидети, нити их је уговорна страна могла спречити, избећи или отклонити гаси се и обавеза друге стране, а ако је ова нешто испунила, може захтевати враћање по правилима о враћању стеченог без основа. У случају делимичне немогућности испуњења због догађаја за који није одговорна ни једна ни друга страна, друга страна може раскинути уговор ако делимично испуњење не одговара њеним потребама. У противном, уговор остаје на снази, а друга страна има право захтевати сразмерно смањење своје обавезе. Дакле, уговорна страна која се позива на вишу силу мора доказати да се ради о догађају ванредног карактера (атипичан догађај⁴⁷) и спољним околностима⁴⁸ које су биле, или још увек јесу, изван контроле уговорних страна.

5.4. Ванредни догађај као виша сила и гашење обавезе

Ванредни догађај који за уговорну страну представља вишу силу мора настати након закључења уговора, а пре доспелости обавезе. Такође, потребно је доказати да је догађај био непредвидив⁴⁹ и да се неиспуњење

⁴⁷ Супротно атипичном, типичним или редовним догађајем сматра се онај догађај који се учестало или релативно редовно појављује.

⁴⁸ Спољне околности значе да морају бити изван ствари или делатности којима је проузрокована штета.

⁴⁹ Догађај је непредвидив када није било могуће претпоставити могућност његовог наступања, што зависи од околности сваког појединог случаја.

обавезе није могло спречити, избећи или отклонити⁵⁰. У наведеном контексту је битно утврдити садржај обавезе у корелацији са околностима које представљају вишу силу и потом оценити поступање уговорне стране. Наиме, потребно је утврдити да ли је уговорна страна поступила на начин да је спречила неиспуњење своје обавезе.

Што се саме уговорне чинидбе тиче, њено испуњење мора бити потпуно или делимично немогуће због спољних, ванредних и непредвидивих околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи. Потом долази до раскида уговора једностраном изјавом када се гаси и обавеза противне стране. Тиме долази до престанка облигационоправног односа због немогућности испуњења и до ослобођења одговорности за штету уговорне стране која се позвала на вишу силу. Друга уговорна страна, ако је већ испунила своју обавезу, може затражити враћање по правилима за стицање без основа будући да је дошло до гашења обавезе прве уговорне стране.

Када је у питању доказивање више силе, важно је за нагласити да Владе обеју држава још увек нису одлучиле које тело је овлашћено да, због проглашења епидемије COVID-19, издаје потврде о постојању више силе.⁵¹ Стога, пословним субјектима у Србији и Хрватској не преостаје друго него да постојање више силе у виду болести COVID-19 докажу, уз све остале законске претпоставке, документом - Одлуком Министарства здравља од 11.03.2020. године о проглашењу епидемије COVID-19, као и Одлуком Светске здравствене организације од 11.03.2020. године о проглашењу пандемије болести COVID-19.

5.5. Изостанак противправности и кривице код захтева за накнаду штете

Уколико уговорна страна не испуни своје обавезе или касни са испуњењем истих, противна страна може претрпети штету. Примера ради, у околностима болести COVID-19 може доћи до штете услед умањења имовине због неплаћања рачуна, кашњења у извршењу обавеза уговорне стране као подизвођача и губитка пројекта у целини, отказивању даљих уговорених

⁵⁰ Отклоњивост мора бити објективна, односно догађај се не може спречити никаквим мерама или средствима поступајући у складу са одговарајућом пажњом. Неотклоњивост се утврђује према околностима сваког појединог случаја. Потребно је утврдити да ли је догађај било могуће спречити с обзиром на расположива средства и методе уговорне стране која се позива на вишу силу и околности конкретног случаја.

⁵¹ Нпр, када су почетком 2009. године у Републици Хрватској наступиле околности у погледу редуције плинот услед кога пословни субјекти нису могли испунити своје обвезе, Хрватска привредна комора издавала је потврде о вишој сили којом се потврђивао наступ наведених околности.

послова итд. Може доћи и до неимовинске штете у виду повреде права правног лица коме се због отказивања важног пројекта наруши пословни углед. Уговорна страна којој је проузрокована штета има легитимно право да поднесе тужбу ради накнаде штете против друге уговорне стране због тога што она није испунила или је закаснила у испуњењу својих обавеза. Међутим, уколико противна уговорна страна има довољно квалитетних аргумената да докаже постојање више силе у конкретном случају који је у последичној вези са тим што та уговорна страна није била у могућности да испуни своју обавезу или је закаснила са испуњењем исте, тада друга уговорна страна која би тражила накнаду штете не би успела доказати противправност, као један од елемената у ланцу одговорности за штету, а тиме ни успети у парници. Наиме, уколико тужилац захтева накнаду штете због радњи туженика, мора у судском поступку доказати све елементе одговорности за накнаду штете, а то су у првом реду субјекти односа одговорности за штету: штетник и оштећени; штетна радња⁵²; штета⁵³; узрочност⁵⁴; противправност⁵⁵ и кривица.⁵⁶ Када се штетник позива на институт више силе коју може успешно доказати, тада у описаном ланцу претпоставки одговорности за штету недостаје противправност и кривица. Стога код активираних и доказаних института више силе долази до искључења противправности и кривице, па стога нема ни одговорности за штету као ни самог основа за накнаду штете.

Независно од тога да ли су уговорне стране предвиделе вишу силу и догађаје који потпадају под вишу силу, судска пракса предвиђа да је Суд овлашћен у сваком поједином случају процењивати ради ли се у конкретном случају о догађају који представља вишу силу. Дакле, ни из теорије ни из судске праксе не произлазе јасна правила на основу којих би се могло закључци које тачно ситуације у оквиру постојања околности пандемије, односно епидемије болести COVID-19 представљају вишу силу као основ за ослобођење одговорности за штету због неиспуњења или кашњења у испуњењу уговорне обавезе неке од уговорних страна. У сваком конкрет-

⁵² Или као грађански деликт или као повреда облигационог односа поводом које настаје уговорна одговорност за штету.

⁵³ Штета је умањење нечије имовине (обична штета), спречавање њеног повећања (измакла добит) и повреда права личности (неимовинска штета), члан 1046.300 2006.

⁵⁴ Веза између штетне радње као узрока и настале штете као последице, такозвани каузални некрус.

⁵⁵ Противправност претпоставља повреду неког правног правила позитивног правног поретка.

⁵⁶ Субјективни елемент противправности, заисно од тога да ли је штетник извршио штетну радњу намерно или пропуштањем дужне пажње (крајња и обична непажња).

ном случају ће бити потребно доказати све наведене елементе института више силе, а постојећа судска пракса може представљати смернице за наведено.⁵⁷

6. Ослобођење од одговорности за штету услед више силе у европском праву

Уколико су уговорне стране појединог уговорног односа из држава чланица Европске уније, оне делују на јединственом унутрашњем тржишту и подлежу нормама заједничког тржишта ЕУ, али и нормама европског приватног права. Унутрашње тржиште Европске уније је јединствено, док у приватном праву важе различити прописи држава чланица, јер је оно на нивоу Уније хармонизовано само сегментарно⁵⁸. Европска унија има овлашћења у погледу грађанских ствари на основу члана 81. Уговора о функционисању Европске уније, на начин да у трговинским и грађанским стварима развија правосудну сарадњу с прекограничним импликацијама

⁵⁷ Према пресуди Врховног суда Рев-1686/1991 од 21.11.1991. године, невреме са ударом грома који је изазвао пренапон у електричној мрежи не сматра се вишом силом. У пресуди ВСРХ, Ревр-625/2003 од 11.05.2004. године, пресуђено је да пијавица као природни догађај има значење више силе те да као таква ослобађа послодавца од одговорности за штету насталу раднику на раду. Према пресуди Врховног суда Гж-639/73 од 23.01.1974. године кварови на електричним водовима изазвани невременом не сматрају се вишом силом уз образложење да невреме није непредвидив догађај. Према Пресуди ВСРХ Рев-109/2007, од 13.08.2008. године, саобраћајна незгода не представља вишу силу, јер се не ради о непредвидивом догађају који се није могао спречити, отклонити или избећи, већ се ради о ризику превозника који не ослобађа превозника одговорности за штету. Према пресуди ВСРХ, Ревт-37/08 од 01.10.2008. године, испуњење новчане обавезе није постало немогуће због рата и престанка постојања СФРЈ, независно ко је дужник из те обавезе. Из пресуде Жупанијског суда у Загребу, Гж-552/2004 од 15.02.2005. године произлази да се дужник не може ослободити одговорности за закашњење у испуњењу обавезе из уговора позивом на околности везане уз одлив радне снаге и ангажовање механизације и возног парка за потребе одбране, те да је наведено требао имати на уму приликом закључења уговора и утврђивања рокова изградње, будући су околности везане уз ратне операције већ биле у току. Потом, питање појединих субјективних околности, као што не нпр. чињеница када дужник заврши у притвору не може бити оправдање за немогућност испуњења обавезе и тиме гашење исте, о чему је донета пресуда ВСРХ Рев-5/1999 од 04.07.2002. године. Када се ради о ратном стању, према пресуди ВСРХ од 09.03.2006. године, Рев-985/2003, ради се о вишој сили.

⁵⁸ Ради се о *sector specific law*, које је у складу са овлашћењима Европске уније, датим у самим Оснивачким уговорима, хармонизовано на нивоу Уније. То су подручја заштите потрошача, права трговачких друштава интелектуалног власништва, електронске трговине, финансијских услуга, заштите радника. Наведена подручја се у правилу хармонизују директивама минималне усклађености.

према начелу узајамног признавања пресуда и одлука у вансудским предметима. Та сарадња може укључивати усвајање мера за усклађивање закона и других прописа држава чланица.⁵⁹ Будући да је приватно право на заједничком унутрашњем тржишту делимично хармонизовано, без стриктне хармонизације уговорног (и одштетног) права, то у пракси код прекограничних уговора, долази до правних недоумица у погледу примене меродавног права у односу на конкретан уговорни однос (Кеглевић, 2013: 676)⁶⁰ и евентуални каснији судски спор.⁶¹ Наиме, сам судски спор и правила парничног поступка су у домену сваке државе чланице па на унутрашњем тржишту егзистира 28 различитих правила парничног поступка.

Што се конкретно тиче (не)испуњења уговорних обавеза, поједине европске директиве и уредбе користе само начелне термине код неиспуњења уговорне обавезе⁶², повреде уговорне обавезе⁶³, доставе робе с недостацима⁶⁴ и слично, али прецизно не дефинишу шта садржајно чини повреду или неиспуњење уговора, већ је одговор потребно тражити у нормама облигационог права поједине државе чланице. Такође, европски прописи не специфицирају детаљно правна средства и учинке до којих долази због неиспуњења обавезе, већ се користе термини да санкције због неиспуњења уговора морају бити “ефикасне, сразмерне и одвраћајуће”⁶⁵, а што је на државама чланицама да испуне.

⁵⁹ Према члану 81. став 2. Уговора о функционисању Европске уније, прописано је да Европски парламент и Веће, одлучујући у складу с редовним законодавним поступком, усвајају мере, нарочито када је то потребно за правилно функционисање унутрашњег тржишта, чији је циљ осигурати: (а) узајамно признавање и извршење пресуда и одлука у вансудским предметима међу државама чланицама; (б) прекограничну доставу судских и вансудских писмена; (ц) усклађеност правила држава чланица која се примењују у вези са сукобом закона и сукобом надлежности; (д) сарадњу при прикупљању доказа; (е) учинковит приступ правосуђу; (ф) уклањање препрека за неометано одвијање грађанских поступака, ако је потребно промовисањем усклађености прописа о грађанском поступку који се примјењују у државама чланицама; (г) развој алтернативних метода решавања спорова; 77 (х) подршку за оспособљавање судија и судског особља.

⁶⁰ Ради се о сложеним колизионим правилима уређеним Закон о међународном приватном праву (НН 101/2017).

⁶¹ Укључујући и ефекте одлуке једне државе чланице на подручју друге државе чланице тј. правила у погледу извршења судских одлука.

⁶² Non-performance of contractual obligation.

⁶³ Breach of contractual obligation.

⁶⁴ Non-conformity of goods.

⁶⁵ Effective, proportionate and dissuasive sanctions.

До посебно компликованих правних ситуација долази када је уговор закључен са субјектом из трећих земаља које нису државе чланице Европске уније. Стога је, приликом утврђивања које је право меродавно у односу на конкретан уговор, првенствено потребно проверити да ли су уговорне стране предвиделе надлежност суда и меродавно право, да ли су за случај спора уговориле мирење, арбитражу, који је садржај уговорених клаузула и да ли је уговорена клаузула више силе.

7. Закључак

Да ли су у поједином конкретном случају испуњени објективни и субјективни услови постојања више силе, мораће се процењивати у сваком конкретном случају. У раду је анализирано неколико мишљења независних адвоката Суда Европске уније, а у којима су се позивали и на рецентну судску праксу Суда Европске уније, па је закључак да свака ванредна околност не представља вишу силу. У том смислу потребно је утврдити све чињенице и околности конкретног случаја те уз објективне елементе више силе утврдити и субјективно понашање уговорне стране која се позива на вишу силу.

Уколико дође до неиспуњења или кашњења у испуњењу обавезе, при чему уговорна страна тврди да је до наведеног дошло због болести COVID-19, мораће да приложи конкретне аргументе којима може доказати да су сви елементи више силе испуњени. Врста доказа зависи од самог садржаја уговорног односа и правног подручја где он потпада, као и да ли се ради о уговору са прекограничним елементом или не. Нарочито битно је детектовати правилну примену меродавног права и изучити садржај клаузуле више силе уколико је иста уговорена. Уколико клаузула више силе није уговорена, како би се спречио хаос у накнадном доказивању, у пракси је препоручљиво приступити уговарању клаузуле више силе унутар писменог уговора или додати анекс постојећем уговору. Уколико се виша сила може доказати, долази до изостанка противправности и обавеза престаје. Тиме се дужник ако не испуни своју обавезу, или касни са испуњењем исте, у целости ослобађа и одговорности за штету. У раду је указано и на опрезан приступ код клаузуле *rebus sic stantibus* која се у законском тексту позива на ванредне околности, услед чега у пракси долази до мешања наведеног института са институтом више силе.

На основу свега наведеног, COVID-19 може представљати вишу силу као разлог за ослобођење од одговорности за штету због неиспуњења или кашњења у испуњењу обвезе, па се уговорна страна која се позива на ту околност као вишу силу може ослободити од одговорности за штету. Међутим, терет доказивања да се баш у том конкретном случају ради о

болести COVID-19 је на уговорној страни која се на ту болест позива. Законодавац у томе није помогао уговорној страни која се позива на вишу силу, јер не постоји тело које би издавало потврде да COVID-19 представља вишу силу, а измене прописа се позивају на посебне, а не ванредне околности које се прожимају кроз Закон о облигационим односима, што би у пракси могло изазвати недоумице. Стога ће најзначајнију улогу у погледу питања COVID-19 као више силе имати судска пракса, као што је имала и до сада када је у питању институт више силе, обзиром да је потребно детаљно анализирати и утврдити чињенични и правни супстрат сваког конкретног случаја.

Литература

Абрамовић, А. (2020). Уставност у доба кризе, објављено на порталу Ius-Info дана 30.03.2020. године, <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/41073>

Bergkamp, L. (2020) . State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law“, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 11:2, p. 343-349

Coronavirus pandemic in the EU – fundamental rights implication (2020), European Union Agency for fundamental rights, 1 june – 30 june 2020, Luxembourg, Publication Office of the European Union

Канцелјак, И. (2020). Посљедице изванредних околности на правне полове, *Право и порези* 4. 82-90

Кеглевић, А. (2013). Неиспуњење уговора у еуропском приватном праву – Перспективе хармонизације и развоја заједничког правног оквира, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 34, бр. 2, 671-700

Кларић, П. (2003). Ведриш Мартин, Грађанско право, Загреб, *Народне новине*, 552-570

Meeuwig, D. R. Paulus, J. (1999). Force Majeure – Beyond Boilerplate“, *Alberta Law Review*, Vol. 37(2), p. 312-325

Oana, S. (2020). Covid-19 soft law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda, *European Papers*, Vol. 5, No 1, p. 663-670

Хорват, М. (1974). *Римско право*, Бирографика, Суботица.

Цветнић, Ж., Савић, В. Прије 100 година шпањолска грипа „мајка“ свих пандемија похарала је свијет, Портал хрватских знанствених и стручних часописа <https://hrcak.srce.hr>

Шернхорст, Н. (2020). Посљедице више силе (епидемије) у обвезном, радном, парничном, процесном и овршном праву, *Право и порези*, бр. 4/20, 71-75

Прописи:

Устав Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 98/2006)

Устав Републике Хрватске (НН 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14)

Закон о спровођењу Уредбе (ЕУ) бр. 910/2014 Европског парламента и Већа од 23.07.2014. о електронској идентификацији и услугама поверења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту и стављању ван снаге Директиве 1999/93/ЕЗ (НН 62/17)

Закон о облигационим односима (“Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, “Сл.лист СРЈ”, бр. 31/93, “Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 - Уставна повеља и “Сл. гласник РС”, бр. 18/2020).

Закон о обвезним односима (НН 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96., 91/96, 112/99 и 88/01)

Закон о привредним друштвима (“Сл гласник РС” 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018)

Законом о електронском потпису (“Сл. гласник РС”, бр. 135/2004)

Закон о одбрани (“Сл. гласник РС” 116/2007, 88/2009, 104/22009, 10/2015 и 36/2018)

Закон о обрани (НН 49/1991)

Закон о допунама Општег пореског закона (НН 42/20)

Уговор о Еуропској унији и функционирању Еуропске уније 2016/Ц 202/01

Закон о међународном приватном праву (“Сл. гласник РС” 46/2015)

Закон о међународном приватном праву (НН 101/2017)

Одлука Министарства здравља: 011-02/20-01/143, Ур.број: 534-02-01-2/6-20-01 од 11.03.2020. године

Закон о систему цивилне заштите (НН 82/15, 118/18, 31/20)

Уредба (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Већа од 17. јуна 2008. о праву примењивом на уговорне обавезе, Службени лист Европске уније, Л 177/6, 04.07.2008.

Уредба (ЕЗ) бр. 1371/2007 Европског парламента и Већа од 23. октобра 2007. о правима и обавезама путника у железничком промету, Службени лист Европске уније, Л 315, 3.12.2007.

Уредба (ЕЗ) бр. 261/2004 Европског парламента и Већа од 11. фебруара 2004. о утврђивању општих правила одштете и помоћи путницима у случају ускраћеног укрцаја и отказивања или дужег кашњења лета у поласку те о стављању ван снаге Уредбе (ЕЕЗ) бр. 295/91 Текст значајан за ЕГП, Службени лист Европске уније, Л 46, 17.2.2004.

Уредба (ЕУ) 2020/558 Европског парламента и Већа од 23. априла 2020. о измени Уредби (ЕУ) бр. 1301/2013 и (ЕУ) бр. 1303/2013 у погледу посебних мера ради пружања потпуне флексибилности за коришћење европских структурних и инвестиционих фондова у одговору на избијање болести COVID-19, Службени лист Европске уније, Л 130/1, 24.04.2020. године.

Законом о provedби Уредбе (ЕУ) бр. 910/2014 Европског парламента и Већа од 23.07.2014. о електронској идентификацији и услугама поверења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту и стављању ван снаге Директиве 1999/93/ЕЗ (Народне новине, даље у тексту: НН, број 62/17).

Судске одлуке:

Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency EMA (2019) EWXC 335.

Врховни суд Републике Хрватске Рев-1686/1991 од 21.11.1991. год.

ВСПХ од 09.03.2006. године, Рев-985/2003

ВСПХ, Ревр-625/2003 од 11.05.2004.

ВСПХ Рев-109/2007, од 13.08.2008.

ВСПХ, Ревт-37/08 од 01.10.2008.

Интернет извори:

Пословни портал Lider Media, подаци преузети од FININFO, 29.04.2020. године, <https://lider.media/korona-i-biznis>

Подаци Eurostata 31.07.2020. године, <https://ec.europa.eu/eurostat/home>

Principles of European Contract Law, доступни на https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/

Конвенција о праву које се примењује на уговорне обавезе (Римска конвенција), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133109>

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

Prof. Milena Jovanović Zattila. LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Romina Štaba,

Attorney-at-Law, Partner at Porobija & Špoljarić LLC,

University Specialist in European Law and

Certified Specialist in Public Procurement,

Varaždin, Republic of Croatia

THE INFLUENCE OF COVID-19 VIRUS PANDEMIC ON EXCULPATION OF LIABILITY FOR DAMAGE IN CONTRACTUAL RELATIONS

Summary

The declaration of the COVID-19 virus (Coronavirus) pandemic by the World Health Organization on 11 March 2020 is a historic event which will have far-reaching economic, political, social and legal consequences. The effects on the economy and industry are already being drastically reflected at both national and global level. More than 50% of travel agencies, services, transportation, cargo and warehousing companies have already reported that their business activities have been substantially affected by the current developments.

The question arises as to how the COVID-19 pandemic may be the reason for the exculpation of liability for damage, or for non-performance or delay in fulfilment of contractual obligations, and whether it constitutes a force majeure (vis major). Generally, without entering into legal interpretations, it is clear that the Coronavirus pandemic is a force majeure, which is defined as an external and atypical event that could not have been predicted, avoided or eliminated by the affected (injured) party. However, this event will not be automatically applicable in all legal situations and contractual relations, without being legally justified and proven by activating the force majeure clause. In the European Union, given that restrictive measures have not been adopted at the same time and that they are not uniform in terms of state conduct, it implies that each particular case related to cross-border and internal relations is highly specific and will have to be approached on its own merits in terms of assessing whether the force majeure event is the reason for discharging the non-performing party from liability for damage resulting from breach of contractual obligations.

In this paper, the authors examine the impact of the COVID-19 pandemic on the performance of obligations in bilateral legal relations, in cases where one of the contracting parties is unable to perform or is tardy in performing its obligations. The authors analyze the legislative solutions and the judicial practice (case law)

of the Republic of Serbia and the Republic of Croatia on this matter, as well as the provisions of international law concerning bilateral agreements with entities from third countries. The authors expect that the conducted research will contribute to improving the implementation of this institute in practice, particularly in trade disputes (which will inevitably ensue as a result of the COVID-19 pandemic) among the defaulting companies and entrepreneurs that were unable to fulfil their contractual obligations on time.

Keywords: *COVID-19, companies, liability for damage, trade disputes, contractual relations.*

**THE MINIMUM PAYMENT OBLIGATION UNDERTAKEN
BY BANKS FOR NON-REFUNDABLE CHECKS IN
TURKISH LAW: AN EXAMINATION IN TERMS
OF DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA**

Abstract: *In Turkish law, a check as a type of negotiable instruments is regulated in Articles 780 - 823 of the Turkish Commercial Code No. 6102, together with other types of negotiable instruments, as well as in a separate legislative act - the Check Act No. 5941. In terms of its legal nature, check is an assignment (money order); in terms of its economic function, it is a means of payment. As a payment instrument, it is accepted as an alternative type of money and it has an important place in ensuring the stability of the markets within the macroeconomic framework. Confidence in using checks increases their circulation and the volume of transactions in the markets. On the other hand, one of the most notable risks, which significantly affects trust in checks as a means of payment, is the increasing and more extensive practice of drawing non-refundable checks. For this reason, in order to prevent non-refundable check practices, the legislator has envisaged civil and criminal liability of the owner of the check account and the check drawer both in the Turkish Commercial Code (TCC) and in the Check Act (CA). The Turkish legal regime does not include the drawee bank where the check account is active and serves the chequebook to the account holder. For this reason, the drawee bank is not included in the legal liability chain for non-refundable check drawing. The sole responsibility that the drawee bank can assume in case of a non-refundable check is related to the non-payment of the amount that the bank is obliged to pay for each check leaf. According to Article 3 of the Check Act, the drawee bank is obliged to pay a certain minimum amount for each check leaf submitted to it, but under specific conditions. Currently, as stipulated in the Central Bank Communiqué, this figure has been increased to 2,225 Turkish Lira (300 Euro) for each check leaf. This payment obligation originates from a loan agreement that the*

¹ avmyasan@yahoo.com

drawee bank is obliged to conclude, and takes its validity directly from the Check Act. The purpose of envisaging the minimum payment obligation to the drawee banks is to eliminate the aggrievement of the check holders who cannot get their receivables due to the non-refundable check; thus, it prevents the loss of trust in the check as a payment instrument. However, the minimum payment obligation amount specified in the Central Bank Communiqué for this purpose is quite low, considering the expectations and ratio legis. Check as a means of payment cannot meet the expectations while the minimum payment obligation is prescribed. The de facto effect that banks have on the legislative body hinders the process of amending the legislation on this matter. In the context of de lege ferenda, it is necessary to impose legal responsibility on the drawee banks for unpaid checks. In this paper, the author examines the ample criticism on the minimum payment obligation of the drawee banks contained in Article 3 of the Check Act and the possible legal responsibility that should be assumed beyond the minimum payment obligation.

Keywords: *Turkish banking law, negotiable instruments, check, non-refundable checks, Central Bank of Turkey, minimum payment obligation, legal responsibility.*

1. Introduction

A check is a type of featured negotiable instrument, just like a promissory note and a bill of exchange. However, it has different characteristics than other instruments. Unlike a promissory note and a bill of Exchange, a check is not a credit instrument; it is a means of payment. Since it is a means of payment, concepts such as interest and deferral do not apply to checks. The check has a special importance in maintaining stability and macro-economic balances in the money markets as compared to other negotiable instruments. For this reason, in addition to the provisions of the Turkish Code of Commerce (TCC) No. 6102²(Articles 780-823), the check is also regulated in the Check Act (CA) No. 5941³, which is a subject-specific legislative act.

The Check Act (CA) is a legislative act of a predominant public character. According to this Act, drafting anon-refundable check is considered to be a criminal offence, and results in a judicial fine. If not paid, judicial fine turns into a term of imprisonment. It is regulated that the drawing of non-refundable checks also results in administrative measures, such as the prohibition of opening a check account and the prohibition of issuing checks. One of the unique institutions

² Turkish Code of Commerce No. 6102, *Official Gazette TR*, 27846/11

³ Check Act No. 5941, *Official Gazette TR*, 27438/09

regulated in the Check Act is the drawee banks' obligation to pay the minimum amount for each check leaf. This obligation has an unrequited character for the drawee banks. In its nature, this obligation is a non-reversible loan agreement which has become valid for the drawee banks with the adoption of the Check Act No. 5941 (in 2009). The *ratio legis* of such a regulation is clear. In terms of the check-holders who suffered damage due to non-refundable checks, their trust in checks has not been affected and the circulation of checks has become widespread. In terms of drawee banks, they are encouraged to behave more meticulously and attentively. However, in practical terms, the minimum payment obligation is far from providing the expected benefit because, as of the year 2020, the minimum amount that the drawee bank is obliged to pay for each check leaf is determined as 2.225 TL (300 Euro), as of 12 September 2020. In terms of *de lege ferenda*, the amount of the minimum payment obligation and the institution that would be obliged to pay it should be reconsidered and regulated with a new approach.

2. Drawing a Non-refundable Check

2.1. Distinctive features of the check as a type of negotiable instrument

Despite the developments in comparative law, the characteristics of the check as a type of negotiable instrument in Turkish law have not been given due consideration. The Turkish Code of Commerce (TCC) of 2011 comprises a chapter on "Negotiable instruments", regulating several negotiable instruments (a check, a promissory note, and a bill of exchange). However, a check has different features in comparison to the two other instruments. First, a check is not a credit instrument, but a payment instrument (Aslan, 2012: 294; Kendigelen, Kırca, 2019: 274; İmregün, 1995: 118). Since it is a payment instrument, there is no deferral (unlike the promissory note and the bill of exchange), but short submission periods (Moroğlu, 2012: 389; Bilgili, Demirkapı, 2016: 145). When it is submitted to the drawee bank within these short submission periods, the bank must pay it out if a reserve exists (Kendigelen, 2016: 582). As a result of the lack of deferral on the check, interest cannot be recorded on the check. By its legal nature, a check is an assignment, just like a bill of exchange. However, unlike a bill of exchange, a bank must be included on the drawee's side (Bozer, Göle, 2018: 247; Öztan, 2012: 241). On the other hand, it must be stated that the drawee bank will not enter into a check relationship, and does not assume debts and obligations on the basis of the check relationship (Bahtiyar, 2013: 122).

The Turkish Code of Commerce (TCC) of 2011 includes a number of check-specific provisions (Articles 780- 823 TCC). However, unlike other negotiable instru-

ments, a check has also been regulated by the Check Act, as a separate (subject-specific) legislative act. What is the *ratio legis* of such a regulation? In addition to the TCC, the legislator preferred to regulate check-related issues in a special legislative act for several reasons: as a means of payment, a check is officially accepted as an alternative type of money used in private transactions in addition to the official national currency; as such, it has an important place in ensuring the stability of the financial markets within the macroeconomic framework; as an alternative means of payment, a check also entails a risk of being used as a tool in money laundering (Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, 2019: 258; Bilgili, *et al*, 2016: 155; Poroy, Tekinalp, 2013: 337). Increasing the confidence in checks and expanding their circulation in the market has become an issue of public interest. Thus, the legislator felt the need to regulate the necessary measures in a special legislative act (Check Act) in order to increase the confidence in checks and ultimately to prevent negative practices, such as non-refundable checks (Bahtiyar, 2013: 167; Öztan, 2012: 235).

2.2. The criminal character of drawing non-refundable checks

In order to increase the confidence in checks as a means of payment, and thus increase their circulation in the market, the legislator had to prevent the practice of drawing non-refundable check (Bozer, *et al*, 2018: 428). This issue is regulated in Article 5 of the Check Act, where the act of drawing non-refundable checks is defined as a criminal offence, which is punishable by a judicial fine (Article 5 CA). If the judicial fine is not paid, it is converted into a prison sentence. This provision has been strongly criticized, especially by criminal lawyers (Ülgen, *et al*, 2019: 326). Relying on the European Convention of Human Rights, the objections are based on the claim that the punishment for an economic crime should also be economic, and the sanction for failure to pay debt in a contract cannot be the punishment of imprisonment (Sancar, 2002: 11). However, at this point, these objections may be addressed from two angles. First, the check relationship is not a contractual relationship, but an abstract relationship (in terms of basic debt relations) that originates directly from the Check Act. Second, the criminal offence is not defined as the non-payment of debt, but rather as drawing a non-refundable check, which cannot be paid when the check is presented due to insufficient financial resources in the check account. For this reason, in my opinion, there is no inaccuracy in the fact that the drawing of a non-refundable check qualifies as a crime and leads to criminal sanctions.

However, the lawmaker's approach to the criminal nature of non-refundable check drawing is not consistent. When the Check Act was enacted on 20 December 2009, the act of drawing non-refundable checks was defined as a crime, punishable by a judicial fine. In 2012, radical changes were introduced in the

check-related legislation by the Act amending the Check Act No. 6273.⁴ Under this Act, the act of drawing non-refundable checks was no longer defined as a criminal offence, and only the bans on opening check accounts and issuing checks were accepted as administrative sanctions. As a result, the practice of drawing non-refundable check increased, and the public trust in the check decreased. The circulation of checks as a means of payment was no longer preferred in the financial markets. As a response to these negative situations, the legislator made another radical change in 2016 by adopting the Act amending the Check Act No. 6728.⁵ In the amended legislative act, drawing a non-refundable check was redefined as a crime, which was again sanctioned by a judicial fine. However, unlike the original version of the Code, the competent court (in charge of prosecuting the crime of drawing non-refundable check) was not the criminal court of the first instance but the enforcement criminal court (for the execution and enforcement of criminal sanctions).

These preferences of the legislator, which are not consistent, show that the amendments in the Check Act (as a very important act for money markets) were made in a very short time, in response to the rising voice of the market and the sector representative. While these changes were being made, the opinions of the academic circles were not respected. Based on the populist approach, the enacted amendments caused great damage in terms of legal security due to the rapid 360 degrees change in a short time. Thus, any prospective change in the Check Act will no longer cause excitement or surprise because lawyers know that any amendment to the Check Act on the criminal nature and consequences of drawing non-refundable checks may be subject to another change in a subsequent period.

2.3. Legal Consequences of Non-Refundable Check Drawing

2.3.1. Criminal liability and penalty

Despite the unstable law-making technique and choices experienced after the entry into force of the Check Act, non-refundable check drafting has been defined as a criminal offence. According to Article 4 (1) of the Check Act, it is a crime to make a non-refundable check transaction for each check leaf (Öztan, 2012: 312; Bozkurt, 2016: 182). In terms of deterrence, this crime is not suitable for alternative solutions, such as a compromise and prepayment. In order for this crime to occur, a check must first be submitted to the drawee bank for payment within the legal submission period (Aslan, 2012: 306; Kendigelen, *et al*, 2019:

⁴ The Act amending the Check Act No. 6273, *Official Gazette* TR, 28193/12

⁵ The Act amending the Check Act No. 6728, *Official Gazette* TR, 29796/16

330). However, one point should be underlined here. The date of issuance written on the check should be taken into account when determining whether the submission has been made within the legal submission period. In other words, the submission of post-dated checks should only be made after the issuance date written on the check (Bozer, *et al*, 2018: 435; Tekinalp, 202: 43). The legal submission period must be determined according to the issuance date written on the check. If the post-dated checks are submitted before the issuance date written on the check, no non-refundable checks transaction may be made by the drawee bank. In order to be able to start legal proceedings for non-refundable check drawing in case of post-dated checks, it is necessary to submit the check after the expiry of the issuance date written on the check (Ülgen, *et al*, 2019: 327).

For the crime of drafting non-refundable checks occurs, the drawee bank must deny the payment of this check due to the lack of sufficient funds in the account after the check has been submitted within the legal submission period. If there are not enough funds in the check account, but the drawee bank still makes the payment, then the crime of non-refundable check drawing does not occur. If there are relevant funds in the check account, but the check is not paid due to the payment ban ordered by the court, the crime of non-refundable check drawing will not occur either. Finally, for the crime of drafting a non-refundable check to occur, it must be certified that the check has not been paid. This certification can be made by the annotation of the drawee bank on the backside of the check leaf, the statement of the clearinghouse, or filing an objection claim at the notary public office (Kendigelen, *et al*, 2019: 331; Çeker, 2013: 608).

The penalty for drafting non-refundable checks is a judicial fine which is calculated for a period no longer than 1.500 days for each check leaf. The judicial fine cannot be lower than the unrequited amount of the check value. In case the judicial fine is not paid, this penalty is directly converted into imprisonment. The perpetrator of the crime is the person who drew a non-refundable check. If the account holder is a natural person, the perpetrator of the crime is the issuer of the check. If the check account belongs to a legal entity, the perpetrator is the manager of the account holder (entity). The account holder must file a criminal complaint to take action against the perpetrator for the offense of drawing a non-refundable check. The complaint must be filed at the enforcement criminal courts within 3 months from the date of drawing a non-refundable check (Ülgen, *et al*, 2019: 326; Kendigelen, *et al*, 2019: 332).

2.3.2. Implementation of Administrative Measures (prohibitions)

Another consequence of the crime of drafting non-refundable checks is the implementation of administrative measures against the perpetrator of the crime. These administrative measures are: a) the prohibition of issuing checks, and b) the prohibition of opening a bank account operating with checks. The enforcement criminal court has a discretionary authority to decide on the implementation of these prohibitions. Thus, along with the penalty decision for the offense of drawing a non-refundable check, the competent enforcement criminal court will also issue these bans in the form of administrative measures. During the trial, the court will decide on the ban *ex officio* (Poroy, *et al*, 2013: 362). The persons who are imposed a ban on issuing checks and opening a check account are obliged to return all their checks to the banks (Ülgen, *et al*, 2019: 328, 329; Çeker, 2013: 610; Bozkurt, 2016: 182). A person who is given a ban on issuing checks and opening a check account cannot take any position in the management bodies of capital companies as long as the ban continues (Bozer, *et al*, 2018: 455). However, if those who have been banned are members of the management bodies of capital companies, their membership will continue until the end of their term of office, despite the ban.

3. The Minimum Payment Obligation of Drawee Banks

3.1. Justification of the Minimum Payment Obligation

According to the provisions of the Turkish Code of Commerce (TCC) and the Check Act (CA), although the drawee bank has an active role in the check system, the bank has not been accepted as a party to the check relationship; thus, despite being the drawee of the check, the bank is not on the debtor. For this reason, it is stipulated that the check account holder, who is the principal debtor (who draws the check) will bear both criminal and administrative consequences if the check is drawn as a non-refundable one. Does it mean that there is no fault of the drawee bank for drawing a non-refundable check and its non-payment of the unrequited amount of check value? First of all, we need to state that the answer to this question is negative in terms of *de lege lata*.

In accordance with Article 2 of the Check Act (CA), banks are obliged to conduct diligent research and examine the demands for opening bank accounts operating with checks. Banks are obliged to investigate whether anyone who wants to open a check account is prohibited (or not) to do so. In addition, banks are obliged to show the necessary prudence and care while fulfilling the duties and obligations assigned to them by the Check Act and determining the economic and social status of the person who wants to open a check account. What is the

measure of the care duty the drawee banks are subject to? While determining the duty of care criterion, it should be taken into account that banks are subject to the Banking Code⁶ No. 5411, under which banks have to be established as joint-stock companies. It should also be considered that banks have prerogatives in performing banking transactions, such as deposit and loan transactions. They are also considered as reputable institutions, and they are obliged to act with due diligence as a prudent business entity, in compliance with their legal capacity of a good merchant.

What is the consequence if this diligence standard is not fulfilled by the drawee bank? Is there any possibility that the drawee banks have any responsibility for drawing the non-refundable checks? Is it possible for the drawee bank to recover or share the damage caused by the non-payment of the check? The answer to all these questions in terms of *de lege lata* will again be negative. There is no provision in the TCC and the CA that enables the drawee banks to compensate or share the losses arising from the lack of return of the check. As a matter of fact, from the legislator's perspective, this situation has been accepted as a handicap for the functioning of the check system. In my opinion, the legislator preferred to impose a symbolic (minimum) payment obligation on the drawee bank to eliminate this handicap. This obligation is regulated in Article 3 (subsections 3, 7 and 9) of the CA, titled "Minimum Payment Obligation of the Drawee Bank".

3.2. Minimum Payment Obligation in terms of *de lege lata*

The motive for the regulation of the minimum payment obligation is clear: to eliminate the aggrievement of the check holder due to the non-refundable check leaves, thus preventing the decrease of trust of the check holder. Given the fact that confidence in the check does not decrease, the circulation of checks becomes widespread and the check can fulfil its active role in the money markets.

The ultimate intention of the banks' minimum payment obligation is that the drawee banks pays a specific amount determined in the Check Act for each non-refundable check leaf to the check holders who submit the check under certain conditions. This payment is based on a loan agreement that arises from the law and cannot be overridden by check agreement or any other banking agreement. There is a specified sanction that will be applied in case the minimum payment obligation is not fulfilled or delayed by the drawee bank. According to Article 3 (subs. 7.b) of the CA, the drawee bank pays a delay penalty of three per thousand of the check amount for each day, in case the drawee bank defaults in paying the amount which it is legally obliged to pay to the holder who submits the check. Then, the bank can revoke this minimum payment amount from the drawer,

⁶Banking Code, Official Gazette TR, 25983/05

who is the check account holder as well. The minimum payment obligation is not an obligation that will continue forever. According to Article 3 (subs. 9) of the CA, if the check is not submitted within five years from the printing date, the responsibility of the drawee bank regarding the minimum payment obligation will be terminated (Bozer, *et al*, 2018: 444).

Due to the minimum payment obligation, for the addressee bank to make a payment to the check holder, first of all, the holder must not be a drawer at the same time. In other words, the drawee bank can make the minimum payment only to the holders other than the drawer. Another condition for a minimum payment obligation is that the check is submitted to the drawee bank within the legal submission period (Bozer, *et al*, 2018:443).The legal submission periods are determined in Article 796 of the TCC, as follows: 10 days, 1 month and 3 months, depending on the place where the check is issued and the place of payment. Accordingly, the submission period of 10 days is applicable if the check is to be paid at the place of issue, and the submission period of one month applies if it is paid in a different location. If the place where the check is issued and the place of payment are in different continents, the legal submission period is 3 months (Article 796 of TCC).

So, what is the amount of the minimum payment obligation? In accordance with Article 3 (subs.3) of the CA, this amount has been determined as 2,225 TL as of 2020.This amount is updated and published in the Official Gazette by the Central Bank of the Republic of Turkey (CBRT) each year in January, considering the annual change in the price index announced by the Turkey Statistical Institute. Thus, the CBRT has determined the amount of 2,225 TL (300 Euros pursuant to the current exchange rate on 12.09.2020) for the year 2020.⁷

In terms of the minimum payment amount, is it important whether the available return for the check is partial, or whether the check value exceeds 2,225 TL? The answer will be positive. Accordingly, when the check is submitted, if there is no return and the check amount is 2,225 TL and above, the amount of the minimum payment obligation will be 2,225 TL. On the other hand, if the check value is below 2,225 TL in case where there is no return, the bank will only pay the check value. If there are insufficient funds in the account to cover the check value, if the check is partially unrequited and the check value is 2,225 TL or less, a partial complement to 2,225 TL will be paid by the bank, provided that the check value is not exceeded. In cases where there is a partial return, if the check value is above 2,225 TL, the payment of 2,225 TL in addition to the partial return will be made to the check holder by the drawee bank within the

⁷When the Check Code was enacted in 2009, the amount of minimum payment obligation was 1.000 TL. Considering the value of Turkish Lira at that time, it was equal to 800 Euros.

scope of the minimum payment obligation, provided that it does not exceed the check value.

3.3. Minimum Payment Obligation in terms of de lege ferenda

3.3.1. Criticism of the current system

First of all, it should be stated that regulating the minimum payment obligation of the drawee banks, and thus trying to eliminate the negative situation that the non-refundable check causes for the check holder, can be considered as a respectable effort in good faith. Given that the drawee banks have an active role in the functioning of the check-related system and that they are reputable and privileged institutions which perform banking transactions in accordance with the Banking Code, banks must take an active role to reduce the loss of the check holder and fulfil the minimum payment obligation. This is the *ratio legis* of the provisions. In addition, the measure of diligence that the drawee banks have to perform under the Check Act should be determined in a way that the expectation bar is raised because they are both joint-stock companies and reputable and privileged institutions. In envisaging the minimum payment obligation, the idea that the addressee bank should eliminate the negative situation arising from the deficiencies in fulfilling this duty of care was effective because, according to this logic chain, if the bank had taken the necessary care while opening a check account and if it had properly examined the financial and social situation of the account holder, it would have prevented the practice of drawing non-refundable checks.

Yet, it must be admitted that the justification that has been summarized here and the current regulation of the minimum payment obligation do not match. Namely, determining the minimum amount to be paid by the drawee banks as 2,225 TL for unrequited checks, by taking into account the unrequited status and the value of the check, does not serve the purpose of the legislator. Although it is regulated that 2,225 TL will be updated every year according to inflation data, it is clear that 2,225 TL determined in the Check Act will not have the expected effect, considering the size of the payments made by the checks in the money markets. On the other hand, it is disputable whether the inflation data is reliable and realistic, which can also lead to doubts about the fact that the minimum payment obligation cannot be updated realistically. The currently valid amount of 2,225 TL for the minimum payment obligation raises a set of other questions. Will the minimum payment amount of 2,225 TL provide enough assurance for those who make transactions with checks and who are creditors with checks to ensure the confidence in the check in the markets? Will it manage to restore

the trust of parties involved in commercial relations in the check system? Of course, the answers to these questions will be negative. So, what is the reason for the contradiction between this negativity, the justification for stipulating the minimum payment obligation, and the current insufficient amount of the minimum payment obligation? The reason for this contradiction can be explained as follows: the banking sector has a significant importance for markets in Turkey. Therefore, the Banks Association of Turkey, which is the main banking professional organisation, has the power to affect, influence and exert pressure on the political authorities and the legislator. On the other hand, despite the banks significant impact, the political power cannot take initiative in the codification efforts and they (unfortunately) approach it in a populist way. Ultimately, the doubts on the independency of the CBRT raise questions about the accuracy of the published update coefficient.

3.3.2. Recommendations for Minimum Payment Obligation

Instead of the minimum payment obligation, it may be suggested that the payment should be secured by envisaging insurance against the possibility of non-refundable check drawing. Accordingly, the check account holder can be insured against the non-refundable check practices. This insurance coverage may be mandatory and the entire amount, a specific rate of the check or a certain part of the minimum payment obligation can be included in the scope of the insurance coverage. On the other hand, in my opinion, the check-specific minimum payment obligation regulated in Article 3 of the CA should be preserved, provided that this institute is to be improved. It cannot be denied that the drawee bank's minimum payment obligation contributes to eliminating the damage caused to the check holders by the non-refundable check drawings, ensuring confidence in the check as a means of payment and promoting a widespread use of the check in the markets. A balance of interests is established by the minimum payment obligation between the parties in the check relationship: the drawer account holder, the check holder, and the drawee bank. Thus, every party in the check relationship will endure sacrifice in line with the benefit it receives. For these reasons, in terms of *de lege ferenda*, my opinion is that this original institute should be preserved but it has to undergo significant changes.

Next, at what point should this improvement be carried out? As the minimum payment obligation is determined as 2,225 TL for the year 2020, and given that this amount is subject to update according to the official inflation data every year, we have to admit that such an arrangement does not bring about the expected benefit from this unique institution. For this reason, in terms of *de lege ferenda*, it is the necessity to increase the numerical amount of the minimum

payment obligation to a realistic and appropriate level. To this effect, there are two available methods:

1. Increase the current minimum payment obligation amount to a more realistic level and update this amount once a year with rates determined according to more reliable statistical data; and
2. Determine the minimum payment obligation amount as a specific rate of the value of each check, such as 25% or more of the check value or the check account value.

In my opinion, the second method will contribute more to reaching the expected results. In this way, the drawee banks will fulfil their obligations to take due care of the duties expected from them in the check system, and they will be more diligent when opening a check account and issuing the customers' cheque books. Likewise, there will be an atmosphere of confidence that the check holders will be able to receive at least a reasonable return, such as 25% of their check amounts.

Payments to be made by the drawee banks in accordance with the minimum payment obligation provision will not be included in the liabilities of the drawee banks forever. Banks that pay the obligation amount in accordance with Article 3 of the CA will be able to collect the payments made to the check holders from the account holders who draw non-refundable checks because the minimum payment obligation becomes valid in accordance with a legal loan agreement as underlined in Article 3 of the CA. As a matter of fact, the following activity has been observed in practice: upon receiving the customer request for opening a check account and before opening a check account, the drawee banks reserve a certain amount in advance, in return for the payments to be made within the scope of the minimum payment obligation.

4. Conclusion

Due to the importance of checks in money markets, this subject matter is regulated in the articles in the Turkish Code of Commerce (TCC) and, more importantly, in the Check Act (CA) as a special (subject-specific) legislative act of a predominant public law character. The Check Act pursued more than one purpose. One of them is the protection of check holders, for the purpose of increasing the confidence in the check as a means of payment and promoting the widespread use and circulation of checks in the money markets. For this purpose, the legislator gave validity to a check-specific institute designated as the minimum payment obligation. It entails the payment of a minimum amount by the drawee bank for each check leaf that is non-refundable. Theoretically, the rationale for envisaging the minimum payment obligation is clear and justifiable. However,

this goal cannot be achieved by the amount of the minimum payment obligation determined by the CBRT. This amount, which is annually updated by the CBRT according to the inflation data, is currently 2,225 TL for the year 2020. This level of the obligation is unrealistic considering the purpose of regulating this legal institute. Instead, the amount of the minimum payment obligation should be determined as a realistic value in line with the purpose of the lawmaker envisaged in Article 3 of the CA, taking into accounts the banks' reputation, their status of privileged institutions, as well as the legal provision (in the Banking Code) that they are established as a joint-stock company. Despite the importance of the drawee bank in the check system, it is unfair and contrary to the principle of maintaining the balance between interests that the drawee bank is not recognized as a party in a check relationship and, therefore, does not undertake the risks arising from the check circulation. In terms of *de lege ferenda*, I suggest that the amount of the minimum payment obligation for each check leaf is to be determined relative to a certain percentage of the check value. Thus, drawee banks will exercise due diligence by being careful and selective when opening a check account and issuing chequebooks. Besides, the grievance to be experienced by the check holder in case of non-refundable check drawing will be reduced and trust in the check as a means of payment will increase.

References

- Aslan, İ. Y. (2012). *Tipcart Hakka Dressler* (Commercial Law Coursebook). Bursa: Ekin Yayınevi
- Bahtiyar, M. (2013). *Kıymetli Evrak Hukuku Ders Notları* (Negotiable Instruments Law, Students Book). İstanbul: Beta Yayınevi
- Bilgili, F., Demirkapı, E. (2016). *Kıymetli Evrak Hukuku* (Negotiable Instruments Law). Bursa: Dora Yayınevi
- Bozer, A., Göle, C. (2018). *Kıymetli Evrak Hukuku* (Negotiable Instruments Law). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
- Bozkurt, T. (2016). *Kıymetli Evrak Hukuku* (Negotiable Instruments Law). Kocaeli: Kuram Kitapevi
- Çeker, M. (2013). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku* (Commercial Law according to Turkish Code of Commerce No.6102). Adana: Karahan Kitapevi
- İmregün, O. (1995). *Kıymetli Evrak Hukuku* (Negotiable Instruments Law). İstanbul: Filiz Kitapevi

Kendigelen, A. (2016). *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (Turkish Code of Commerce, Amendments, Innovations and the First Determinations). İstanbul: 12 Levha Yayınevi

Kendigelen, A., Kırca, İ. (2019). *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar, Kambyo Senetleri* (Negotiable Instruments Law, Fundamentals, Commercial Bills). İstanbul: 12 Levha Yayınevi

Moroğlu, E. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler* (Turkish Code of Commerce No.6102, Evaluations and Recommendations). İstanbul: 12 Levha Yayınevi

Öztan, F. (2012). *Kıymetli Evrak Hukuku* (Negotiable Instruments Law). Ankara: Turhan Kitapevi

Poroy, R., Tekinalp, Ü. (2013). *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (The Basics of Negotiable Instruments Law). İstanbul: Vedat Kitapçılık

Sancar, T. (2002). *Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi* (Economic Criminal Discourse against the Reality of Economic Crime). In: Karayalçın, Y. (ed.), *Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu* (pp. 3-27). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

Tekinalp, Y. (2002). *Adalet Bakanlığı Taslağında İleri Tarihli Çekler* (The Post-dated Checks in the Draft of the Ministry of Justice). Karayalçın, Y. (ed.), *Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu* (pp. 43-51). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

Ülgen, H., Helvacı, M., Kaya, A., Nomer Ertan, N. F. (2019). *Kıymetli Evrak Hukuku* (Negotiable Instruments Law). İstanbul: Vedat Kitapçılık

Resmi Gazete TR: 6273 Sayılı Kanun/ Act amending the CheckAct No. 6273 No. 28193 (2012), *Official Gazette TR* <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120203M1-1.htm>

Resmi Gazete TR: 6728 Sayılı Kanun/ Act amending the Check Act No. 6728 No. 29796 (2016), *Official Gazette TR*, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160809-22.htm>

Resmi Gazete TR: Bankacılık Kanunu/ Banking Code No. 25983 (2005), *Official Gazette TR*, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5411.pdf>

Resmi Gazete TR: Çek Kanunu/ Check Act No. 27438 (2009), *Official Gazette TR*, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5941.pdf>

Resmi Gazete TR: Türk Ticaret Kanunu/ Turkish Code of Commerce No. 27846 (2011), *Official Gazette TR* <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>

Prof. dr Mustafa Yasan,
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Sakarji, Republika Turska

OBAVEZA ISPLATE MINIMALNOG IZNOSA KOJU BANKE PREUZIMAJU ZA ČEKOVE BEZ POKRIĆA U TURSKOM ZAKONODAVSTVU: DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA

Sažetak

U turskom pravu, zakonske odredbe o instrumentima za prenos plaćanja, uključujući i ček kao sredstvo plaćanja, sadržane su u članovima 780-823 Zakona o trgovini (br. 6102), kao i u posebnom Zakonom o čekovima (br. 5941). Po svojoj pravnoj prirodi, ček je nalog za prenos novčanih sredstava dok u pogledu ekonomske funkcije on predstavlja sredstvo plaćanja. Ček je prihvaćen kao vrsta alternativnog sredstva plaćanja i ima značajno mesto u obezbeđenju stabilnosti tržišta na makroekonomskom nivou. Poverenje u upotrebu čeka kao sredstva plaćanja dovodi do povećane cirkulacije čekova i povećanog obim transakcija na tržištu. S druge strane, jedan od najvećih rizika upotrebe čekova je sve šira praksa izdavanja čekova bez pokrića, koji se ne mogu refundirati. U cilju sprečavanja prakse upotrebe takvih čekova, zakonodavac je predvideo građanskopravnu i krivičnu odgovornost vlasnika tekućeg računa i izdavaoca čeka (trasanta) kako u Zakonu o trgovini tako i u Zakonu o čekovima.

Pravni režim u turskom zakonodavstvu ne obuhvata banku trasata u kojoj trasant ima aktivan čekovni račun i koja izdaje čekovnu knjižicu vlasniku računa. Iz tog razloga banka trasata nije uključena u lanac pravne odgovornosti za izdavanje čekova bez pokrića. Jedina odgovornost koju banka trasata može imati u slučaju izdavanja čeka bez pokrića odnosi se na neisplaćivanje iznosa koji je banka dužna da isplati na osnovu svakog donetog čeka. Prema članu 3 Zakona o čekovima, banka trasata dužna je da pod određenim uslovima isplatiti određeni minimalni iznos za svaki dostavljeni ček. Prema saopštenju Centralne banke, minimalni iznos je trenutno povećan na 2.125 turskih lira (300 evra) za svaki ček. Obaveza isplate minimalnog iznosa potiče iz ugovora o zajmu koji je banka trasata dužna da zaključi i čija validnost direktno proističe iz Zakona o čekovima. Zakon propisuje obavezu banke trasata da isplati predviđeni minimalni iznosu kako bi se umanjila šteta držaocima čekova koji ne mogu naplatiti svoja potraživanja zbog izdavanja čeka bez pokrića, čime se sprečava gubitak poverenja u ček kao sredstvo plaćanja. Međutim, minimalni iznos koji je predviđen u saopštenju Centralne banke je prilično nizak, s obzirom na očekivanja i svrhu zakonodavstva. Dok je predviđena obaveza isplate tog minimalnog iznosa, ček kao sredstvo plaćanja ne može ispuniti očekivanja. Osim toga, u kontekstu de lege ferenda, neophodno je propisati pravnu odgovornost

banke trasata za čekove bez pokrića. U ovom radu autor razmatra brojne kritike na odredbu o obavezi banke trasata da isplati propisani minimalni iznos predviđen članom 3 Zakona o čekovima, kao i mogućnost utvrđivanja pravne odgovornosti banaka nezavisno od obaveze isplate minimalnog iznosa.

Ključne reči: *tursko bankarsko pravo, instrumenti za prenos plaćanja, ček, ček bez pokrića, pravna odgovornost banke trasata, obaveza isplata minimalnog iznosa.*

STARATELJSKA ZAŠTITA OSOBA KOJIMA JE ODUZETA ILI OGRANIČENA POSLOVNA SPOSOBNOST S POSEBNIM OSVRTIMA NA NJIHOV STATUS U PORODIČNIM ODNOSIMA I KRŠENJE OSNOVNIH LJUDSKIH PRAVA

Apstrakt: U radu se, pored određenja i svrhe starateljstva nad osobama kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, analiziraju odredbe sva tri porodična zakona u Bosni i Hercegovini vezane za primjenu starateljske zaštite i status šticećenika u porodičnim odnosima, te povredu njihovih ljudskih prava i ljudskog dostojanstva. Takođe, shodno UN Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom, koju je Bosna i Hercegovina ratifikovala 2010. godine, rad sadrži i odgovarajuće projekcije o neophodnosti izmjena bosanskohercegovačkog zakonodavstva iz oblasti starateljstva. Time bi ova skupina osoba s invaliditetom umjesto zamjenskog odlučivanja, primjenom principa jednakost pred zakonom, ostvarila pravo na odlučivanje uz podršku i stekla potrebnu pravnu sigurnost.

Ključne riječi: oduzimanje/ograničenje poslovne sposobnosti, starateljska zaštita, zakonodavstvo, ljudska prava, UN Konvencija o pravima osoba s invaliditetom.

1. Uvod

Poslovna sposobnost, čije određenje tradicionalno pripada građanskom pravu, u pravilu se stiče punoljetstvom, odnosno s navršenih 18 godina života, što je u Bosni i Hercegovini (dalje: BiH), budući da za oblast porodičnog prava ne postoji jedinstven porodični zakon na državnom nivou, definisano u tri posebna porodična zakona na nivou entiteta, Federacija BiH (dalje: PZ FBiH) i Republika Srpska (dalje: PZ RS), te Brčko Distrikt BiH (dalje: PZ BD).² Stoga za sticanje poslovne sposobnosti, izuzev u slučajevima kada se prema zakonu poslovna sposobnost

¹ borjana.mikovic@fpn.unsa.ba

² Čl. 157. PZ FBiH; čl. 108. st. 3 PZ RS; čl. 139. PZ BD.

stiče ranije,³ nije potreban nikakav pravni akt (Milas, 2005: 80). To znači da su sve punoljetne osobe „automatski, *ipso iure* i bez ispitivanja mentalne zrelosti osamnaestogodišnjaka“ (Симоновић, 2019: 81), poslovno sposobne do trenutka oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti, nakon čega se stavljaju pod starateljstvo. Ono se u sva tri porodična zakona u BiH određuju kao oblik zaštite punoljetnih osoba koje nisu sposobne, ili koje nisu u mogućnosti starati se o sebi, svojim pravima i interesima.⁴ U istom kontekstu, dva od tri porodična zakona svrhu starateljstva određuju kao: „... zaštitu ličnosti i interesa punoljetnih šticenika naročito njihovim liječenjem i osposobljavanjem za samostalan život i rad.“⁵ U praksi ovakvo zakonsko određenje za veliki broj posebno osoba s oduzetom poslovnom sposobnošću podrazumijeva institucionalni smještaj koji za većinu njih traje doživotno (Miković, 2020: 180).

Sva tri porodična zakona u BiH kao razlog za oduzimanje poslovne sposobnosti utvrđuju nesposobnost osobe da se sama stara o sebi, svojim pravima i interesima, s tim da su mogući uzroci te nesposobnosti, duševna bolest, zaostali duševni razvoj, prekomjerno uživanje alkohola ili opojnih droga, senilnost i drugi uzroci, normirani, takođe, u dva⁶ od ukupno tri porodična zakona u BiH. Svjesnost o različitosti intenziteta, odnosno stepenu utvrđene nesposobnosti izazvane nekim od ovih uzroka, pretočena je i u zakonske odredbe. Tako PZ FBiH i PZ BD, pored nesposobnosti punoljetne osobe da se sama brine stara o svojim pravima i interesima, normiraju i da naprijed navedeni uzroci punoljetnu osobu mogu dovesti u stanje da neposredno ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih osoba.⁷ U ovom slučaju takvoj osobi se ograničava poslovna sposobnost. Zajednička karakteristika za oba stepena utvrđene nesposobnosti, koja je normirana u sva tri porodična zakona, je da se punoljetna osoba, bez obzira

³ Prema porodičnim zakonima u BiH, poslovnu sposobnost može steći maloljetna osoba starija od 16 godina ukoliko: 1) sklopi brak prije punoljetstva; 2) postane roditelj, o čemu odlučuje sud u vanparničnom postupku na prijedlog maloljetne osobe, uzimajući u obzir njezinu duševnu zrelost (čl. 157. st. 1. 3. i 4. PZ FBiH; čl. 139. st. 1. 3. i 4. PZ BD; čl. 108. st. 3. PZ RS). PZ RS ne normira da maloljetna osoba starija od 16 godina može u vanparničnom sudskom postupku steći poslovnu sposobnost ukoliko je postala roditelj.

⁴ V. čl. 160. st. 1. PZ FBiH; čl. 11. PZ RS; čl. 141. st. 1. PZ BD.

⁵ Čl. 161. PZ FBiH; čl. 142. PZ BD. PZ RS ne normira svrhu starateljstva nad punoljetnim osobama.

⁶ Za razliku od PZ FBiH (čl. 192. st. 1) i PZ BD (čl. 173. st. 1), PZ RS ne normira moguće uzroke nesposobnosti punoljetne osobe da se sama brine o svojim pravima i interesima. Međutim, sva tri aktuelna Zakona o vanparničnom postupku u BiH, kao ključni uzrok nesposobnosti punoljetne osobe da se sama brine o svojim pravima i interesima normiraju nesposobnost za rasuđivanje (čl. 29. st. 1. ZVP FBiH; čl. 28. st. 1. ZVP RS; čl. 27. st. 1. ZVP BD).

⁷ Čl. 192. st. 2. PZ FBiH; čl. 173. st. 2. PZ BD. PZ RS ne normira uzroke za ograničenje poslovne sposobnosti.

da li joj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, stavlja pod starateljstvo. Stoga i zaključak da se u odredbama sva tri bosanskohercegovačka porodična zakona vezano za institut starateljske zaštite odraslih polazi od pretpostavke da osoba kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, pored punoljetnosti, mora imati staratelja koji se imenuje nakon pravosnažnosti sudske odluke o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti.

2. Određenje i izbor staratelja

Staratelj punoljetne osobe kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost je osoba koju imenuje organ starateljstva. Njegova osnovna dužnost je briga o ličnosti, pravima i interesima šticećenika, odnosno punoljetnih osoba koje su pod starateljstvom. Kako bi ostvario ovu dužnost, staratelj mora biti u stalnom kontaktu sa šticećenikom, pratiti njegove potrebe, ali i sve promjene, posebno u vezi sa zdravstvenim stanjem šticećenika, da bi se blagovremenom reakcijom spriječila pojava i napredovanje bolesti, te pristupilo liječenju.

Svjesnost o važnosti izbora staratelja, odnosno o tome koja će osoba i kako vršiti starateljsku funkciju, od čega zavisi i sama kvaliteta starateljske zaštite, prisutna je u sva tri porodična zakona u BiH. Oni u svojim odredbama decidno normiraju: uslove i postupak za izbor staratelja, njegova prava i dužnosti (briga za ličnost šticećenika, zastupanje šticećenika, pribavljanje materijalnih sredstava), kontrolu rada staratelja, njegovu odgovornost za štetu koju je skrivio za vrijeme vršenja funkcije, te prestanak/razrješenje staratelja starateljske dužnosti. Međutim, za razliku od pojma starateljstvo, čije je određenje dato u sva tri bosanskohercegovačka porodična zakona, nijedan od zakona ne određuje pojam „staratelj“, što se u stručnoj literaturi objašnjava da „se to čini u pravnoj teoriji“ (Traljić, Bubić, 2007a: 246). U ovom kontekstu, jedno od najčešće citiranih određenja, prisutno u odgovarajućoj literaturi bivše SFRJ, pod pojmom staratelj podrazumijeva: „Poslovno sposobno fizičko lice, koje ima potrebna lična svojstva i sposobnosti, postavljeno od organa starateljstva, po svom prethodnom pristanku, da se samostalno, brižljivo i savjesno stara o ličnosti, pravima i interesima šticećenika i da savjesno upravlja njegovom imovinom, pod nadzorom organa starateljstva“ (Bakić, 1985: 416). Citirano određenje, zapravo sadrži gotovo sve kriterijume normirane u odgovarajućim odredbama sva tri porodična zakona u BiH, vezane za imenovanje staratelja. Ti kriterijumi su:

Staratelj je isključivo fizička osoba koja mora imati poslovnu sposobnost, potrebna lična svojstva i sposobnosti za vršenje dužnosti staratelja.

Pravna osoba se ne može imenovati za staratelja, iako sva tri porodična zakona u BiH normiraju da organ starateljstva, kao pravna osoba, može odličiti da duž-

nost staratelja vrši neposredno,⁸ uz mogućnost da za vršenje dužnosti staratelja imenuje osobu zaposlenu u organu starateljstva,⁹ što znači da dužnost staratelja i kod neposrednog starateljstva vrši fizička osoba.

Imenovanje staratelja vrši se na osnovu principa dobrovoljnosti. Osoba koja se imenuje za staratelja treba prije imenovanja dati pristanak, čime se osiguravaju interesi šticećenika i stvaraju određene garancije da će ta osoba na najbolji mogući način vršiti preuzetu dužnost i obaveze. U porodičnim zakonima u BiH izuzetak od principa dobrovoljnosti sadrži PZ RS, koji normira da se najbliži krvni srodnici u pravoj ili pobočnoj liniji mogu imenovati za staratelja i bez njihovog prethodnog pristanka, ukoliko organ starateljstva ocijeni da je to neophodno,¹⁰ što se u praksi najvjerojatnije i ne primjenjuje. U suprotnom, takvo postupanje može dovesti u pitanje interes šticećenika, posebno zbog mogućnosti nesavjesnog i neodgovornog vršenja nametnute starateljske dužnosti.

Staratelj svoje obaveze vrši samostalno, ali uz nadzor organa starateljstva, pri čemu za učinjene propuste odgovara u skladu s zakonom.

Pobrojani kriterijumi sadržani u naprijed citiranom određenju pojma staratelj, uz to što čine bitne odrednice sva tri porodična zakona u BiH, gotovo na identičan način bili su normirani i u PZ SR BiH, ali i u odgovarajućem zakonodavstvu SFRJ. Stoga se može zaključiti da je njihova preciznost, ali i kontinuirano normiranje u odgovarajućem zakonodavstvu BiH od 1965. godine do danas, vjerovatno ključni razlog što se ni u jednom od aktuelnih porodičnih zakona u BiH pojam staratelja ne određuje posebno.

U istom kontekstu, porodični zakoni u BiH, pored individualnog/matičnog staratelja, normiraju mogućnost imenovanja staratelja imovine, posebnog staratelja i privremenog staratelja. Oni se imenuju u određenim slučajevima, pri čemu se staratelj imovine i posebni staratelj ukoliko je to potrebno imenuju uz individualnog/matičnog staratelja. Staratelj imovine može se imenovati u slučaju da šticećenik posjeduje nepokretnu imovinu izvan područja nadležnog organa starateljstva, na području drugog organa starateljstva, tako da matični staratelj nije u mogućnosti starati se o toj imovini.¹¹ Posebni staratelj imenuje se za vođenje

⁸ Čl. 165. st. 1. PZ FBiH; čl. 179. st. 1. PZ RS; čl. 146. st. 1. PZ BD.

⁹ V. čl. 165. st. 4. PZ FBiH i čl. 146. st. 4. PZ BD. PZ RS (čl. 176) ne normira decidno da se u slučaju neposrednog vršenja poslova starateljstva od strane organa starateljstva za vršenje dužnosti staratelja imenuje osoba zaposlena u organu starateljstva. Međutim, u čl. 195. st. 1. PZ RS, koji normira obavezu staratelja na podnošenje odgovarajućeg izvještaja o radu, jasno stoji: „U slučaju neposrednog starateljstva, izvještaj je dužan da podnese radnik organa starateljstva ili drugo lice koje u ime organa starateljstva vrši poslove starateljstva.“

¹⁰ V. čl. 179. st. 4. PZ RS.

¹¹ V. čl. 208. PZ FBiH; čl. 225. PZ RS; čl. 189. PZ BD.

spora i za zaključivanje pravnih poslova između štíćenika i staratelja, kao i u drugim slučajevima kada između staratelja i štíćenika nastane sukob interesa. Isti staratelj imenuje se i u slučajevima kad među štíćenicima koji imaju istog staratelja treba voditi postupak ili zaključiti pravni posao u kome su interesi štíćenika u suprotnosti.¹² Privremeni staratelj imenuje se na određeni vremenski period osobi u toku postupka za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti¹³ u slučajevima kada osoba prema ocjeni organa koji vodi postupak, nije u stanju sama zastupati svoje interese.

Još jedna vrsta staratelja, koji se ni u jednom od porodičnih zakona u BiH ne spominje decidno, je tzv. zavodski staratelj. U praksi je to, po sili zakona, direktor ustanove koji starateljsku dužnost vrši prema štíćenicima koji su obuhvaćeni institucionalnim smještajem. Njegova osnovna dužnost je staranje o ličnosti, ali i imovini štíćenika i to isključivo onoj koja se nalazi u ustanovi. Za sve druge poslove koje ustanova u kojoj štíćenik boravi ne vrši u okviru svojih redovnih nadležnosti, organ starateljstva imenuje staratelja.¹⁴

Ključni individualni/matični staratelj je onaj koji se imenuju svakom štíćeniku s oduzetom ili ograničenom poslovnom sposobnošću. Njegova osnovna dužnost, kako je to ranije navedeno, prema odredbama sva tri porodična zakona u BiH, je staranje o ličnosti štíćenika, ali i vođenje računa o uzrocima zbog kojih je nekoj osobi oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, uz nastojanje da se ti uzroci otklone i osoba osposobi za samostalan rad.¹⁵

Izbor staratelja, koji je u nadležnosti organa starateljstva, u pravilu se vrši u okviru socijalne mreže osoba koje su bliske osobi s oduzetom ili ograničenom poslovnom sposobnošću i koje ispunjavaju zakonske kriterijume, s tim da one nerijetko odbijaju dužnost staratelja. U takvim situacijama, odnosno ako to zahtijevaju okolnosti slučaja i interes štíćenika, organ starateljstva može odlučiti da dužnost staratelja vrši neposredno, imenovanjem osobe zaposlene u organu starateljstva za vršioca dužnosti staratelja. Pri tome, nijedan od porodičnih zakona u BiH ne normira ko se od zaposlenih profesionalaca u organu starateljstva ne može imenovati za vršioca dužnosti staratelja. S druge strane, sva tri porodična zakona propisuju da pri imenovanju staratelja organ starateljstva treba uzeti u obzir mišljenje štíćenika, ukoliko je on sposoban shvatiti o čemu se radi, kao i mišljenje njegovih bliskih srodnika,¹⁶ koja nisu obavezujuća za organ starateljstva. Stoga, nijedan od zakona ne propisuje pravo na žalbu, npr. štíćenika,

¹² V. čl. 198. st. 3. i 4. PZ FBiH; čl. 215. st. 2. i 3. PZ RS; čl. 179. st. 3. i 4. PZ BD.

¹³ V. čl. 195. st. 1. PZ FBiH; čl. 212. st. 1. PZ RS; čl. 176. st. 1. PZ BD.

¹⁴ V. čl. 167. PZ FBiH; čl. 181. PZ RS; čl. 148. PZ BD.

¹⁵ V. čl. 193. PZ FBiH; čl. 210. PZ RS; čl. 174. PZ BD.

¹⁶ Čl. 165. st. 3. PZ FBiH; čl. 179. st. 3. PZ RS; čl. 146. st. 3. PZ BD.

protiv rješenja o imenovanju staratelja u slučaju da je organ starateljstva imenovao staratelja protivno izraženom mišljenju štićenika.

Uslove koji moraju biti ispunjeni da bi se neka osoba mogla imenovati za staratelja sva tri porodična zakona u BiH normiraju gotovo identično iskazujući ih u negativnom određenju, tako da se za staratelja ne može imenovati osoba: kojoj je oduzeto roditeljsko staranje; kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost; čiji su interesi u suprotnosti s interesima štićenika; od koje se, s obzirom na njezino ranije i sadašnje vladanje, lična svojstva i odnose sa štićenikom i njegovim roditeljima, ne može očekivati da će pravilno vršiti dužnost staratelja; s kojom je štićenik sklopio ugovor o doživotnom izdržavanju.¹⁷ Obaveza organa starateljstva je da nakon isključenja pobrojanih uslova ispita da li određena osoba, pored osobina i sposobnosti bitnih za obavljanje dužnosti staratelja, posjeduje neporecivu spremnost da preuzme brigu o štićeniku, njegovim pravima i obavezama, uz savjesno upravljanje njegovom imovinom. Takođe, organ starateljstva je obavezan da prije donošenja rješenja o imenovanju staratelja upozna potencijalnog staratelja s njegovim dužnostima i pravima, uz pribavljanje njegovog pristanka.

3. Ključna obilježja starateljske zaštite

Ključna pretpostavka starateljske zaštite osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost prema odredbama sva tri porodična zakona u BiH je imenovanje staratelja, koji u ime i za račun štićenika donosi sve, ili većinu odluka, u zavisnosti da li je osobi pravosnažnom sudskom odlukom oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost. Ovakav pristup zasnovan na zakonskom normiranju da je staratelj osobe s oduzeto poslovnom sposobnosti izjednačen sa starateljem maloljetne osobe koja nije navršila 14 (PZ FBiH i PZ BD), odnosno 15 godina (PZ RS), dok staratelj osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću ima prava i dužnosti staratelja maloljetne osobe koja je navršila 14,¹⁸ odnosno 15 godina,¹⁹ u suprotnosti je s odredbama UN Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (dalje: KPOI) i razumijevanjem invaliditeta zasnovanog na ljudskim pravima.

Dužnosti staratelja prema štićeniku nastaju kad organ starateljstva donese rješenje o imenovanju staratelja (Traljić et al., 2007a: 253) u kojem istovremeno određuje dužnosti i prava staratelja,²⁰ koji su za sve staratelje, imenovane punoljetnim osobama prema porodičnim zakonima u BiH, gotovo istovjetni. Uz

¹⁷ Čl. 169. tač. a) do e) PZ FBiH; čl. 150. tač. a) do e) PZ BD; čl. 183. PZ RS, koji ne sadrži negativno određenje uslova o sklapanju ugovora o doživotnom izdržavanju.

¹⁸ Čl. 194. st. 1. i 2. PZ FBiH; čl. 175. st. 1. i 4. PZ BD.

¹⁹ Čl. 211. st. 1. i 2. PZ RS.

²⁰ Čl. 194. st. 1. PZ FBiH; čl. 211. st. 1. PZ RS; čl. 175. st. 1. PZ BD.

navedeno, organ starateljstva može rješenjem ograničiti ovlaštenja staratelja, ako je to u interesu štíćenika i odlučiti da pojedine poslove staratelja vrši neposredno. Takođe, ako dužnost staratelja vrši neposredno organ starateljstva pojedine poslove može povjeriti stručnoj osobi da ih vrši u njegovo ime i pod njegovim nadzorom.²¹ Zajednička karakteristika sva tri porodična zakona je da kao osnovne dužnosti staratelja normiraju savjesno staranje o ličnosti, pravima, obavezama i interesima štíćenika i upravljanje njegovom imovinom, pri čemu je dužan „cijeniti mišljenje štíćenika koji je sposoban shvatiti o čemu se radi.“²² Navedene dužnosti staratelja, koje istovremeno imaju značenje načela (Alinčić, Hrabar, Jakovac-Lozić, Korać Graovac, 2007: 387) proizlaze iz same svrhe starateljstva nad punoljetnim osobama: zaštita osoba koje nisu u stanju same se brinuti o svojoj ličnosti, pravima i interesima. Uz njih, porodični zakoni u BiH normiraju i druge dužnosti staratelja kao što su: zastupanje štíćenika, pribavljanje sredstava za izdržavanje štíćenika, podnošenje izvještaja i polaganje računa o radu.

Jednom riječju, prema odredbama sva tri porodična zakona u BiH, primarno obilježje starateljske zaštite punoljetnih osoba je zaštita ličnih prava, odnosno ličnosti štíćenika. To se primarno odnosi na brigu o zdravlju štíćenika, uz kontinuirano nastojanje da se uzroci nesposobnosti otklone i štíćenik osposobi za samostalan rad.²³ Tako je staratelj, npr. u oblasti prava iz socijalne zaštite, ukoliko je to potrebno, ovlašten brinuti da štíćenik ostvari dodatak za pomoć i njegu, ličnu invalidninu, osposobljavanje za samostalan život i rad, smještaj u drugu porodicu itd. U ostvarivanju prava u oblasti zdravstvene zaštite staratelj je, shodno zakonskim propisima iz oblasti zdravstva, ovlašten npr. dati pristanak na medicinski zahvat umjesto štíćenika kojem je oduzeta poslovna sposobnost.²⁴

Jedna od obaveza staratelja, koju normiraju sva tri porodična zakona u BiH, je i zastupanje štíćenika, pri čemu organ starateljstva zastupa štíćenika ako dužnost staratelja vrši neposredno ili ako je ograničio ovlaštenja staratelja i odlučio da štíćenika sam zastupa.²⁵ Zastupanje štíćenika od strane staratelja može biti u ličnim i imovinskim stvarima, te kao redovno i vanredno. Redovno zastupanje staratelj provodi samostalno, u ime štíćenika i za njegov račun, vršeći poslove koji spadaju u redovno poslovanje i upravljanje imovinom štíćenika, pri čemu će kod poduzimanja svakog važnijeg posla, kad je to moguće, uzeti u obzir mišljenje

²¹ V. čl. 168. st. 2. i 3. PZ FBiH; čl. 182. st. 1. i 2. PZ RS; čl. 149. st. 2. i 3. PZ BD.

²² V. čl. 171. PZ FBiH; čl. 152. PZ BD. PZ RS ne normira gore navedenu dužnost.

²³ Čl. 193. PZ FBiH; čl. 210. PZ RS; čl. 174. PZ BD.

²⁴ Čl. 22. Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata FBiH; čl. 31. st. 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti BD BiH; čl. 25. st. 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti RS.

²⁵ V. čl. 175. PZ FBiH; čl. 192. PZ RS; čl. 156. PZ BD.

štićenika, ukoliko je ovaj sposoban shvatiti o čemu se radi.²⁶ Vanredno zastupanje odnosi se na poduzimanje poslova koji prelaze okvire redovnog poslovanja ili upravljanja štíćenikovom imovinom, za šta je staratelju potrebno prethodno odobrenje organa starateljstva.²⁷

Pored navedenog, zakoni normiraju i poslove u kojima staratelj ne može zastupati štíćenika, odnosno davati pravno relevantne izjave volje u ime i za račun štíćenika ni s odobrenjem organa starateljstva. Ti poslovi su vezani za ličnost štíćenika, imovinu štíćenika i koliziju interesa između štíćenika i staratelja. U dijelu koji se odnosi na zastupanje štíćenika u ličnim stvarima, staratelj ne može zastupati, odnosno ne može dati pravno relevantnu izjavu volje umjesto štíćenika u slučajevima u kojima je zakon ovlastio štíćenika, odnosno osobu kojoj je ograničena poslovna sposobnost da sama izjavi svoju volju. Tako staratelj ne može dati izjavu o priznanju materinstva i očinstva,²⁸ te izjaviti pristanak na sklapanje braka.²⁹ Takođe, budući da je „testament strogo lični akt“³⁰, staratelj ga ne može sačiniti u ime štíćenika, a isto tako, staratelj se ne može u ime štíćenika odreći nasljedstva.³¹ Uz navedeno, staratelj ne može štíćenika obavezivati kao žiranta,³² niti može davati poklone i druga dobročina raspolaganja iz štíćenikove imovine (oprost duga, odricanje od prava) (Traljić et al, 2007a: 258).

Staratelj nije dužan izdržavati štíćenika iz vlastitih sredstava, osim ako to nije obavezan po zakonu. Međutim, sva tri porodična zakona propisuju da je staratelj dužan, uz pomoć organa starateljstva, poduzimati potrebne mjere za osiguranje sredstava neophodnih za izdržavanje štíćenika.³³

Podnošenje izvještaja i polaganje računa o radu je jedan od segmenata vršenja starateljske dužnosti koja je pod kontinuiranom kontrolom i nadzorom organa starateljstva. Stoga, porodični zakoni u BiH propisuju da je staratelj dužan organu starateljstva svake godine, ali i u svim slučajevima kada to od njega zatraži organ starateljstva, podnijeti izvještaj o svom radu i o stanju štíćenikove imo-

²⁶ V. čl. 176. PZ FBiH; čl. 193. PZ RS; čl. 157. PZ BD.

²⁷ V. čl. 178. PZ FBiH; čl. 190. PZ RS; čl. 159. PZ BD.

²⁸ V. čl. 57. PZ FBiH; čl. 114. PZ RS; čl. 53. PZ BD.

²⁹ V. čl. 7. st. 1. i čl. 8. st. 1. tač. b) i čl. 23. PZ FBiH; čl. 14. PZ RS; čl. 6. st. 1. PZ BD.

³⁰ V. čl. 62. st. 1. i 2. Zakona o nasljeđivanju FBiH; čl. 64. st. 1. i 2. Zakona o nasljeđivanju RS; čl. 66. st. 1. i 2. Zakona o nasljeđivanju BD.

³¹ V. čl. 163. Zakona o nasljeđivanju FBiH; čl. 154. Zakona o nasljeđivanju RS; čl. 168. Zakona o nasljeđivanju BD.

³² V. čl. 177. st. 2. PZ FBiH; čl. 194. st. 2. PZ RS; čl. 158. st. 2. PZ BD.

³³ Sredstva se pribavljaju iz: 1. prihoda štíćenika; 2. sredstava dobivenih od osoba koje su obavezne izdržavati štíćenika; 3. imovine štíćenika; 4. sredstava dobivenih za štíćenika po osnovu socijalne zaštite 5. drugih izvora (čl. 174. PZ FBiH; čl. 189. i čl. 229. PZ RS; čl. 155. PZ BD).

vine. U slučajevima neposrednog vršenja starateljstva, izvještaj podnosi osoba zaposlena u organu starateljstva koju je ovaj organ imenovao za vršioca dužnosti staratelja.³⁴ S druge strane, organ starateljstva je, bez obzira na obavezu staratelja da redovno podnosi izvještaj, dužan pratiti prilike u kojima štíćenik živi, povremeno obilaziti štíćenika ne samo po službenoj dužnosti, nego i u slučajevima kad to zatraži staratelj ili sam štíćenik i na taj način, ličnim uvidom, kontrolisati kako staratelj vrši starateljsku dužnosti prema štíćeniku.³⁵

Prigovor na rad staratelja i organa starateljstva, što nije normirano PZ BD, predstavlja jedno od sredstava kontrole rada staratelja, ali i organa starateljstva. On se na rad staratelja podnosi organu starateljstva, a prigovor na rad organa starateljstva organu nadležnom u upravnim stvarima za drugostepeni postupak.³⁶

Pravo staratelja na mjesečnu naknadu, mogućnost nagrade, ako se posebno istakao i zalagao u obavljanju starateljske zaštite, i pravo na naknadu opravdanih troškova normiraju sva tri zakona.³⁷ Međutim, pravo na naknadu nema staratelj koji je po zakonu obavezan da izdržava štíćenika.

Odgovornost staratelja za nepravilno i nesavjesno obavljanje starateljske zaštite, odnosno dužnosti koje se odnose na lične ili imovinske interese štíćenika, kao i odgovornost staratelja za nanošenje štete štíćeniku, koju je prouzrokovao takvim ponašanjem normirana je u sva tri porodična zakona, za šta staratelj može odgovarati materijalno, krivično i administrativno.³⁸

Dužnost staratelja prema odredbama sva tri porodična zakona prestaje u slučajevima: smrti staratelja, razrješenja staratelja po službenoj dužnosti, razrješenja po zahtjevu staratelja i prestankom starateljstva.³⁹ U navedenim slučajevima, organ starateljstva obavezan je bez odlaganja imenovati novog staratelja, pri čemu je, nakon saznanja da je staratelj umro, takođe dužan, bez odlaganja poduzeti mjere za zaštitu interesa štíćenika do imenovanja novog staratelja.

4. Posljedice zamjenskog odlučivanja (starateljstva)

Donošenjem sudske odluke o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti, većinom osobama s duševnim smetnjama i intelektualnim teškoćama, u velikoj mjeri se ulazi u sferu osnovnih ljudskih prava, budući da se takvom odlukom

³⁴ V. čl. 180. st. 1. i čl. 165. st. 4. PZ FBiH; čl. 195. PZ RS; čl. 161. st. 1. i čl. 146. st. 4. PZ BD.

³⁵ V. čl. 180. st. 5. PZ FBiH; čl. 195. st. 5. PZ RS; čl. 161. st. 5. PZ BD.

³⁶ V. čl. 211. st. 1. PZ FBiH; čl. 228. st. 1. PZ RS.

³⁷ V. čl. 182. PZ FBiH; čl. 197. PZ RS; čl. 163. PZ BD.

³⁸ V. čl. 181. st. 2. PZ FBiH; čl. 162. st. 2. PZ BD.

³⁹ V. čl. 183. PZ FBiH; čl. 198. PZ RS; čl. 164. PZ BD.

stvaraju pretpostavke za nastanak niza dalekosežnih i negativnih posljedica, naročito za osobe s oduzetom poslovnom sposobnošću. One pogađaju koliko samu osobu, njezinu ličnost i ljudsko dostojanstvo, toliko i njezin status, ulogu i odnose unutar porodičnog, ali i šireg socijalnog okruženja. Stoga se, s ciljem prevazilaženja i ublaženja navedenih posljedica, prema odredbama sva tri porodična zakona u BiH, zaštita ovih osoba ostvaruje primjenom instituta starateljstva, odnosno njihovim stavljanjem pod starateljstvo. Pri tome, budući da osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost sama ne može poduzimati nikakve pravne poslove, njezin staratelj u potpunosti preuzima zaštitu i brigu o takvoj osobi, odnosno njezinim pravima i interesima. Ta briga označena je i nizom različitih dužnosti koje staratelj samostalno ili uz pomoć, odnosno odobrenje organa starateljstva, obavlja u interesu šticeenika. Međutim, tu brigu kao i brojne, u zakonima normirane dužnosti staratelja moguće je posmatrati najmanje iz sljedeća dva, međusobno oprečna, aspekta. S jedne strane, nastojanja društva da putem starateljske zaštite što je moguće više zaštiti ovu izrazito vulnerabilnu skupinu svojih članova, više su nego očita. S druge strane, zakonom utvrđene dužnosti staratelja, koliko god bile usmjerene na zaštitu šticeenika, pored obima i težine ograničenja koji se nameću posebno šticeenicima s oduzetom poslovnom sposobnošću, govore i o nivou zadiranja u osnovna ljudska prava šticeenika. Time se direktno krše odredbe brojnih međunarodnih dokumenata, a posebno KPOI, koja polazeći od modela invalidnosti zasnovanog na ljudskim pravima, od svih država potpisnica zahtijeva primjenu principa jednakost pred zakonom, čime se svim osobama s invaliditetom garantuje uživanje pravne i poslovne sposobnosti ravnopravno s drugima.⁴⁰

O zadiranju u osnovna ljudska prava osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost u BiH najkonkretnije govore odredbe PZ FBiH, kojima je propisano da „brak ne može sklopiti osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost, ili koja je nesposobna za rasuđivanje“, odnosno da „izuzetno sud može u vanparničnom postupku dozvoliti sklapanje braka osobi koja je nesposobna za rasuđivanje ako utvrdi da je ona sposobna shvatiti značenje braka i obaveza koje iz njega proizlaze, te da je brak u njenom interesu.“⁴¹ Citirane odredbe nedvosmisleno upućuju na opredjeljenje zakonodavca da: „lice kojem je oduzeta poslovna sposobnost, ali vrlo često i kada je nesposobno za rasuđivanje, ne može izraziti pravno relevantnu volju, pa samim tim ne može zaključiti brak“ (Traljić, Bubić, 2007: 46 i 47). Stoga, iz navedenog proizlazi i zaključak da je prema odredbama PZ FBiH oduzeta poslovna sposobnost neotklonjiva bračna smetnja za zaključenje punovažnog braka, dok nesposobnost za rasuđivanje predstavlja otklonjivu bračnu smetnju. S tim u vezi, ukoliko sud u vanparničnom postupku utvrdi da

⁴⁰ Čl. 12. st. 2. KPOI.

⁴¹ Čl. 11. st. 1. i 2. PZ FBiH.

je osoba nesposobna za rasuđivanje sposobna shvatiti značenje braka i bračnih obaveza i ako je brak u njezinom interesu, dat će joj dozvolu za sklapanje braka.⁴² To posebno, što „u pravnoj teoriji postoji mišljenje da je pojam nesposobnost za rasuđivanje vrlo neodređen...“ i da bi ga trebalo „tumačiti – kao nesposobnost za bilo kakvo rasuđivanje“ (Traljić, Bubić, 2007: 48). Nasuprot navedenom, ostala dva porodična zakona u BiH normiraju da „brak ne može zaključiti lice koje zbog duševne bolesti, duševne nerazvijenosti ili iz drugih razloga nije sposobno za rasuđivanje,⁴³ čime nesposobnost za rasuđivanje predstavlja neotklonjivu bračnu smetnju.

Postupak za davanje dozvole za sklapanje braka osobi nesposobnoj za rasuđivanje, prema odredbama PZ FBiH pokreće se na prijedlog osobe koja je nesposobna za rasuđivanje.⁴⁴ To znači da ovu osobu u vanparničnom sudskom postupku za davanja dozvole za sklapanje braka ne može zastupati zakonski zastupnik/staratelj. Isto se može odnositi i na podnošenje žalbe protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za davanje dozvole, s obzirom da prema zakonu žalbu mogu izjaviti samo predlagač i osoba s kojom on namjerava sklopiti brak.⁴⁵

Činjenica da ograničenje poslovne sposobnosti u porodičnim zakonima u BiH nije normirano kao bračna smetnja, upućuje na zaključak da se ovaj nivo poslovne sposobnosti može dovesti u direktnu vezu sa sposobnošću osobe da samostalno daje izjave koje se tiču ličnih stanja. Međutim, kako PZ FBiH i PZ BD normiraju: „Osoba kojoj je ograničena poslovna sposobnost može samostalno davati izjave koje se tiču osobnih stanja, osim ako ovim Zakonom ili odlukom organa starateljstva nije drukčije određeno,⁴⁶ jasno je da ta osoba ne može sklopiti brak u slučaju da organ starateljstva donese odluku da ona ne može davati izjave o ličnim stvarima, kakva je i izjava o pristanku na sklapanje braka. U navedenom slučaju, osoba kojoj je ograničena poslovna sposobnost ne samo da ne može sklopiti brak nego ne može tražiti ni dozvolu suda za sklapanje braka. Stoga bi jedino moguće rješenje, *de lege lata*, bilo da se ovoj osobi poslovna sposobnost vrati, isključivo na osnovu dokaza o prestanku razloga koji su doveli do ograničenja poslovne sposobnosti. Drugim riječima, takva osoba bi samo u slučaju pozitivne sudske odluke, donesene u postupku vraćanja poslovne sposobnosti, mogla sklopiti brak. Navedena mogućnost proizlazi iz činjenice da zakon ne normira vremensko trajanje odluke organa starateljstva, razloge donošenja odluke, ali ni mogućnost žalbe na odluku. S druge strane, kako PZ RS ne sadrži navedenu

⁴² Čl. 11. st. 2. PZ FBiH.

⁴³ Čl. 32. PZ RS; čl. 22. PZ BD.

⁴⁴ Čl. 344. st. 1. PZ FBiH.

⁴⁵ Čl. 347. PZ FBiH.

⁴⁶ Čl. 194. st. 4. PZ FBiH; čl. 175. st. 4. PZ BD.

određbu, za pretpostaviti je da se u kontekstu ostvarivanja prava na sklapanje braka osoba kojima je ograničena poslovna sposobnost primjenjuju odredbe kojima je normirano da neotklonjivu smetnju za zaključenje braka predstavlja nesposobnost za rasuđivanje.⁴⁷

Ljudska prava osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost su ugrožena i zakonskim odredbama o utvrđivanju i osporavanju materinstva i očinstva. U pravnoj teoriji priznanje vanbračnog materinstva ili očinstva se određuje kao jednostrani pravni akt, tako da izjavu o priznanju u pravilu može dati samo osoba koja je potpuno poslovno sposobna (Hrabar, 2007: 148-159). U svjetlu navedenog, sva tri porodična zakona u BiH ne normiraju mogućnost da osoba kojoj je oduzeta poslovna sposobnost prizna vanbračno materinstvo/očinstvo. Takođe, s obzirom da se radi o izjavi koja je izrazito lične naravi zakonima nije predviđena ni mogućnost da izjavu o priznanju materinstva/očinstva da staratelj osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost. Međutim, pravilo da izjavu o priznanju može dati samo potpuno poslovno sposobna osoba, u porodičnim zakonima u BiH ne primjenjuje se bez izuzetka. Naime, mogućnost priznanja materinstva i očinstva normirana je za osobu kojoj je ograničena poslovna sposobnost i to uz uslov da je sposobna shvatiti značenje izjave o priznanju,⁴⁸ što organ pred kojim se vrši priznanje utvrđuje za svaki slučaj pojedinačno. Pri tome, podjednako kao i kod osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost, niti jedan od tri porodičnih zakona ne normira mogućnost da, umjesto osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću, staratelj može dati izjavu o priznanju materinstva/očinstva. Zakonske odredbe kojima nije normirana mogućnost priznanja očinstva/materinstva osobama s oduzetom poslovnom sposobnošću, odnosno osobama s ograničenom poslovnom sposobnošću ukoliko nisu sposobne shvatiti značenje priznanja, upućuju na zaključak da te osobe ne samo da ne mogu priznati očinstvo/materinstvo nego ne mogu ni pokrenuti sudski postupak radi utvrđivanja očinstva/materinstva. Stoga se navedenim odredbama u sva tri porodična zakona dodatno ograničavaju osnovna ljudska prava i povrjeđuje ljudsko dostojanstvo ovih osoba.

Materinstvo i očinstvo, prema porodičnim zakonima u BiH, posmatrano u cjelini, moguće je priznati pred više organa i tijela kao što su: matičar, sud, organ starateljstva, notar, ali i u testamentu.⁴⁹ Za upis priznanja vanbračnog očinstva

⁴⁷ Čl. 32. PZ RS.

⁴⁸ Čl. 57. PZ FBiH; čl. 114. PZ RS; čl. 53. PZ BD.

⁴⁹ Čl. 56. st. 1. i 3. PZ FBiH; čl. 112. PZ RS; čl. 52. st. 1. PZ BD. Zajedničko za sva tri zakona je da normiraju da se očinstvo/materinstvo može priznati pred matičarom, organom starateljstva i sudom. Prisutne razlike su sljedeće: PZ FBiH normira mogućnost priznanja pored svih u tekstu pobrojanih subjekata pred notarom i u testamentu, dok PZ RS i PZ BD ne normiraju mogućnost priznanja pred notarom i u testamentu. Istovremeno, PZ RS normira

u matičnu knjigu rođenih, prema sva tri porodična zakona, potreban je pristanak majke djeteta.⁵⁰ Ukoliko je majci oduzeta poslovna sposobnost, saglasnost za priznanje očinstva daje organ starateljstva,⁵¹ odnosno prema odredbama PZ RS staratelj djeteta s odobrenjem organa starateljstva.⁵²

Osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost, kao i osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću ako nisu sposobne shvatiti značenja izjave o priznanju, pošto ne mogu dati izjavu o priznanju materinstva/očinstva, prema odredbama sva tri porodična zakona u BiH, nemaju ni pravo na tužbu za utvrđivanje materinstva/očinstva. Pravo na ovu tužbu priznato je samo djetetu kojemu je oduzeta poslovna sposobnost, a ne i potencijalnim roditeljima kojima je oduzeta poslovna sposobnost. Budući da dijete nema poslovnu, pa time ni parničnu sposobnost „u njegovo ime tužbu radi utvrđivanja materinstva može podnijeti staratelj, uz saglasnost organa starateljstva, a tužbu radi utvrđivanja očinstva može podnijeti njegova majka ako ostvaruje roditeljsko staranje, odnosno njegov staratelj, uz saglasnost organa starateljstva.“⁵³

Staratelj uz odobrenje organa starateljstva tužbu za osporavanje materinstva i očinstva u skladu sa zakonom utvrđenim rokovima može podnijeti u ime sljedećih osoba kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost: djeteta,⁵⁴ majke djeteta⁵⁵ i muža majke djeteta kada se tužba podnosi za osporavanje bračnog očinstva.⁵⁶

Osoba kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost ne može usvojiti dijete, kao ni osoba čijem je bračnom partneru oduzeta ili ograničena poslovna

da se materinstvo/očinstvo može priznati i pred „drugim državnim organom ovlaštenim za sastavljanje isprava“, a PZ BD pred „zapisničarom“.

⁵⁰ Čl. 62. st. 1. PZ FBiH; čl. 117. st. 1. PZ RS; čl. 57. st. 1. PZ BD.

⁵¹ Čl. 62. st. 2. PZ FBiH; čl. 57. st. 2. PZ BD.

⁵² Čl. 119. st. 2.

⁵³ Čl. 72. st. 2. PZ FBiH. PZ RS i PZ BD normiraju da tužbu za utvrđivanje materinstva/očinstva u ime djeteta kojem je oduzeta poslovna sposobnost podnosi: „osoba koja ga po zakonu zastupa“ (čl. 123. st. 2. PZ RS), „majka, odnosno otac ako vrše roditeljsko pravo“ (čl. 60. st. 2. PZ BD). Pri tome, oba zakona u istom članu normiraju da je u slučaju kada dijete zastupa staratelj za podnošenje ove tužbe neophodno odobrenje organa starateljstva. Razlika u odredbama porodičnih zakona postoji i u pogledu roka za podnošenje ove tužbe. Tako PZ FBiH ne ograničava pravo na tužbu djeteta rokom, dok ostala dva zakona navode rok „do navršene 25. godine života“ (čl. 123. st. 1. PZ RS; čl. 60. st. 1. PZ BD).

⁵⁴ Čl. 79. st. 2. i 4. PZ FBiH. PZ RS i PZ BD ne normiraju pravo djeteta kojem je oduzeta poslovna na podnošenje tužbe za osporavanje materinstva i očinstva.

⁵⁵ Čl. 80. st. 5. i čl. 83. st. 2. PZ FBiH; čl. 67. st. 5. i 69. st. 2. PZ BD. PZ RS ne normira pravo majke kojoj je oduzeta poslovna na podnošenje tužbe za osporavanje materinstva i očinstva.

⁵⁶ Čl. 82. st. 2. PZ FBiH; čl. 127. PZ RS; čl. 68. PZ BD.

sposobnost.⁵⁷ Pored navedenog, prema PZ FBiH i PZ BD,⁵⁸ dijete čiji je roditelj osoba kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost može biti usvojeno bez pristanka roditelja. Za razliku od ova dva zakona, PZ RS normira da u slučaju nepotpunog usvojenja djeteta nije potreban pristanak roditelja kome je oduzeta poslovna sposobnost.⁵⁹ Istim zakonom, mogućnost potpunog usvojenja djeteta osobe kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost nije posebno normirana. Međutim, zakonska odredba prema kojoj se potpuno može usvojiti dijete, čiji su roditelji pred nadležnim organom starateljstva pristali da njihovo dijete bude usvojeno,⁶⁰ upućuje na to da dijete osobe kojoj je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost može biti usvojeno uz njezin pristanak, ukoliko je osoba sposobna shvatiti značenje izjave o pristanku, bez obzira što to u zakonu nije navedeno. S druge strane, ista zakonska odredba može upućivati na zaključak da ako roditelji, prema zakonu, treba da daju pristanak za potpuno usvojenje, a to ne mogu ukoliko im je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, onda njihovo dijete samo u toj situaciji ne može biti potpuno usvojeno. Takođe, ako organ starateljstva osobi/roditelju kome je ograničena poslovna sposobnost, svojom odlukom u okviru poslova koje osoba s ograničenom poslovnom sposobnošću samostalno može poduzimati,⁶¹ odredi da može pristati da se njezino dijete usvoji, onda se dijete ove osobe, ako oba ili jedini roditelj pred nadležnim organom starateljstva na to pristane, može potpuno usvojiti.

Navedene odredbe sva tri porodična zakona u BiH, posebno PZ FBiH i PZ BD, u suprotnosti su s odredbama KPOI koja izričito normira pravo svih osoba s invaliditetom na poštovanje doma i porodice, odnosno na različite aspekte porodičnog života, uz naglasak da dijete „... ni u kojem slučaju neće biti odvojeno od roditelja na osnovu invaliditeta, bilo djeteta ili jednog ili oba roditelja.”⁶² Na istom tragu, u dijelu koji se odnosi na odredbe o usvojenju djeteta čiji je roditelj punoljetna osoba pod starateljstvom je i više presuda Evropskog suda za ljudska prava vezano za Republiku Hrvatsku.⁶³ Sve one nalažu obavezu da se u postup-

⁵⁷ Čl. 97. st. 1. tač. b) i st. 2. PZ FBiH; čl. 155. st. 1. i 2. PZ RS; čl. 82. st. 1. tač. b) i st. 2. PZ BD.

⁵⁸ Čl. 99. tač. d) PZ FBiH; čl. 84. tač. d) PZ BD.

⁵⁹ Čl. 152. st. 2. PZ RS.

⁶⁰ Čl. 157. PZ RS.

⁶¹ Čl. 211. st. 2. PZ RS.

⁶² Čl. 23. st. 4. KPOI.

⁶³ V. presude Evropskog suda za ljudska prava:

· Predmet X protiv Hrvatske, broj zahtjeva 11223/04 od 17.07.2008. godine. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151165>, pristup 15.09.2020. godine;

· Predmet A.K. i L. protiv Hrvatske, broj zahtjeva 37956/11 od 08.01.2013. godine. Dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%7B%22itemid%22%3A%22001-151115%22%7D%7D>}, pristup 15.09.2020. godine.

cima usvojenja navedenoj skupini roditelja pruži mogućnost da budu saslušani i da izraze svoje mišljenje o usvojenju njihovog djeteta.

5. Zaključak

Analiza odredaba sva tri porodična zakona u BiH, s ciljem utvrđivanja negativnih posljedica starateljske zaštite na porodični status, povredu osnovnih ljudskih prava i ljudskog dostojanstva osoba s oduzetom ili ograničenom poslovnom sposobnošću, nedvosmisleno pokazuje da je ova društvena skupina diskriminirana po različitim osnovama, kao i da je oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti u suprotnosti s odredbama KPOI. Pri tome, i samo zakonsko normiranje svrhe starateljstva, u čijem je središtu društvena briga i pružanje zaštite punoljetnim osobama koje nisu u mogućnosti same se starati o svojim pravima i interesima, vješto prikriva jedno sasvim drugačije lice primjene starateljske zaštite u praksi. Ono se posebno može vezati za činjenicu da su u bosanskohercegovačkom društvu još uvijek ukorijenjene predrasude i strah, od određenih skupina osoba s invaliditetom. Takvo stanje uzrokuje prisustvo potrebe većine „zdravih“ članova društva za primjenom odgovarajuće zaštite od gotovo zanemarive mogućnosti da budu ugroženi od strane ovih skupina, a naročito od osoba s težim duševnim smetnjama. Stoga se čini da postojeće zakonodavstvo, pretočeno u praksu suda, koji u vanparničnom postupku nekoj osobi s invaliditetom može oduzeti ili ograničiti poslovnu sposobnost, djelimično ide na ruku ovakvim shvatanjima. Navedeno posebno što u BiH okosnicu sudskog postupka kod oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti čini provođenje vještačenja, odnosno pregled samo jednog vještaka medicinske struke odgovarajuće specijalnosti, pa je s tim u vezi moguće postaviti i pitanje o eventualnoj zloupotrebi.⁶⁴ Izrazito diskriminirajuće u cijelom postupku, posebno kod oduzimanja poslovne sposobnosti koje sudovi donose u preko 90% slučajeva, je to da nakon što sudska odluka postane pravosnažna, osoba gubi pravnu samostalnost, njezine izjave volje nemaju pravni učinak, a samu osobu zastupa staratelj. Ona, shodno zakonskim odredbama, ne može sklopiti brak, ne može usvojiti dijete, ne može priznati vanbračno materinstvo/očinstvo, ne može podnijeti tužbu za utvrđivanje ili osporavanje materinstva/očinstva, nema biračko pravo⁶⁵ itd.

U istom kontekstu, osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću možda se nalaze u nešto povoljnijem položaju, budući da prema PZ FBiH i PZ BD mogu samo-

⁶⁴ Prema rezultatima istraživanja provedenog na uzorku od 50 pravosnažnih sudskih odluka o oduzimanju ili ograničenju poslovne sposobnosti Kantonu Sarajevo utvrđeno je da je kod 43 osobe u postupku oduzimanja ili ograničenja poslovne sposobnosti, vještačenje provela ista osoba, odnosno isti vještak/ljekar specijalista neuropsihijatrije (Miković, 2017: 131).

⁶⁵ Čl. 3.2. tač. 3. Izbornog zakona BiH.

stalno davati izjave koje se tiču ličnih stanja, osim ukoliko je zakonom ili odlukom organa starateljstva drugačije određeno.⁶⁶ Uz navedeno, sva tri porodična zakona normiraju i da: „organ starateljstva može, kad je to potrebno, odrediti poslove koje osoba sa ograničenom poslovnom sposobnošću može poduzimati samostalno,⁶⁷ čime je ovim osobama, ukoliko to odobri organ starateljstva, data mogućnost većeg samostalnog djelovanja i pravne samostalnosti. One isto tako, pod uslovom da su sposobne shvatiti značenje izjave, mogu: priznati vanbračno materinstvo/očinstvo, osporiti bračno materinstvo/očinstvo, kao majka djeteta dati pristanak na priznanje očinstva, podnijeti u ime djeteta tužbu radi utvrđivanja materinstva i očinstva, imaju biračko pravo itd.

Navedeno stanje, odnosno prezentirana analiza odgovarajućih odredaba sva tri porodična zakona u BiH, upućuje na zaključak da je u BiH neophodno provesti reformu zakonodavstva iz oblasti starateljstva nad punoljetnim osobama. Ta reforma, u skladu s odredbama KPOI, na prvom mjestu u zakonodavstvo treba implementirati odgovarajuće standarde ljudskih prava uz obaveznu njihovog poštovanja i s posebnim fokusom na osnovne slobode i ljudsko dostojanstvo svih osoba s invaliditetom, što ni u jednom od tri aktuelna porodična zakona nije normirano. Uz navedeno, za početak, u novom zakonodavstvu treba normirati/zadržati mogućnost oduzimanja poslovne sposobnosti i to isključivo u dijelu u kojem je kod neke osobe utvrđena određena nesposobnost, odnosno da je poslovna sposobnost te osobe ograničena. Stoga, sud u rješenju o ograničenju poslovne sposobnosti treba odrediti radnje i postupke koje osoba nije sposobna poduzimati samostalno. Pri tome, zadržavanje ograničenja poslovne sposobnosti u zakonu treba usloviti normiranjem da se ovim osobama ne mogu oduzeti osnovna ljudska prava vezana za njihov porodični status i odnose, posebno pravo na sklapanje braka i pravo na zasnivanje porodice.

Literatura

Alinčić, M. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, D. Korać Graovac, A. (2007). *Obiteljsko pravo* (treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje). Zagreb: Narodne novine dd.

Bakić, V. (1985). *Porodično pravo u SFRJ*, Drugo dopunjeno izdanje. Beograd: Savremena administracija.

Zakon o nasljeđivanju FBiH. *Službene novine FBiH*. Br. 80. 2014.

Zakon o nasljeđivanju RS. *Službeni glasnik RS*. Br. 1. 2009.

Zakon o nasljeđivanju BD BiH. *Službeni glasnik BD BiH*. Br. 36. 2017.

⁶⁶ Čl. 194. st. 4. PZ FBiH; čl. 175. st. 4. PZ BD.

⁶⁷ Čl. 194. st. 2. PZ FBiH; čl. 211. st. 2. PZ RS; čl. 175. st. 3 PZ BD.

Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata FBiH. *Službene novine FBiH*. Br. 40. 2010.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti BD BiH. *Službeni glasnik BD BiH*. Br. 38. 2011, 9. 2013, 27. 2014 i 3. 2015. Zakon o zdravstvenoj zaštiti RS. *Službeni glasnik RS*. Br. 106. 2009.

Izborni zakon BiH. *Službeni glasnik BiH*. Br. 23. 2001, 7. 2002, 9. 2002, 20. 2002, 25. 2002, 4. 2004, 20. 2004, 25. 2005, 52. 2005, 65. 2005, 77. 2005, 11. 2006, 24. 2006, 32. 2007, 33. 2008, 37. 2008, 32. 2010, 18. 2013, 7. 2014 i 31. 2016.

Hrabar, D. (2007). *O utvrđivanju majčinstva priznanjem*, u: Alinčić et al, *Obiteljsko parvo*. Zagreb: Narodne novine.

Miković, B. (2017). *Starateljstvo nad osobama kojima je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost*. Doktorska disertacija (neobjavljena). Mostar: Pravni fakultet Univerzitet "Džemal Bijedić".

Миковић, Б. (2020). Историјски развој института старатељства над особама којима је одузета или ограничена пословна способност с посебним освртом на Босну и Херцеговину. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 86/2020. 177-192.

Milas, I. (2005). *Obiteljskopравни статус особа лишених пословне способности*. Zagreb: Pravni fakultet Univerzitet u Zagrebu.

Породични закон BD BiH. *Službeni glasnik BD BiH*. Br. 23. 2007.

Породични закон RS. *Službeni glasnik RS*. Br. 54. 2002, 41. 2008 i 63. 2014.

Породични закон Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine. *Službeni list SR BiH*. Br. 21. 1979 i 44. 1989.

Породични закон FBiH. *Službene novine FBiH*. Br. 35. 2005, 41. 2005 i 31. 2014.

Симоновић, И. (2020). Лишење пословне способности у светлу концепта пословне способности као људског права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 86/2020.

Traljić, N., Bubić, S. (2007). *Bračno pravo*, Sarajevo: Magistrat.

Traljić, N., Bubić, S. (2007a). *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo: Magistrat.

UN Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*). *Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori*. Br. 11. 2009.

Guardianship of adults deprived of or with limited legal capacity with a particular focus on their status in family relations and violation of the fundamental human rights

Dr Borjana Miković,

*Assistant Professor, Faculty of Political Science,
University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina*

**GUARDIANSHIP OF ADULTS WITHOUT CONTRACTUAL CAPACITY OR
WITH LIMITED CAPACITY, WITH REFERENCE TO THEIR STATUS IN FAMILY
RELATIONS AND THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS”.**

Summary

In addition to the definition and the purpose of guardianship of adults deprived of or with limited legal capacity, the paper analyzes the provisions of all three Family Codes in Bosnia and Herzegovina, more specifically their provisions on the application of guardianship and the status of wards in family relations, as well as the violation of their human rights and human dignity. Moreover, and in line with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified by Bosnia and Herzegovina in 2010, the paper addresses the need to amend BiH legislation in this field, in order for the persons with disabilities to exercise the right to supported decision-making (instead of substituted decision-making), and consequently gain legal security.

Keywords: *deprivation/limitation of legal capacity, guardianship, legislation, human rights, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

Anton Petričević, LL.D.,¹
Assistant Professor,
Faculty of Law, University J.J. Strossmayer,
Osijek, Republic of Croatia

UDK: 616-083:34(497.5)
616-053.9:34(497.5)

PALLIATIVE CARE IN THE REPUBLIC OF CROATIA: CURRENT SITUATION, PROBLEMS AND PERSPECTIVES

Abstract: Palliative care is a way of improving the quality of life of patients and their families in cases involving fatal or life-threatening illnesses, by preventing and alleviating suffering by early identification of the disease, providing relevant treatment, suppressing pain, and seeking to preserve the patient and the family in a physical, psychosocial and spiritual sense. After joining the European Union, the Republic of Croatia established a palliative care system in accordance with the standards and norms for palliative care in EU countries. Education in the field of palliative care includes national guidelines, proposals for improving palliative care and training in the provision of palliative care to patients, as well as the behavior training of family members of a patient during their fight with advanced incurable diseases. Efforts are being made to ensure the best possible quality of patients' life, and to make life easier both for the patient and the family alike. In 2017, the Government of the Republic of Croatia adopted the National Palliative Care Development Program in the Republic of Croatia for the period 2017-2020. The document focuses on palliative care for children and people with dementia disorders, people with Alzheimer's disease, people on respiratory devices, geriatric patients in palliative care, and people with disabilities. In this paper, the author discusses the current situation, problems and perspectives in this field of palliative care in the Republic of Croatia by using the survey method, the comparison method, and the method of analysis and synthesis.

Keywords: palliative care, euthanasia, National Palliative Care Development Program, people with dementia disorders, palliative care of geriatric patients.

¹ apetrice@pravos.hr

1. Introduction

The Republic of Croatia has adopted the National Healthcare Development Strategy for the period 2017-2020, which *inter alia* emphasizes the need to establish a palliative care system. Accordingly, on 18th October 2017, the Government of the Republic of Croatia adopted the National Palliative Care Development Program, which is a continuation of the previously adopted Strategic Plan for the Development of Palliative Care 2014-2016. The aim of the National Palliative Care Development Program (2017) is to improve the quality of life of patients suffering from incurable diseases (in the terminal stages of respective diseases), in accordance with the standards and norms for palliative care in Europe set out in the White Paper. In terms of increased care of palliative patients, special attention was paid to vulnerable groups (disabled, people with mental disorders, palliative geriatric people). When approaching a seriously ill person, the will of the patient must be respected in the first place.

This paper will discuss the establishment of organizational forms of palliative care and the assurance of quality care for palliative patients in the Republic of Croatia. The paper is based on research conducted by using the survey method of direct contact with respondents (young population as well as people in advanced age) on how to improve the quality of life of patients in terminal phases of the disease, and how to fight for the legalization of euthanasia. In a period of 5 years (2015-2012), a total of 520 people responded to the survey, and the results of the research are presented in this paper. The research results should be a guideline for future action regarding the approach to the problem of palliative care and the general commitment to the project of ensuring the humane treatment of these patients by improving the organization and status of hospices.

2. The beginnings of palliative care in the Republic of Croatia

What exactly is palliative care? Pastrana, *et al.* (2008) observed the use of various terms referring to overlapping medical fields such as “hospice”, “hospice care”, “extended care”, “terminal care”, thanatology, “comfort care” and “supportive care”. Throughout history, the term “palliative care” has had different meanings and has been, among other things, related to cultural origins. For example, in German language, there is no direct equivalent for the term “palliative care”, so the term “*Palliativmedizin*” is used for both palliative care and palliative medicine. However, the synonymous use of “*Palliativmedizin*” (palliative medicine) with palliative care has raised concerns about the medicalization of palliative care in Germany. For some reason, some experts even use the English term “palliative care” to emphasize the difference from palliative medicine (Pastrana, Jünger, Ostgathe, Elsner, Radbruch, 2008:222–232). The Republic of Croatia uses the term palliative care (*palijativna skrb*).

Great Britain	Palliative care; palliative medicine
Republic of Ireland	Palliative care
Germany	Palliativmedizin; Palliativversorgung
France	Soins palliatifs
Austria	Palliativ(e) Care; Palliativmedizin; palliative Lindernde Fürsorge Betreuung/Palliativbetreuung; Palliativversorgung
Republic of Croatia	Palijativna skrb

Table 1. Diverse terminology on “palliative care” in some European countries

Source: Table made by the author

Recognizing that it will not be possible to reach full consensus in the spectrum of languages and cultures in Europe, the European Association of Palliative Care (EAPC) uses the following working definition of palliative and hospice care: “Palliative care is the active, total care of the patient whose disease is not responsive to curative treatment. Control of pain, of other symptoms, and of social, psychological and spiritual problems is paramount. Palliative care is interdisciplinary in its approach and encompasses the patient, the family and the community in its scope. In a sense, palliative care is to offer the most basic concept of care – that of providing for the needs of the patient wherever he or she is cared for, either at home or in the hospital. Palliative care affirms life and regards dying as a normal process; it neither hastens nor postpones death. It sets out to preserve the best possible quality of life until death” (EAPC White Paper 2009:280).²

In the Republic of Croatia, the term palliative care (*palijativna skrb*) is defined as an approach that improves the quality of life of patients and their families facing problems associated with terminal diseases, by ensuring prevention and alleviation of suffering through early recognition, flawless assessment, suppression of pain and other physical, psycho-social and spiritual problems.³

Given the specific condition encountered by palliative patients, a special interdisciplinary approach to this problem is needed. In the interdisciplinary approach, the cooperation of participants who provide palliative care to a seriously ill person is essential. So, we can say that palliative care is based on the cooperation

²EAPC White Paper on standards and norms for hospice and palliative care in Europe: part 1, Recommendations from the European Association for Palliative Care, *European Journal of Palliative Care*, 2009; 16(6)

³Dom zdravlja bjelogorsko-bilogorske županije (2020): Definition of palliative care: <http://www.dzbbz.hr/index.php/palijativna-skrb/58-definicija-palijativne-skrbi.html>, accessed 25.09.2020.

of a team members, including a doctor, nurse, physiotherapist, social worker, psychologist, clergyman (if the patient or family wants him to be included) and caregivers. Regardless of whether palliative care is provided in the patient's home or hospital, or in special institutions (hospices), it is aimed at easing the patient's pain and respecting his will, providing support to the family and persons close to the patient facing his death through assistance in preparing for parting with him and grievous loss, and providing support in mourning.

In the past, travellers used to stay in shelters for travelers, which provided lodging and care for sick travelers and patients. These shelters were forerunners of modern day hospices, but today the approach is different and ultimately more humane.

In the Republic of Croatia, the first information about the hospice came from England in the 1970s and 1980s, at a time when some Croatian institutions (Cancer Institute from Zagreb, Medical Faculty from Zagreb, Hospital from Požega) were in the initial phase of establishing hospices. More serious work on this issue began in 1994, when the hospice movement was established under the motto "Death is a part of life". The idea was not put into practice then although symposia were held every year. The First Croatian Symposium on "Hospice and Palliative Care" was held in Zagreb, in 1994. when Anica Jušić initiated the establishment of the Croatian Society for Hospices/Palliative Care at the Croatian Medical Association, which soon started publishing the Palliative Care Bulletin to provide for dissemination of research results. In 1997, Virginija Gumlev held a course in Zagreb, which triggered reports on this issue. The first regional hospice center was established in 2002. Since then, the Croatian Government has been actively working on the protection and promotion of the rights of palliative patients. In 2003, the first symposium on palliative care for children was held under the auspices of the Ministry of Health and the Ministry of Social Welfare, as the two ministries which first organized a palliative care course for nursing homes. In 2003, palliative care was first mentioned in the Health Care Act, but this term was very sparsely and superficially discussed. The period from 2006 to 2008 was marked by the stagnation of understanding and concretization of the organization of palliative care in Croatia. In 2009, the activity was revived through the activities of the hospice movement, and the prominent role of Prof. Anica Jušić whose work resulted in the publication of three books and 30 articles on hospice and palliative care.

The first hospice in Croatia was established in the City of Rijeka (by the Faculty of Medicine) in 2013. The City of Rijeka, Caritas of the Archdiocese of Rijeka, and Health Center of Primorje-Gorski Kotar County jointly finance the Center for Palliative Care; they are the most active entities in promoting and organizing

palliative care. The establishment of palliative care is spreading to the larger Croatian cities of Osijek, Varaždin, Pula, Zadar, Knin, Čakovec, Gospić, Koprivnica and others.

3. Establishment of organizational forms of palliative care

Palliative care is an approach which improves the quality of life of patients in the terminal phase of the disease and their families by combating pain and addressing their physical, psychosocial and spiritual needs and problems.

The main forms of palliative care in the Republic of Croatia are:

Home hospice care, provided by doctors with a subspecialization in oncology, internal medicine and algology, a nurse, a social worker, a pharmacist, a psychologist, a physiatrist, and a clergyman (if requested) who come to the patient at the invitation of a general practitioner;

Daily hospice stays, conducted by hospice teams coming from the home hospice care center or from the hospital;

Outpatient clinics/social care counseling centers, which are primarily responsible for pain relief and cooperate with day hospices and specialist hospitals;

Mourning service, which provides psychosocial support to the family for the life of the ward, but especially after death.

Palliative care is the humane action of all team members and a way to improve the quality of life of patients in order to prevent and alleviate his/her pain and suffering, which can be achieved by:

- recognizing the disease early,
- suppressing the pain with medication,
- preserving the patient and the family in the physical, psycho-social and spiritual sense.

Palliative care should be performed in an acceptable, kind, open manner, respecting the patient's personal habits, cultural and religious values. It is very important to establish good communication with the patient and his family. In order to be able to care for a seriously ill person, we must respect his will and the will of his family. If they do not want certain medical treatments to be performed on the patient, they have the right to refuse. Likewise, the patient himself can, when a severe and incurable disease occurs, decide whether to consent to the medical procedures inevitable in such a situation. While still conscious, one may decide that he/she does not want to be resuscitated or kept alive with the

help of medical devices when he/she reaches the last stage of life. The patient will fill in the form with the help of a doctor, who will certify it with his seal and signature. If the form is filled in outside the health institution, it must be certified by a public notary.

4. The white paper – the alphabet of norms and standards on hospice and palliative care

The focus on patients' quality of life has increased greatly over the last twenty years. In 2009, the European Palliative Care Association (EAPC) conducted a study on the development of palliative care in European countries. Although the study identified a number of similarities, the results observed a great diversity in Europe (EAPC White Paper, 2009: 279). For this reason, it was essential to harmonize the terminology and procedures in this particularly sensitive activity, which requires extremely humane and dedicated work with patients in the terminal phase of the disease, and ensure the application of the same methodology and the use of identical medical kits and medication. The EAPC study observed a discrepancy among national strategies for the development of palliative care. Politics and administration demand as little investment as possible in this project, and palliative care providers insist on quality.⁴

The EAPC White Paper represents structural quality standards for the provision of palliative care in outpatient and inpatient services. The White Paper takes into account different concepts in European countries and regions. While standards indicate an absolute limit below which quality palliative care is not possible (minimum standards), norms represent a consensus on the quality goals to be pursued (aspiration norms). If (or when) norms are achieved, high quality can certainly be expected (EAPC White Paper, 2009: 278).

The EAPC predominantly consists of norms and working definitions rather than standards. Standards set rigid limits with firmly set values, which means that units that do not achieve them will lose their specialist status. EAPC norms affirm how things ought to be in order to ensure high-quality palliative care, but services that do not meet one or more of these norms due to local or regional differences will not be discriminated against (EAPC White Paper, 2009: 279).

⁴Given the differences in health systems and cultural backgrounds, it is highly unrealistic to expect a general agreement on standards with national associations in more than 20 countries. Yet, the consensus on norms seems realistic. Representatives of 35 different national hospice and palliative care associations from 22 European countries participated in the consensus-building process. The study used the Delphi method (recording similarities and differences) (EAPC White Paper, 2009: 279).

The positions were finally agreed and adopted in the final document on standards for palliative care prepared by the EAPC Steering Committee. At the regional or local level, national standards are adapted to the specific characteristics of individual regions or institutions. Obviously, the best approach comes from a combination of both. The introduction of standards implies far-reaching consultations and agreement of all involved participants, in order to ensure validity and relevance (EAPC White Paper, 2009:279). The purpose and objectives of palliative care standards are set out in Box 1 (EAPC White Paper, 2009:279).

Box 1. Aims and goals of palliative care norms

- Promote quality and reducing variation in new and existing programs
- Develop and encouraging continuity of care in a variety of settings
- Facilitate collaborative partnership among palliative care programs, community hospices, and a wide range of other healthcare delivery settings
- Facilitate the development and continuous improvement of clinical palliative care programs
- Establish uniformly accepted definitions of the essential elements in palliative care that promote quality, consistency and reliability of care services
- Establish national goals for access to quality palliative care
- Foster performance measurement and quality improvement initiatives

5. Palliative care of vulnerable groups: Children, disabled persons, people with mental disorders, palliative geriatric people

According to the Declaration of the Rights of the Child (1959), a child is a human being under the age of eighteen. Adulthood may be acquired earlier (e.g. if he or she enters into marriage or according to other criteria regulated by national law) (EAPC White Paper 2009:279).

Palliative care for children is special care focused on catering for sick and dying children and adolescents. General interest in this type of care increased after the publication of a World Health Organization (WHO) handbook titled "Cancer Pain Relief and Child Care" (1996). Statistical data show that the annual average number of children in need of palliative care is 10 children out of 10,000 children. Moreover, out of 50,000 children, 5 children die each year (Grbac, Štajduhar, 2013: 271). Most children do not die in their homes but in hospitals (about 72%), which is sad and worrying. Considering that the child is happiest

when he/she is in his/her home and with his/her parents, this issue should be addressed promptly.

Palliative care can be performed in palliative wards of hospitals, in hospices, and at home (available only in the most developed countries) (Grbac, Štajduhar, 2013: 279). There are several models (forms) of palliative care:

- a) the model of determining the needs of the child based on classical curative medicine;
- b) the model in which the family focuses on the sick child and his/her needs;
- c) the model in the center of which is primarily a sick child, and only then the family;
- d) the holistic model of pediatric palliative care based on several principles such as: each child and his family are unique and need special treatment, active listening is essential for understanding the needs of the child and family, good communication enables the child and family to make key decisions in its treatment (Grbac, Štajduhar, 2013: 278).

When it comes to disabled persons whose extremities are mostly damaged, in addition to pain, they cannot motorically satisfy their basic physical needs. For this purpose, special mobile palliative teams are established that supply patients with relevant equipment (wheelchairs, sick beds, walkers, pushchairs, etc.), available on short-term loan.

When it comes to patients with severe incurable diseases, they often experience mental distress. Special teams are assigned to take care of such patients. Special care must be taken in terms of their safe accommodation because such a person may be disoriented or unaware of his/her whereabouts and what he/she is allowed or not allowed to do.

Palliative care is most frequently needed by elderly people in geriatric care. Thus, most palliative care personnel are trained to work with seriously ill people of the third age.

6. The right to a dignified death

As for moral and humane principles, there are debates whether it is humane to euthanize a patient who dies in pain and torment, or to be guided by the principle that no one has the right to take anyone's life. In some countries (e.g. Switzerland, Belgium, the Netherlands, Luxembourg), euthanasia is legal. Belgium was the first to allow euthanasia (the Belgian Euthanasia Act, 2002). Croatia has banned euthanasia. Some countries have opted for euthanasia with some restrictions

(not for people under the age of 18), while other countries have introduced direct euthanasia, where the doctor prescribes a lethal dose of the drug but the patient must take it himself/herself. There are several types of euthanasia: active, passive, voluntary, testamentary and forced euthanasia. Is euthanasia a dignified death? The survey will provide indicators of what the interviewed respondents think about this issue.

Proulx and Jacelon (2004) talked about dignified death, Fučkar (1995) discussed the concepts of good and dignified death and a peaceful death, Milinković (1995) elaborated on acceptable, desirable and appropriate death, Arias (1974) talked about a short death, while Štambuk (2004) defines a good death as a mature dialogue between those caring for the patient and the patient himself with the aim of controlling pain and stress so that the dying person may gradually accept dying (Čičak, 2008: 95). Good death is associated with palliative care. Čičak (2008) states the following aspects of a good death: naturalness, quality of life in a specific and difficult situation, management of pain symptoms and feelings, social support, humanist, dignity, spirituality, and family care (Čičak, 2008: 98). There are cases when a seriously ill person wants to end his/her life voluntarily by requiring in writing unequivocally that a professional do so. Is there criminal liability of the person who performed the euthanasia? In Europe today, there are few positive criminal laws that explicitly provide for criminal liability in various cases of deprivation of life of another person. Many legislations envisage a milder punishment for such an offence due to the existence of privileged circumstances on the part of the injured party (victim of the murder). Depending on the type of privileged circumstance that the legislator takes into account, this criminal offense also has different names, such as: a) mercy killing (Poland), b) deprivation of life at the request of the injured party (Germany, Switzerland, Croatia, Moldova, Romania), c) murder with the consent of the injured party (Italy), d) deprivation of life out of compassion, and d) murder for noble motives (Republic of North Macedonia) (Jovašević, 2020:110-111)

7. Research results

A total of 520 respondents participated (voluntarily) in the oral direct survey, which was conducted at faculties and general medicine clinics in the period from 2015 to 2020. The results obtained are the respondents' attitudes on the questions posed.

The respondents were asked the following questions:

1. Are you for or against euthanasia?
2. Do you know if there are countries in the world and doctors who perform euthanasia?

3. Is euthanasia legalized in the Republic of Croatia?

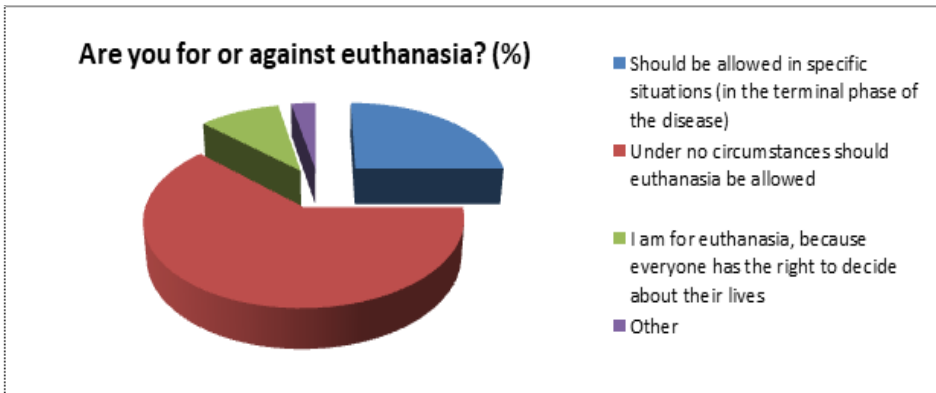
4. Do you know what a hospice is?

The respondents were people from different age groups, ranging from 19 to 90 years of age, including: 48% of young people aged 19-28; 29% of minors; 15% of respondents aged 29-39, and 8% of respondents above the age of 40. Of the total, 55% of respondents were female and 45% were male respondents. The respondents were of varying levels of education: 4.8% had primary education; 47.3 % had secondary education;17% had a university degree.

Graph 1. *Question 1: Are you FOR or AGAINST euthanasia?*

- Four answers were offered, as follows:
- Should be allowed in specific situations (in the terminal phase of the disease)
- Under no circumstances should euthanasia be allowed
- I am for euthanasia, because everyone has the right to decide about their lives
- Other

In response to this question, 62% of respondents answered that euthanasia should not be allowed in any case, 25% considered that euthanasia should be allowed in specific situations (in the terminal phase of the disease), 10% of respondents were in favor of euthanasia because everyone has the right to decide about one’s life, and only 3% did not have a specific opinion on this issue.

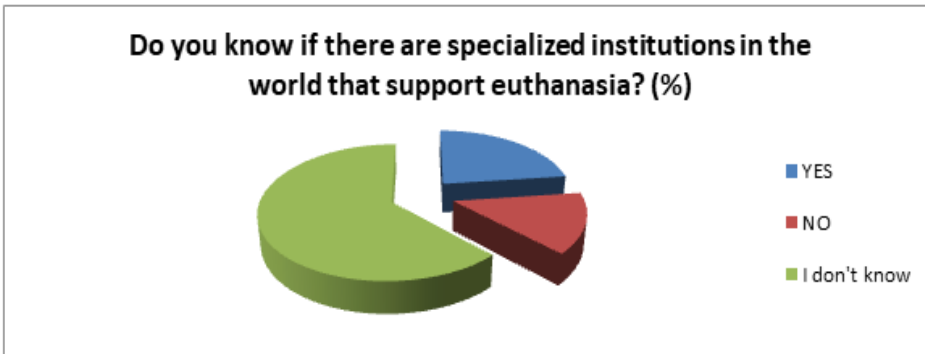


Graph 2. *Question 2: Do you know if there are specialized institutions in the world that support euthanasia?*

The respondents were offered three answers, as follows:

- YES
- NO
- I don't know

The results showed that 62.5% of respondents did not know that there are specialized institutions in the world that support euthanasia, 23% of them were aware of this fact, and 14.5% thought that there were no such institutions.

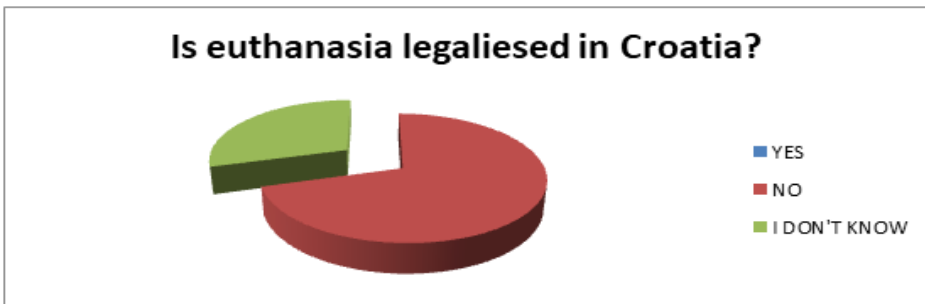


Graph 3. *Question 3: Is euthanasia legalized in the Republic of Croatia?*

The respondents were offered three answers:

- YES, but only in some cases
- YES, in the vast majority of cases
- NO
- I don't know

The survey results showed that 70.5% of respondents knew that euthanasia is not legalized in Croatia, while 29.5% said that they didn't know.

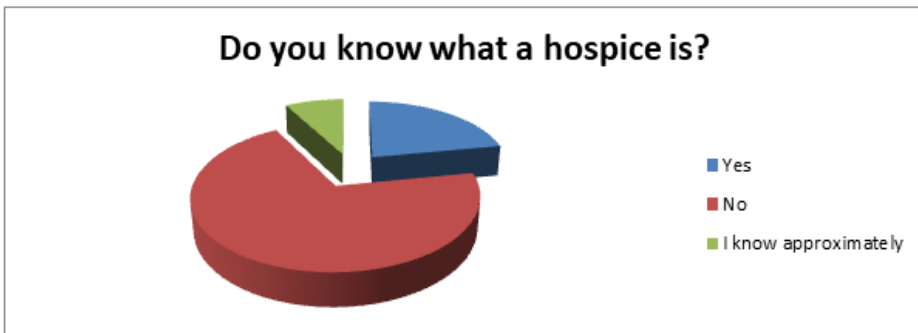


Graph 4. *Question 4: Do you know what a hospice is?*

The respondents were offered three answers:

- I KNOW
- I DON'T KNOW
- I KNOW APPROXIMATELY

Here, 69.8% of respondents did not know, 22.1% said they knew, and 8.1% had vague knowledge about it. The results are devastating. Unfortunately, people are not very familiar with the term “hospice”. Establishing a hospice today should be an imperative. It is important to note that a hospice is not just a building or place where care is provided, but also a philosophy of care for the patient in the terminal phase of the disease (Herman, Petričević, 2011: 99).



8. Conclusion

The issue of palliative care rarely leaves anyone indifferent. However, the collective state of knowledge on palliative care in Croatia is not good. Much has been done on palliative care and hospice, but it is still insufficient. A very small percentage of people know about palliative care. As people are generally unaware of the fact that there are institutions that make the last day of one’s life dignified by providing relevant care rather than leaving the person behind, they commonly resort to the method of not talking about death.

Palliative care is an approach that improves the quality of life of a patient and his family facing the problem of a terminal disease. It is necessary to recognize such a disease early and enter the process of palliative care. Palliative care should be performed in a polite, open and sensitive manner. It aims to support and preserve the quality of life of the patient and his family.

The term “end of life” care, which is used in North America, can also be used as a synonym for palliative care. The “the end of life” is understood as a period of one to two years of life in which the patient, family and healthcare professionals become aware that the disease limits life expectancy. The term is also used by regional bodies in European countries, with a slight distinction in meaning: palliative care is mainly associated with cancer, and “end of life” care is associated with all other chronic diseases.

Literature

Čičak, M., (2008). Aspekti dobre smrti, *Ljetopis socijalnog rada* 15(1), 2008 (str.93-111).

Grbac, J., Štajduhar, I., (2012). Palijativna skrb za djecu, *Riječki teološki časopis* 40(2) str.271

Herman, V., Petričević, A., (2011) Hospicij-potreba humanog društva, *Praktični menadžment: Stručni časopis za teoriju i praksu menadžmenta*, Vol.2 No.2, Osijek, 2011, str.99.

Jovašević, D., Ubistvo iz milosrđa u savremenom krivičnom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 87, godina LIX, 2020, str.110-111.

Popović, D., Jušić, A. (2005). Tiha revolucija u medicini, *Medix*, specijalizirani medicinski dvomjesečnik, Vol.11 No. 60/61, 2005.

Pastrana T, Jünger S, Ostgathe C, Elsner F, Radbruch L. (2008). A matter of definition – key elements identified in a discourse analysis of definitions of palliative care. *Palliative Med* 2008; Apr.22 (222–232).

Legal acts

EAPC White Paper on standards and norms for hospice and palliative care in Europe: part 1, Recommendations from the European Association for Palliative Care, *European Journal of Palliative Care*, 2009; 16(6), <http://www.thewhpc.org/images/resources/npsg/Radbruch%202009%20EAPC%20White%20~standards%20part1%20EJPC.pdf>

Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Health Care Act), *Narodne novine Republike Hrvatske* 100/18

Web sources

Bijela knjiga o standardima i normativima za hospicijsku i palijativnu skrb u Europi. Preporuke Europskog udruženja za palijativnu skrb, *European Journal of Palliative Care*, 2009;16(6)279: http://palijativna-skrb.hr/files/Toolkit/Bijela_

knjiga_o_standardima_i_normativima_za_hospicijsku_i_palijativnu_skrb_u_Eu-ropi.pdf (accessed 25.09.2020).

Dom zdravlja bjelogorsko-bilogorske županije (2020)/ Bjelogora and Bilogora County Health Center, Definition of palliative care; <http://www.dzbbz.hr/index.php/palijativna-skrb/58-definicija-palijativne-skrbi.html>, accessed 25.09.2020.

Doc.dr.sc Anton Petričević,
Docent Pravnog fakulteta,
Sveučilište J. J. Strossmayera u
Osijeku, Republika Hrvatska

PALIJATIVNA SKRB U REPUBLICI HRVATSKOJ: SADAŠNJE STANJE, PROBLEMI I PERSPEKTIVE

Sažetak

Palijativna skrb je način poboljšanja kvalitete života pacijenta i njegove obitelji kada se dogodi smrtonosna bolest na način da se prevenira i olakša patnja ranim prepoznavanjem bolesti, suzbijanjem boli u tim okolnostima, nastojanjem da se bolesnik i obitelj očuva u fizičkom, psihosocijalnom i duhovnom smislu. U cilju sagledavanja trenutne situacije, problema i perspektiva u oblasti palijativne skrbi u Republici Hrvatskoj, u istraživanju je korišćena metoda anketiranja, metoda komparacije, i metoda analize i sinteze.

Republika Hrvatska nakon ulaska u Europsku uniju uspostavila je sustav palijativne skrbi po standardima i normativima za palijativnu skrb koji postoje u zemljama EU. Edukacijom iz područja palijativne skrbi koja obuhvaća nacionalne smjernice, prijedloge unapređenja palijativne skrbi kroz zbrinjavanje palijativnih bolesnika i obuku o pružanju palijativne skrbi kako bolesnicima tako i obuku ponašanja članova obitelji bolesnika za vrijeme njegove uznapredovale neizlječive bolesti, nastoji se olakšati život i bolesniku i obitelji. Nastoji se postići organiziranje najbolje kvalitete života bolesnika, nastoji se olakšati život i bolesniku i obitelji.

Vlada Republike Hrvatske usvojila je 2017.godine Nacionalni program razvoja palijativne skrbi u Republici Hrvatskoj 2017.-2020. U dokumentu je posebna pozornost posvećena palijativnoj skrbi prema djeci i osobama s dementnim poremećajima, osobama s Alzheimerovom bolesti, osobama na respiratoru, palijativno-gerijatrijskim osobama i osobama s invaliditetom.

Ključne riječi: *palijativna skrb, Nacionalni program razvoja palijativne skrbi, osobe s dementnim poremećajima, palijativno-gerijatrijske osobe.*

ОДЕЉАК IV / SECTION IV



КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ²

Апстракт: Поред физичких лица, од најстаријих времена до данас, и правна лица се јављају као учиниоци кривичних дела (али и других врста деликата). На бази универзалних и регионалних међународних стандарда савремено кривично право познаје и кривичну одговорност правних лица. Та је одговорност уређена на два начина: а) у основном кривичном законодавству и б) у посебном закону о одговорности и кажњавању правних лица. Слична је ситуација и у Републици Србији где је донет посебан закон који уређује појам, врсте и основе одговорности правних лица за кривична дела, те систем кривичних санкција, као и начин њиховог изрицања и извршења. За примену кривичних санкција потребно је да надлежни суд утврди да је правно лице одговорно за законом прописано кривично дело, било да се ради о основној или о посебној кривичној одговорности.

Поред тога, закон одређује поједина правна лица која не могу да одговарају за кривична дела. За учињено кривично дело правном лицу се могу изрећи три врсте кривичних санкција. То су: а) казне, б) условна осуда и в) мере безбедности. Ове санкције под законом одређеним условима могу да застаре, односно оне повлаче и правне последице осуде. На осуђено правно лице се такође може применити и рехабилитација. Управо о појму, основнима, врстама и карактеристикама одговорности правних лица за кривична дела у праву Србије и држава региона, као и систему кривичних санкција говори овај рад.

¹ jovas@prafak.ni.ac.rs

²Рад је изложен на међународној научној конференцији: "Одговорност у правном и друштвеном контексту" која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу. Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије према уговору број 451-03-68/2020-14/200120.

Кључне речи: правно лице, закон, кривично дело, одговорност, суд, кривична санкција.

1. Уводна разматрања

Од најстаријих времена се као учиниоци кривичних дела (али и других врста јавноправних деликата као што су привредни преступи и прекршаји) јављају различита лица. То су на првом месту физичка лица. Зависно од узраста, овде се разликују:

- а) деца – лица узраста до 14 година која не могу бити субјект кривичних дела,
- б) малолетна лица – лица узраста од 14 до 18 година која одговарају за кривична дела на специфичан начин и под посебним условима и
- в) пунолетна лица – која имају потпуну кривичну одговорност, под условом да су са кривицом учинили кривично дело.

Поред физичких лица се као учиниоци кривичних дела могу јавити и правна лица. Наравно, они не могу да изврше било које кривично дело, нити могу да одговарају на исти начин као и физичко лице, због недостатка психичког односа правног лица у односу на кривично дело. Поред тога, према правним лицима се не могу примењивати све врсте кривичних санкција које иначе познаје савремено кривично право.

Најчешће се правила о утврђивању кривичне одговорности правних лица и начину изрицања и извршења кривичних санкција према њима у савременом кривичном праву постављају на два начина:

- а) у кривичном законодавству (заједно са правилима која важе за физичка – пунолетна и малолетна лица) и
- б) у посебном, специјалном законодавству – које се бави искључиво правним лицима као субјектима кривичних дела и системом кривичних санкција према њима.

Без обзира на законску систематику, ова се правила називају корпоративно кривично право или привредно-казнено право (Деисингер, Врховшек, 2009:26-32). Наиме, корпоративно кривично право представља део класичног кривичног права. То је систем законских прописа којима се одређују појам, елементи одговорности, систем кривичних санкција и поступак за њихово изрицање и извршење правним лицима као учиниоцима кривичних дела и систем кривичних дела која могу извршити ова лица с циљем сузбијања дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности

или је то скуп правних норми које одређују садржаје и обим овлашћења државе на кажњавање правних лица при чему темељна претпоставка за примену тих норми представља одређено понашање које је прописано као кривично дело (Novoselec, 2004:2).

2. Систем корпоративног кривичног права

Иако корпоративно кривично право представља део, сегмент општег кривичног права са својом специфичном садржином и ограниченим предметом, ипак не треба негирати његову правну самосталност. Истина, оно се развијало и стасавало у оквиру и под окриљем кривичног права, али је с временом добило и своју самосталност, како у међународним, тако и у националним оквирима. Та је самосталност посебно истакнута у оним правним системима где је корпоративно кривично право и формално издвојено из система кривичног права као што је случај у: Србији³, Хрватској⁴, Словенији⁵, Црној Гори⁶ које су донеле посебне самосталне законе о одговорности правних лица.

Данас је у казненом праву многих европских држава опште прихваћено да правна лица могу да буду учиниоци посебне врсте кажњивих дела (преступа и прекршаја), посебно у области привредног и финансијског пословања, односно фискалних давања (нпр. у Немачкој у Кривичном закону⁷, члану 30. предвиђено је да се правном лицу може изрећи прекршајна казна – новчана казна ако његови органи или с њима изједначена лица учине кривично дело или прекршај који представља кршење дужности правних лица или је тим кривичним делом правно лице стекло или могло стећи противправну имовинску корист).

Кривично право бивше СФР Југославије је непосредно после Другог светског рата предвиђало кажњавање правних лица за кривична дела (члан 10. Закона о кривичним делима против народа и државе, члан 11. Закона о недопуштеној трговини, недопуштеној шпекулацији и привредној саботажи и члан 14. Закона о врстама казни). Општи део Кривичног законика ФНРЈ из 1947. године предвиђао је могућност да правно лице може изузетно да буде субјект кривичног дела у случајевима када је у закону изричито одређена његова одговорност. Кривични законик ФНР из 1951. године и Кри-

³ „Службени гласник РС“. Бр. бр. 97/2008.

⁴ „Narodne novine Republike Hrvatske“. Br. 151/2003, 110/2007, 45/2011 i 143/2012.

⁵ „Uradni list Republike Slovenije“. Br. 98/2004, 65/2008 i 57/2017.

⁶ „Službeni list Crne Gore“. Br. 2/2007.

⁷ (2012). Strafgesetzbuch – StGB. Munchen: Deutcher Taschenbuch Verlag.

вични закон СФРЈ из 1976. године нису предвиђали кривичну одговорност правних лица.

3. Кривична одговорност правних лица у савременом кривичном праву

Последњих деценија XX века у више кривичних законодавстава у Европи уведена је кривична одговорност и кажњивост правних лица, било у кривичном закону (као општем извору права) или у посебном, специјалном закону.

3.1. Одговорност правних лица у основном кривичном законодавству

Одговорност правних лица у Кривичном закону (или законуику) прописују нпр. следећа законодавства: Финске, Француске, Швајцарске, Северне Македоније, Босне и Херцеговине и др.

Фински Кривични законик⁸ у првом поглављу под називом: „Простор примене кривичног права Финске“, у другом одељку изричито одређује корпоративну кривичну одговорност – кривичну одговорност правних лица за кривична дела само у случајевима и на начин који је предвиђен законом.

Француски Кривични законик у одељку другом под називом: “Кривична одговорност” у више својих одредаба (чл. 121–2, 131–12–49.) предвиђа на специфичан начин утврђивање кривичне одговорности и систем казни за правна лица као учиниоце кривичних дела (Vauzelle, 1993:54). Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова: а) да је кривично дело учињено за њихов рачун и б) да је кривично дело учинио њихов орган или представник.

На исти начин је утврђена и кривична одговорност територијалних јединица и њихових органа за кривична дела која су учињена од стране њихових службеника у вршењу службених активности. Кривична одговорност правних лица не искључује при том истовремену и паралелну одговорност физичких лица за учињено кривично дело када се јаве у улози извршиоца или саучесника у истом кривичном делу.

Чланом 54. Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004–204 из 2004. године правно лице може да одговара за сва кривична дела, што

⁸(1996). Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki.

значи да је укинут принцип специјалне кривичне одговорности „le principe de specialite“ правног лица (Poncela, 2005:156-162).

Швајцарски Кривични законик је после новеле из 2003. године у глави седмој под називом: “Корпоративна кривична одговорност” такође прихватио концепцију одговорности правних лица за кривична дела⁹. Према члану 102. КЗ правно лице (предузеће) одговара за кривично дело (или прекршај) који је учињен у вршењу привредних (трговинских) активности предузећа због његове неадекватне организације, а које се не може приписати одређеном физичком лицу. У таквим случајевима, предузеће подлеже примени новчане казне у износу до пет милиона франака.

Но, за одређена таксативно наведена кривична дела (чл. 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies, 322septies paragraph 1. и 322octies), предузеће се кажњава без обзира на кривичну одговорност његовог одговорног физичког лица, под условом да предузеће није предузело све потребне и разумне организационе мере које су потребне да се спречи вршење кривичног дела. При изрицању новчане казне суд нарочито узима у обзир: озбиљност (тежину) кривичног дела, озбиљност организационе неадекватности и проузроковани губитак или штету, као и економску способност предузећа да плати казну.

Сам је Кривични законик у ставу 4. исте законске одредбе навео да се под предузећем подразумева: а) свако правно лице према приватном праву, б) било који правни субјект јавног права, осим органа локалних власти, в) предузећа и г) самостални предузетник.

Од држава у региону, одговорност правних лица за кривична дела је изричито прописана у Кривичном законнику Северне Македоније и Кривичном закону Босне и Херцеговине (као и ентитетским законима).

Кривични законик Северне Македоније¹⁰ после новеле из 2004. године прописује одговорност правних лица за кривична дела, при чему се овде ради о посебној, „специјалној“ одговорности правних лица само за законом таксативно набројана кривична дела. Тако је према решењу из члана 28-а. КЗ правно лице одговорно за кривично дело које је извршило: а) његово одговорно лице у име, за рачун или у корист правног лица и б) његов запослени или представник правног лица са којим је остварена значајна имовинска корист или је нанесена значајна штета другом лицу.

⁹ (2004). Schweizerisches Strafrecht. Bern: Libertas.

¹⁰ „Службен весник на Република Македонија“. Бр. 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 115/2014 и 132/2014.

За постојање овог облика кривичне одговорности потребно је испуњење следећих услова (Камбовски, 2006:154-156): а) ако извршење закључка, налога, друге одлуке или одобрења органа управљања, органа управљања или надзорног органа доводи до извршења кривичног дела, б) ако је кривично дело извршено због непоштовања прописног надзора органа управљања или надзорног органа и в) ако орган управљања или надзорни орган није спречио кривично дело или га је прикрио, односно није га пријавио пре покретања кривичног поступка против учиниоца.

Под наведеним условима кривично су одговорна: а) сва правна лица осим државе, б) јединице локалне самоуправе, али само за кривична дела учињена изван њихових јавних овлашћења и в) страно правно лице ако је кривично дело учињено на територији Републике Северне Македоније, без обзира да ли оно на својој територији има своје представништво или подружницу.

Кривични закон Босне и Херцеговине¹¹ посвећује главу четрнаест разматрању питања кривичне одговорности правних лица. Тако члан 123. КЗ БИХ одређује да је за кривично дело одговорно: а) домаће и страно правно лице за кривично дело које је извршено на територији Босне и Херцеговине, б) домаће и страно правно лице које има седиште на територији Босне и Херцеговине или у њој обавља своју делатност за кривично дело које је учињено изван Босне и Херцеговине, ако је учињено против Босне и Херцеговине, њених држављана или домаћих правних лица и в) домаће правно лице ако је кривично дело учињено изван Босне и Херцеговине против стране државе, страних држављана или страних правних лица (Икановић, 2012:117-129).

Но, да би ова правна лица уопште могла да одговарају за кривично дело (члан 124.КЗ БИХ) које је учињено у име, за рачун или у корист правног лица потребно је испуњење следећих услова: а) када смисао учињеног кривичног дела произилази из закључка, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица, б) када су руководећи или надзорни органи правног лица утицали на учиниоца или му омогућили да учини кривично дело, в) када правно лице располаже с противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним делом и г) када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника.

Но, од кривичне одговорности су ипак изузета одређена правна лица, чак и када су испуњени напред наведени услови. Тако према члану 122. КЗ

¹¹ „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“. Br. бр. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.

БИХ за кривична дела у Босни и Херцеговини не могу да одговарају следећа правна лица: Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине, Република Српска, Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, кантон, град, општина и месна заједница (Букарица, 2015:78-91).

Кривични закон, поред редовне (основне), познаје и посебне (специјалне) облике кривичне одговорности правног лица. То су: а) одговорност за стечај или при промени статуса правног лица (члан 126.КЗ БИХ), б) одговорност за покушај кривичног дела (члан 127. КЗ БИХ) и в) одговорност за продужено кривично дело (члан 128. КЗ БИХ).

3.2. Одговорност правних лица у посебном кривичном законодавству

Одговорност правних лица у посебном, специјалном закону прописују нпр. следећа законодавства: Србије, Словеније, Хрватске и Црне Горе.

Словенија је кривичну одговорност правних лица уредила посебним законом – Законом о одговорности правних лица за кажњива дела из 2004. године¹². Овај Закон у одредби члана 1.истиче да је свако правно лице одговорно за кривично дело осим Републике Словеније и органа локалне власти (члан 2.). Према овом законском решењу за кривично дело одговарају у смислу члана 3. Закона: а) домаће и страно правно лице ако учине кривично дело на територији Републике Словеније, б) страно правно лице ако има на територији Републике Словеније своје представништво или обавља своју делатност на овом подручју и в) домаће правно лице ако у иностранству учини кривично дело против домаће државе, држављанина или домаћег правног лица (Deisinger, 2007: 67-91).

За кривично дело одговара правно лице: а) ако је дело у име правног лица извршило његово одговорно лице, б) ако је надзорни органи утицао или омогућио непосредном извршиоцу да учини кривично дело, в) ако је правно лице извршењем кривичног дела противправно прибавило корист или друге предмете и г) ако су руководећи или надзорни органи пропустили да врше надзор на законитошћу свога пословања. При томе Закона (члан 5.став 2.) не искључује кривичну одговорност физичких лица за извршење оваквог кривичног дела.

Закон о одговорности правних лица за кривична дела Црне Горе¹³ (члан 5.) одређује да је правно лице одговорно: а) ако кривично дело изврши његово одговорно лице које делује у име правног лица у оквиру својих овлашћења и б) ако је кривично дело учињено са намером да се за то правно лице

¹² „Uradni list Republike Slovenije“. Br. 98/2004, 65/2008 i 57/2017.

¹³ „Službeni list Crne Gore. Br. 2/2007.

оствари каква корист (имовинска или неимовинска). Одговорност правног лица постоји чак и када је деловање одговорног лица било у супротности са пословном политиком или налозима одговорног лица, без обзира да ли је оно у конкретном случају и осуђено за учињено дело.

Закон познаје и посебне облике одговорности правног лица. То су: а) одговорност у случају стечаја (члан 7.), б) одговорност правног следбеника (члан 8.), в) одговорност за покушај кривичног дела (члан 9.) и г) одговорност за продужено кривично дело (члан 10.).

Република Хрватска 2003. године доноси посебан Закон о одговорности правних лица за казнена дела¹⁴ којим одређује претпоставке кажњивости, систем кривичноправних санкција и кривични поступак за правна лица као учиниоце кривичних дела. Према овом законском решењу (члан 3.) правно лице се кажњава за кривично дело које је извршило његово одговорно лице под следећим условима (Pavlović, 2005:77-82): а) ако се кривичним делом повређују неке дужности правног лица и б) ако је правно лице извршеним делом прибавило или требало да прибави противправну имовинску корист за себе или другога.

Дакле, за кривичну одговорност правног лица је претпоставка предузимање радње извршења кривичног дела од стране његовог одговорног лица. А то је (члан 4.) физичко лице које води послове правног лица или коме је поверено обављање послова из подручја деловања правног лица. У сваком случају, одговорност правног лица се сходно члану 5. темељи на кривици његовог одговорног лица (Degenčinović, 2003:67-69). За учињено кривично дело одговарају сва правна лица (домаћа и инострана), осим Републике Хрватске, док јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе одговарају само ако кривично дело није извршено у обављању њихових јавних овлашћења.

4. Кривична одговорност правних лица у праву Републике Србије

У Републици Србији је кривична одговорност правних лица уведена на основу члана 12. Кривичног законика тек 2008. године посебним Законом о одговорности правних лица за кривична дела¹⁵. Овај закон уређује услове одговорности правних лица¹⁶ за кривична дела, систем кривичних санкција и правила поступка у коме се одлучује о одговорности правних

¹⁴ „Narodne novine Republike Hrvatske“. Br. 151/2003, 110/2007, 45/2011 i 143/2012.

¹⁵ „Службени гласник РС“. Br. 97/2008.

¹⁶ Појам, карактеристике и врсте правних лица су уређени Законом о привредним друштвима („Службени гласник РС“. Br. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015 и 44/2018).

лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мере безбедности или правне последице осуде и извршењу судских одлука.

За кривична дела која су предвиђена у Кривичном законнику и споредном, допунском кривичном законодавству могу поред физичких лица, да одговарају и (Стојановић, 2005:214-215): а) домаће и страно правно лице које учини кривично дело на територији Републике Србије, б) страно правно лице које учини кривично дело у иностранству на штету Републике Србије, нашег држављанина или домаћег правног лица и в) домаће правно лице које у иностранству изврши кривично дело.

Од кривичне одговорности су изузета следећа правна лица: а) Република Србија, б) аутономна покрајина, в) јединице локалне самоуправе, г) државни органи, д) органи аутономне покрајине, њ) органи јединице локалне самоуправе и е) друга правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења под условом да је кривично дело учињено у вршењу таквих јавних овлашћења (што значи да они могу да одговарају ако је кривично дело учињено изван „јавних овлашћења“ (Врховшек, 2008:67-74)).

За одговорност правних лица (члан 6.) у Србији је потребно испуњење два услова: а) да је кривично дело учинило одговорно лице у оквиру својих послова или овлашћења у намери да за правно лице прибави корист (без обзира на то да ли је корист у конкретном случају заиста и прибављена) и б) да је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела од стране физичког лица које делује под надзором или контролом одговорног лица (Grozđanić, Škorić, 2009:222-223)¹⁷.

При том је закон изричито одредио да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица (што значи да правно лице одговара за учињено кривично дело, чак и у случају ако је кривични поступак против одговорног лица из законом предвиђених разлога обустављен или је оптужба одбијена).

¹⁷ У правној теорији постоје различита схватања о моделу који оправдава кажњавање правних лица: а) модел објективне одговорности – одговорност на бази самог проузроковања последице кривичног дела, б) модел изведене кривице правног лица из кривице одређених физичких лица – када правно лице одговара у случају да је кривично дело учињено од стране његовог одговорног лица са кривицом и в) модел аутономне одговорности.

5. Кривичне санкције за правна лица

Кривичне санкције су законом предвиђене мере друштвене реакције које изриче суд у законом спроведеном кривичном поступку према учиниоцу кривичног дела с циљем сузбијања и спречавања вршења кривичних дела. Од најстаријих времена друштво покушава да се заштити од различитих облика и видова криминалитета појединаца и група различитим мерама.

На овом месту ћемо изложити поред правних решења у Србији и нека регионална решења.

5.1. Србија

Закон о одговорности правних лица за кривична дела Србије прописује да се правном лицу као учиниоцу кривичног дела могу изрећи следеће кривичне санкције (члан 12.): а) казне, б) мере упозорења и в) мере безбедности (Јовашевић, 2016:75-93).

Правном лицу се могу изрећи следеће казне: а) новчана казна (члан 14.) и б) престанак правног лица (члан 18.).

Новчана казна је основна казна за правно лице. Она се изриче у следећим износима: 1) од 100.000 до милион динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до једне године или новчана казна, 2) од милион до два милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године, 3) од два милиона до пет милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до пет година, 4) од пет милиона до десет милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до осам година, 5) од десет до двадесет милиона динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до десет година и б) најмање двадесет милиона динара за кривична дела за која је прописана казна затвора преко десет година.

Код изрицања новчане казне суд је дужан у пресуди да одреди и рок њеног плаћања који не може да буде краћи од 15 дана ни дужи од три месеца. Рок се рачуна од дана правноснажности пресуде. У оправданим случајевима суд може да дозволи исплату новчане казне у отплатама (ратама), али је тада дужан да одреди број рата, њихов износ и рок исплате који не може да буде дужи од једне године (члан 51. КЗ). У случају да осуђено правно лице у одређеном року не плати у целости изречену висину новчане казне, приступа се њеној принудној наплати (члан 59.), као и наплати трошкова кривичног поступка.

Најтежа казна која се може изрећи правном лицу као учиниоцу кривичног дела је казна престанка правног лица (члан 18.). Ова се казна може изрећи ако је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичних дела. Дакле, примена ове казне долази у обзир када је правно лице своју регистровану делатност искористило као средство или начин за вршење кривичних дела у целини или у већем обиму, у значајнијој мери. Након правноснажности пресуде којом је изречена казна престанка правног лица спроводи се поступак ликвидације, стечаја или престанка правног лица. Казна престанка правног лица извршава се брицањем осуђеног правног лица из регистра правних лица (члан 63.).

Но, правном лицу се у Србији могу изрећи и друге кривичне санкције.

Условна осуда је друга врста кривичне санкције за правна лица. То је одлагање извршења утврђене казне учиниоцу кривичног дела под условом да за време које одреди суд не изврши ново кривично дело. За изрицање условне осуде правном лицу потребно је испуњење два кумулативна услова: а) формални услов – да је учиниоцу за извршено кривично дело утврђена новчана казна у износу до пет милиона динара и б) материјални услов – уверење (оцена) суда да ће се на осуђеног и без извршења утврђене новчане казне у довољној мери утицати да више не врши кривична дела.

Када изрекне условну осуду суд може да одреди да се правно лице као учинилац кривичног дела стави под заштитни надзор за одређено време у току трајања времена проверавања (члан 22.). Заштитни надзор одређује суду пресуди којом изриче условну осуду и одређује мере заштитног надзора, њихово трајање и начин њиховог испуњавања. Садржину заштитног надзора (члан 22.) чине следеће обавезе: а) организовање контроле с циљем спречавања даљег вршења кривичних дела, б) уздржавање од пословних активности ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела, в) отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, г) обављање рада у јавном интересу и д) достављање периодичних извештаја о пословању органу надлежном за извршење заштитног надзора.

Правном лицу се коначно могу изрећи следеће мере безбедности (члан 23.): а) забрана обављања одређених регистрованих делатности или послова, б) одузимање предмета и в) јавно објављивање пресуде.

Суд може правном лицу као учиниоцу кривичног дела забранити да обавља одређене регистроване делатности или послове у вези с којим је кривично дело учињено (члан 24.). У основи примене ове мере је отклањање опасности која произлази из делатности или посла учиниоца кривичног дела, тако што се он онемогућава за одређено време у својој делатности коју је

претходно злоупотребио и у вези с којом је извршено кривично дело. За изрицање ове мере потребна су два услова: а) да је правном лицу изречена казна и б) да је суд дошао до уверења на бази оцене свих околности извршеног кривичног дела да се оправдано може сматрати да би даље вршење ове регистроване делатности или послова било опасно у смислу да се понови исто или слично кривично дело. Изрицање ове мере је факултативно. При изрицању мере суд одређује и њено трајање које може да се креће од једне до три године рачунајући од дана правноснажности одлуке.

Одузимање предмета као стварна мера безбедности се састоји у одузимању предмета који је био намењен или употребљен за извршење кривичног дела или који је настао извршењем кривичног дела под условом да се налази у својини правног лица као учиниоца кривичног дела (члан 25.). Но, овом се мером могу одузети предмети и када нису у својини правног лица у два случаја: а) ако то захтевају интереси опште безбедности и б) ако то захтевају разлози морала. Изрицањем ове мере не дира се у права трећих лица на накнаду штете од учиниоца.

Јавно објављивање пресуде је мера која се састоји у обавези осуђеног правног лица (учиниоца кривичног дела) да о свом трошку истим путем којим је кривично дело учињено или на други одговарајући начин објави судску одлуку у целости или делимично (члан 26.). Њеном применом отклањају се штетне последице по оштећеног и његов углед, утисак у друштву који је нарушен извршењем кривичног дела. Она се може (факултативно) изрећи правном лицу ако суд сматра да би било корисно да се јавност упозна с пресудом, а нарочито ако би објављивање пресуде допринело да се отклони опасност по живот или здравље људи или да се заштити општи интерес. То значи да је њена примена посебно корисна у случају извршења кривичног дела којим је проузрокована опасност за живот или здравље људи, а суд дође до уверења да би објављивање пресуде допринело да се отклони или бар умањи та опасност. Наравно примена ове мере је оправдана и у случају заштите другог општег интереса.

5.2. Словенија

Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Словеније (члан 12.) предвиђа следеће врсте казни за правна лица:

- а) новчану казну (члан 13.) у износу од 10.000 до 1.000.000 еура, осим ако је извршењем кривичног дела прибављена противправна имовинска корист, односно причињена противправна имовинска штета, када се висина новчане казне одређује у складу (пропорционално) са овом висином,

б) одузимање половине или целокупне имовине правног лица (члан 14.) ако се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година (за физичко лице),

в) престанак правног лица (члан 15.) ако је делатност правног лица у целости или делимично искоришћена за вршење кривичних дела, када долази до покретања поступка ликвидације овог правног субјекта и

г) забрана располагања хартијама од вредности које је правно лице депоновало у централни регистар харија од вредности у трајању од једне до осам година (члан 15б.) ако се ради о извршењу таксативно наведених кривичних дела против привреде (из чл. 260., 261., 262., 263. и 264. Кривичног законика.

Поред казни, правном лицу се може изрећи за учињено кривично дело и условна осуда (члан 17.). Ако је суд за учињено кривично дело утврдио правном лицу новчану казну у износу до 500.000 еура, може одложити њено извршење за одређено време у трајању од једне до пет година (време проверавања), под условом да у том периоду оно не учини ново кривично дело и испуни друге постављене обавезе.

Коначно, правном лицу се такође могу изрећи и одређене мере безбедности као специфичне кривичне санкције специјално-превентивног карактера. То су:

а) одузимање предмета (члан 73. Кривичног законика),

б) јавно објављивање пресуде (члан 19.) ако је то потребно због заштите интереса јавности или да се отклони опасност по живот или здравље људи или привредно пословање и

в) забрана обављања одређене привредне делатности (члан 20.) где се правном лицу забрањује у периоду од шест месеци до пет година производња или испорука одређене робе, вршење пословне делатности или вршење услуга ако је њихово обављање опасно за живот или здравље људи или је штетно за економско или финансијско пословање других правних лица, под условом да је то правно лице раније у периоду до две године било већ осуђивано за исту или сличну криминалну активност.

5.3. Црна Гора

Закон о одговорности правних лица за кривична дела Црне Горе предвиђа следеће кривичне санкције за правна лица (члан 12.): а) казне, б) условну осуду и в) мере безбедности. Правном лицу могу се изрећи следеће казне (члан 13.):

а) новчана казна (члан 14.) која се утврђује зависно од износа учињене штете или прибављене противправне имовинске користи. Но, у сваком случају ова казна не може бити мања од двоструког износа учињене штете или прибављене противправне имовинске користи, али ни већа од стоструког износа такве штете или користи. Ако пак кривичним делом није учињена никаква имовинска штета или није прибављена никаква противправна имовинска корист, или је висину те штете или имовинске користи тешко утврдити у разумном року, с обзиром на природу учињеног кривичног дела као и друге околности, тада се новчана казна изриче у одређеном (фиксном) износу од 1.000 до 5.000.000 еура и

б) престанак правног лица (члан 22.) који се изриче ако је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичног дела. Изрицањем ове казне се за привредна друштва спроводи поступак ликвидације. Правно лице престаје да постоји брисањем из Централног регистра Привредног суда или другог регистра који води надлежни државни орган. У том случају преостала имовина привредног друштва и имовина другог правног лица се одузима у корист Црне Горе.

Другу врсту кривичне санкције за правно лице представља условна осуда (члан 24.). При њеном изрицању суд утврђује правном лицу новчану казну у износу до 100.000 еура, с тим што се она неће извршити ако осуђено правно лице за време проверавања (које може да се креће од једне до три године) не буде одговорно за ново кривично дело. Суд може у условној осуди да одреди да ће се утврђена новчана казна извршити и ако осуђено правно лице у одређеном року не врати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дела, не надокнади штету коју је проузроковало кривичним делом или не испуни друге обавезе предвиђене у кривично-правним одредбама.

Поред овако одређене условне осуде (у класичном смислу), закон у члану 26. предвиђа и други облик ове упозоравајуће (адмонитивне) кривичне санкције. То је условна осуда са заштитним надзором. При изрицању условне осуде суд може одлучити да осуђеном правном лицу које ставља под заштитини надзор, одреди једну или више законом прописаних обавеза (из члана 27.) и то да: а) сачини и спроводи програм делотворних, неопходних и разумних мера у циљу спречавања извршења кривичног дела, б) образује унутрашњу контролу у циљу спречавања даљег вршења кривичних дела, в) сачињава периодичне извештаје о свом пословању и доставља их органу надлежном за извршење заштитног надзора, г) уклони или смањи ризик од даљег проузроковања штете учињеним кривичним делом, д) се уздржава од пословних активности које би могле бити при-

лика или подстицај за поновно вршење кривичних дела, ђ) отклони или ублажи штету причињену кривичним делом и е) обави рад у јавном интересу у трајању до шест месеци, с тим да ова обавеза не смије угрозити редовно пословање правног лица.

И коначно, правном лицу се за учињено кривично дело, самостално или уз изречену казну или условну осуду, може изрећи једна или више (кумулација) мера безбедности. То су (члан 28.) следеће мере:

а) сачињавање и спровођење програма делотворних, неопходних и разумних мера ако ће се тиме спречити ново извршење кривичног дела у трајању од три до пет година (члан 29.),

б) одузимање предмета који су употребљени или су намењени за извршење кривичног дела или су настали извршењем кривичног дела ако су својина правног лица, а у супротном ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала (члан 30.),

в) јавно објављивање пресуде ако суд сматра да би било корисно да се јавност упозна са пресудом, а нарочито ако би објављивање пресуде допринело да се отклони опасност по живот или здравље људи или да се заштити сигурност промета или други општи интерес (члан 31.) и

г) забрана обављања одређених привредних или других делатности чијом применом се правном лицу може забранити да производи одређене производе или да врши одређене послове у промету роба и услуга или да се бави другим делатностима у трајању од шест месеци до пет година, под условом ако би његово даље бављење одређеном привредном или другом делатношћу представљало опасност за живот или здравље људи или би било штетно за привредно или финансијско пословање других правних лица или за привреду, или ако је правно лице у последње две године кажњено због истог или сличног кривичног дела (члан 32.).

5.4. Босна и Херцеговине

Кривични закон Босне и Херцеговине (као и ентитетска законодавства) прописује да се правном лицу за кривична дела могу изрећи следеће казне - члан 131. КЗ БИХ (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016:67-79):

а) новчана казна у износу од 5.000 до 5.000.000 КМ. Ако је кривичним делом правног лица проузрокована другоме имовинска штета или прибављена противправна имовинска корист, највећа мера изречене нов-

чане казне може износити двоструки износ те штете, односно користи (члан 132. КЗ БИХ),

б) казна одузимања имовине ако је учињено кривично дело с прописаном казном затвора од пет година или тежом казном. У том случају се правном лицу може одузети најмање половина, већи део или целокупна имовина (члан 133. КЗ БИХ) и

в) казна престанка правног лица ако је делатност правног лица у целости или у претежној мери коришћена за извршење кривичних дела (члан 134. КЗ БИХ).

Условна осуда (члан 136. КЗ БИХ) је друга врста санкције за правна лица. Суд може изрећи условну осуду уместо новчане казне коју је утврдио у износу до 1.500.000 КМ, ако осуђено правно лице у време проверавања (у трајању од једне до пет година) не буде оглашено одговорним за ново кривично дело.

Коначно, мере безбедности се такође могу изрећи за правна лица (члан 137. КЗ БИХ). Тако се одговорном правном лицу могу изрећи следеће мере безбедности:

а) одузимање предмета (члан 74.),

б) објављивање пресуде ако би било корисно да јавност сазна за осуду, нарочито ако би објављивање било корисно да се отклони опасност за живот или здравље људи или да се обезбеди безбедност саобраћаја или да се заштите или подстакну друштвене вредности (члан 138.) и

в) забрана обављања одређене делатности у трајању од шест месеци до пет година чијом применом се може правном лицу забранити производњу одређених производа или обављање одређених послова, или му забранити да се бави одређеним пословима промета робе или другим послом односно дјелатностима под условом ако би његово даље бављење одређеном делатношћу било опасно за живот и здравље људи или штетно за привредно или финансијско пословање других лица или за привреду или ако је правно лице у последње две године пре извршења кривичног дела било већ кажњено за исто или слично кривично дело.

5.5. Хрватска

Закон о одговорности правних лица за казнена дела Хрватске познаје сличне кривичне санкције које надлежни суд изриче правном лицу као учиниоцу кривичних дела.

У оквиру казни (члан 8.), Закон разликује две санкције. То су (Ђурђевић, 2005:89-97):

1) новчана казна (члан 9.) чија се висина одређује зависно од прописане казне у Казненом закону за физичка лица. Тако се може изрећи новчана казна: а) у износу од 5.000 до 8.000 куна за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до једне године, б) у износу од 15.000 до 10.000.000 куна за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година, в) у износу од 30.000 до 12.000.000 куна за кривична дела за која је прописана казна затвора до десет година и г) у износу од 50.000 до 15.000.000 куна за кривична дела за која је прописана казна затвора до петнаест година и

2) укидање правног лица (члан 12.) – као најтежа казна прописана је за правно лице које је управо основано ради вршења кривичних дела или за правно лице које је своје деловање користило за вршење кривичних дела. Ова се казна ипак не може изрећи јединицама локалне и подручне (регионалне) самоуправе и политичким странкама.

Условна осуда (члан 13.) представља другу врсту кривичних санкција за правно лице. Она се изриче ако је претходно правном лицу за учињено кривично дело утврђена новчана казна у износу до 50.000 куна, при чему се њено извршење одлаже за време проверавања које се креће од једне до три године. Закон је изричито искључио могућност примене делимичне условне осуде за правно лице (што је за физичко лице могуће).

Коначно, правном лицу се може изрећи једн аили више мера безбедности. То су (Savić, 2013:113-127):

а) забрана обављања одређене делатности или послова (члан 16.) у трајању од једне до три године када се правном лицу забрањује обављање једне или више делатности којом је иначе и учињено кривично дело (када је дакле злоупотребљена одређена пословна делатност за криминалну активност). Ова се мера ипак не може изрећи јединицама локалне и подручне (регионалне) самоуправе и политичким странкама,

б) забрана стицања дозвола, овлашћења, концесија или субвенција (члан 17.) у трајању од једне до три године чијом применом се правном лицу забрањује издавање дозвола, овлашћења, концесија или субвенција од стране државних органа или јединица локалне и регионалне, подручне самоуправе ако постоји опасност да ће оне подстицајно деловати на даље вршење кривичних дела,

в) забрана пословања са корисницима државног и локалних буџета – прорачуна (члан 18.) у трајању од једне до три године ако суд утврди постојање опасности код правног лица да ће ово пословање подстицајно деловати на даље вршење кривичних дела и

г) одузимање предмета (члан 79. Казненог закона).

6. Закључак

Последњих деценија 20. века у савременом кривичном праву је поред тада владајуће субјективне одговорности (физичких лица) која се темељила на урачунљивости и кривици учиниоца, успостављен и систем објективне одговорности за учињено кривично дело и то кроз одговорност правних лица. Ново схватање одговорности је имало за последицу и одређивање другачијег система мера друштвене реакције у виду кривичних санкција према правним лицима, али и другачије структурисани кривични поступак у коме се расправља и разрешава кривична ствар и одговорност учиниоца кажњивог дела.

Концепт кривичне одговорности правних лица се јавља у два облика. Прво, то је скуп посебних правила која су систематизована у кривичном закону (законику) која предствљају одступање од одговорности и кажњивости физичких лица због специфичног карактера и природе правних лица. Таква су решења присутна у новелираним законодавствима широм Европе (Француска, Швајцарска, Финска, Северна Македонија, Босна и Херцеговина). Други концепт кривичне одговорности је самосталан систем правила о одговорност и кажњивости правних лица, садржан у посебном закону, чиме се жели истаћи специфичност ове врсте објективизираних кривичне одговорности правних лица. Таква су решења позната у Србији, Црној Гори, Словенији и Хрватској.

Сва наведена законска решења, садржана у основном или допунском кривичном законодавству имају заједничке одлике. Оне се огледају у следећем:

а) правна лица могу да одговарају, по правилу, за сва кривична дела прописана законом, наравно уколико њихова природа, карактер и садржина то дозвољавају,

б) за кривична дела одговарају домаћа и страна правна лица,

в) искључена је кривична одговорност државе, државних органа, јединица локалне или регионалне самоуправе,

г) поред основне одговорности за кривично дело која резултира из радње кривичног дела коју предузимају одговорна физичка лица или

њихови органи управљања или надзора, предвиђена је и посебна кривична одговорност правног лица: за покушај, саучеништво, добровољни одустанак или у случају престанка или стечаја правног лица,

д) новчана казна, одузимање (конфискација) имовине или престанак (укидање) правног лица су најтеже врсте кривичних санкција за правна лица,

ђ) условна осуда – којом се условно одлаже извршење утврђене новчане казне за одређено време и под одређеним условима се јавља као друга врста санкција за правна лица и

е) најбројна је врста мера безбедности које се могу изрећи правном лицу, управо са циљем отклањања опасности од могућег понављања вршења кривичног дела чиме му се за одређено време одузимају или ограничавају одређена права или слободе, а која су претходно злоупотребљена за вршење кривичних дела или се то основано може очекивати.

Литература

Букарица, М. (2015). *Одговорност правних лица за кривична дјела: материјални аспект*. Бања Лука: Универзитет Апеирон.

Vauzelle M., (1993). *Nouveau Code penal du 22. Juillet 1992*. Paris: Mode d emploi.

Врховшек, М. (2008). *Коментар Закона о одговорности правних лица*. Београд: Интермекс.

Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.

Деисингер М., Врховшек, М. (2009). *Кривична одговорност правних лица*. Београд: Правни факултет.

Deisinger M. (2007). *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja*. Ljubljana: GV Založba.

Derenčinović, D. (2003). *Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*. Zagreb: Nocci.

Ђурђевић, З. (2005). *Коментар Закона о одговорности правних лица за казнена дјела*. Загреб: Народне новине.

Икановић, В. (2012). *Кривична одговорност правних лица*. Бања Лука: Међународно удружење научних радника.

Јовашевић, Д. (2016). Кривичне санкције – средство контроле криминалитета правних лица, *Зборник Правног факултета*. 74. Ниш: 75-93.

Камбовски, В. (2006). *Казнено право. Опште дел*. Скопје: Просветно дел.
„Narodne novine Republike Hrvatske”. Бр. 151/2003, 110/2007, 45/2011 и 143/2012.

Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.

Pavlović, Š. (2005). *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*. Zagreb: Inženjering biro.

Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Poncela, P. (2005). *Droit de la peine*. Paris: Themis.

Savić, I.V. (2013). *Razumjeti kaznenu odgovornost pravnih osoba*. Zagreb: Pravni fakultet.

„Службен весник на Република Македонија”. Бр. 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 115/2014 и 132/2014.

„Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”. Бр. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 и 35/2018.

„Службени гласник РС”. Бр. 97/2008.

„Службени гласник РС”. Бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015 и 44/2018.

„Službeni list Crne Gore”. Бр. 2/2007.

(2012). *StGB, Strafgesetzbuch*. 50. Auflage. Munchen: Deutcher Taschenbuch Verlag.

Стојановић, З. (2005). *Кривично право. Општи део*. Београд: Правна књига.

(2004). *Schweizerisches Strafrecht*. Bern: Libertas.

„Uradni list Republike Slovenije”. Бр. 98/2004, 65/2008 и 57/2017.

(1996). *Finnish Penal Code (General Part)*. Source Finnish Ministry of Justice no. 626/1996, Helsinki.

Dragan Jovašević, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In addition to natural persons, from the earliest times up to the present day, legal entities also appear as perpetrators of criminal offenses (as well as other types of offenses). On the basis of universal and regional international standards, contemporary criminal law is also aware of the criminal liability of legal persons. This liability is regulated in two ways: a) in the basic criminal legislation and b) in a separate law on liability and punishment of legal entities. The situation is similar in the Republic of Serbia, where a special law was adopted regulating the concept, types and bases of liability of legal persons for criminal offenses, as well as the system of criminal sanctions, as well as the manner of their pronouncement and enforcement. For the application of criminal sanctions, it is necessary for the competent court to determine that the legal person is responsible for the statutory criminal offense, whether it is basic or special criminal liability.

In addition, the law specifies certain legal entities that cannot be held responsible for criminal offenses. Three types of criminal sanctions may be imposed on a legal person for a criminal offense. These are: a) penalties, b) probation and c) security measures. These sanctions under statutory conditions may become time-barred, that is, they may also entail the legal consequences of a conviction. Rehabilitation may also apply to a convicted legal person. This paper speaks about the concept, basic, types and characteristics of liability of legal persons for criminal offenses in the law of the Serbia and other countries of region, as well as for the system of criminal sanctions.

Keywords: legal entity, law, criminal offense, liability, court, criminal sanction.

Др Мирјана Ђукић,¹
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

UDK: 343.121(497.11)

ПОЛОЖАЈ ОКРИВЉЕНОГ САРАДНИКА У РЕФОРМИСАНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Доминација адверзијалних елемената у реформисаном кривичном поступку, створила је погодно тле за одступање од традиционалног начела, начела монофункционалности кривично процесних субјеката. Лице против којег се води кривични поступак за неко од тежих кривичних дела (кривична дела организованог криминала, ратних злочина), носилац је права и дужности окривљеног који има и улогу странке у закључењу споразума о сведочењу. У истом је лицу обједињена и процесна функција сведока, коју стиче након што испуни обавезе споразумом предвиђене. Ова, такозвана мултифункционалност кривичнопроцесних функција, имала је утицаја на проширење обима права и дужности процесуираног лица. У америчком, такозваном праву судских прецедената, присутна су одступања од законских оквира у погледу дужности окривљеног као сведока, док се права поменутог субјекта реализују онако како су законски конципирана. У легислативним оквирима Републике Србије приметна је неусаглашеност одредаба које предвиђају процесну и ванпроцесну заштиту сведока, са новоуспостављеним институтом окривљеног сарадника, што може изазвати негативне последице у будућој правосудној пракси. Циљ рада јесте, применом историјског, правно-догматског и метода анализе садржаја, указати на недостатке домаће законске регулативе, не би ли дијапазон права и дужности окривљеног сарадника био употпуњен и усклађен са ризиком који носи сведочењем против својих, донедавних сарадника. Међу кривичним делима која могу бити предмет сведочења, фокус је стављен на кривична дела организованог криминала.

Кључне речи: окривљени, сведок, окривљени сарадник, права окривљеног сарадника, дужности окривљеног сарадника, организовани криминал.

¹ mirjana.djukic@pr.ac.rs

1. Уводне напомене

Смена различитих типова кривичних поступака кроз историју условила је варијације у положају окривљеног. Саобразно друштвеним приликама, различите тенденције бивају приоритетне током вођења кривичног поступка. Тако је тенденција очувања (заштите) права и слобода човека била доминантна и карактеристична у најстаријем, оптужном (акузаторском) моделу кривичног поступка. Средњевековни, инквизициони модел, занемарује очување и заштиту права и слобода учесника у кривичном поступку, стављајући тако у први план ефикасност поступка. Услед одсуства првопоменутих тенденција, окривљени није имао никава права, чак је третиран као објекат над којим је била дозвољена примена тортуре ради изнуђивања признања. Овакво поступање се за тај период сматрало сасвим регуларним, законитим. Поред тога, три основне функције (оптужба, одбрана и суђење) биле су у рукама једног субјекта, суда. Овакво је поступање временом довело до потребе да се кривични поступак хуманизује, а та је идеја најпре настала избијањем Француске буржоаске револуције 1789. године, потом прокламована међународним документима којима се чини значајан преокрет у погледу положаја окривљеног у кривичном поступку. У складу са Европском конвенцијом о заштити људских права и Конвенцијом против мучења, окривљени има одређени фонд права и дужности, те више није објекат, већ пуноправни субјекат новог, мешовитог кривичног поступка у којем се две опречне тенденције настоје усагласити, чиме је начињен значајан корак у развоју кривичног процесног права.

Реформа кривичног процесног законодавства у Републици Србији која је отпочела 2002. године, није аутоматски значила и потпун изостанак елемената истражног модела кривичног поступка. Актуелан је и даље у то доба био мешовити модел, али сада са израженијом тенденцијом ефикасности кривичног поступка. Успостављањем института сведока сарадника, окривљеном се први пут пружа прилика да може бити сведок у својој кривичној ствари. Ефикасност бива још израженија законским нормирањем споразума о признању кривичног дела 2006. године, односно 2009. године, када се почео примењивати Законик о кривичном поступку са овом, новом компонентом. Званичне реформске захвате који су дефинитивно окончани 2013. године, одликује напуштање истражних елемената. Поред прелажења на тужилачку истрагу, новина се огледа у успостављању института окривљеног сарадника. Окривљеном се пружа могућност да буде не само сведок у својој кривичној ствари, већ и странка у закључењу споразума о сведочењу. То је условило проширење фонда права и дужности лица против којег се води кривични поступак. Постизањем споразума са јавним тужиоцем, он има права и дужности као окривљени, затим

као странка у споразуму и као сведок. И поред тога што у њему нису обједињене две главне кривичнопроцесне функције, већ је носилац главне и споредне, њиме се као једном хибридном институту, чини одступање од начела монофункционалности.

2. Положај окривљеног сарадника до доношења решења којим суд прихвата споразум

Од момента покретања кривичног поступка, преко постизања споразума о сведочењу са јавним тужиоцем, па до доношења решења којим суд прихвата исти, лице које је спремно да сарађује са правосудним органима има процесно својство окривљеног. Поменути процесни ток пропраћен је правима окривљеног која проистичу из међународно успостављених стандарда и националних легислативних оквира. Право странака да присуствују радњама и да буду саслушане, право на „једнакост оружја“, затим на образложење судских одлука, забрана незаконитих доказа, опште су компоненте правичног поступка (Ђурђић, 2014а: 445). Посебне, које се тичу окривљеног, укључују претпоставку невиности и посебне гаранције његовог права на одбрану (Ђурђић, 2014а: 445).

Поштовање претпоставке окривљеникове невиности условљено је опхођењем јавног тужиоца и суда према окривљеном или оптуженом, сходно фази кривичног поступка у којој се споразум постиже. Премда се ради о лицу које је једино као припадник криминалне организације уопште могло да приступи закључењу споразума, ниједна радња надлежних органа не би требало да буде усмерена на прејудицирање његове кривице. Паралелно са претпоставком невиности, егзистира као посебна компонента правичног поступка, право окривљеног на одбрану. Ваља нагласити да окривљени не само да има права на одбрану (Буха, 2020: 160-161), већ је овде његова одбрана обавезна, ако се терети за кривична дела за која је законом запређена казна затвора од осам и више година.

Саобразно споразуму, фонд права се у извесној мери проширује, каква констатација стоји и када се говори и о његовим дужностима. Имајући у виду предметну тематику, биће предочен фонд права и дужности окривљеног који из самог споразума произилази.

Први корак ка закључењу споразума о сведочењу представља предлагање, или упућивање понуде. Предлог може потећи од јавног тужиоца, окривљеног или његовог браниоца (Николић, 2009: 67-68; Делибашић, 2017: 364). Он није правно обавезујући, па самим тим нема ни правну важност. Ако јавни тужилац упуту предлог окривљеном или његовом браниоцу, он га

може прихватити или не. Искључена је свака присила, тако да је субјекту препуштено да по слободној вољи одлучи да ли ће понуду прихватити и даље приступити преговорима, или се одлучити на то да се против њега спроведе поступак по редовној кривичној процедури. Исто тако не обавезује ни лице које је предлог упутило, јер и оно у сваком моменту од истог може одустати. Дакле, предлагање, не мора нужно резултирати закључењем споразума. Ово је такозвани волунтаристички елемент, који би саобразно хуманизацији кривичног поступка, требао бити присутан и током преговора, као и приликом самог закључења споразума. Пре него се приступи закључењу споразума, јавни тужилац позива окривљеног да самостално и својеручно, што детаљније, потпуно и истинито, опише све што зна о кривичном делу поводом којег се води поступак, као и о кривичним делима организованог криминала (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2013: 737). Да би био процесно валидан документ, споразум се закључује у писменој форми. Предаје се судији за претходни поступак, или председнику већа, а уз њега, тужилац обавезно подноси записник о исказу који је окривљени дао током преговора (Илић et al. 2013: 737). Записник је неопходан, не би ли суд имао увид у чињенице које је окривљени изнео, а исто тако, да би се упоредио са исказом који ће дати касније, током сведочења.

Признање окривљеног, као обавезни елемент споразума о сведочењу, представља његову дужност, али у односу на споразум о признању кривичног дела, није једина његова изјава, јер оно и није главни циљ његовог закључивања. Законодавац је изричит када говори о потпуности признања. Премда сам термин “потпуност” означава квантитативну категорију, веома је важно да укључује и квалитативну компоненту. У том смислу, добровољност и свесност јесу битан сегмент исказа окривљеног, којим се саглашава са наводима оптужбе, који се у сваком случају не сме и не треба занемарити. Потпуним се сматра признање којим окривљени потврђује своју кривицу у погледу свих чињеница и околности под којима је дело извршено (Илић et al. 2013: 721). У редовном кривичном поступку, признање окривљеног не може бити једини доказ. У поступку који се води поводом закључења споразума, доказивање не може бити доследно спроведено, или ако је споразум закључен до окончања главног претреса, захтева се постојање других доказа који са признањем нису у супротности, уместо да то буду докази који дато признање поткрепљују (Шкулић, 2013: 223). Па и у погледу доказа који поткрепљују дато признање, поставља се питање да ли их има довољно у ситуацији када је споразум закључен у ранијој фази поступка. Иако се коначна судска одлука не заснива на признању, већ исказу окривљеног као сводока, оно треба бити поткрепљено другим доказима, јер се тада сматра потпуним. Да би чинило једну заокружену це-

лину, осим чињеница и околности под којима је дело извршено, потпуним би се требало сматрати оно признање које је и аргументовано. Потпуност означава квантитативну категорију, односно представља количину информација садржаних у признању, или прецизније, да ли су признате све или само поједине чињенице и околности под којима је једно кривично дело извршено. Обим признања представља исто тако квантитативну категорију, само што се односи на број признатих кривичних дела, а притом отвара једно питање, које наш законодавац није прецизирао. Основана сумња за само припадништво криминалној организацији, подразумева да се окривљени најпре терети за кривично дело удруживања ради вршења кривичних дела. Ако се окривљени терети за кривично дело организованог криминалитета, на пример, изнуде, отмице, која је извршена од стране организоване криминалне групе, а он се јавља као саучесник, признање треба да обухвати оба кривична дела, када ће постојати њихов стицај. Могуће је, такође, да се окривљени терети за само припадништво, и да то буде једино кривично дело у погледу којег ће закључити споразум, када његово признање обухвата само кривично дело удруживања ради вршења кривичних дела. Друго, ако споразум закључује окривљени који се терети за неко друго кривично дело, на пример, силовање, или тешку телесну повреду, где се јавља као самостални извршилац (мимо припадништва криминалној организацији), тада неће постојати стицај кривичног дела удруживања ради вршења кривичних дела и кривичног дела тешке телесне повреде, или силовања, јер дотична кривична дела није извршио у саставу групе као припадник, већ као самостални извршилац. У овом случају се поставља питање која кривична дела требају бити обухваћена његовим признањем? Услов за стицање својства окривљеног сарадника јесте да се ради о лицу код којег постоји основана сумња да је припадник криминалне организације. Притом, према слову закона он може бити само припадник криминалне организације, а да се у поступку терети за кривично дело "класичног" криминалитета, чији је самостални извршилац. Ако се ишло ка проширењу обима кривичних дела код предметног института, требало би да се окривљениково признање односи на оба кривична дела, дакле и на удруживање ради вршења кривичних дела, и на, у датом примеру, кривично дело силовања, или тешке телесне повреде. У америчком кривичном правосуђу се иде даље, па се у погледу обима признања кривичног дела, практикује да окривљени поред припадништва криминалној организацији и другог кривичног дела, призна и њему сродна. Ако се на пример терети за пљачку банке, осим тог, треба признати и кривично дело крађе аутомобила које је самостално извршио (Simons, 2003: 56). Заузет је такав став да прикупљање доказа код сродних кривичних дела неће водити одуговлачењу и већим трошковима кривичног поступка.

Право на жалбу има свака странка у кривичном поступку, те самим тим и окривљени који је странка у закључењу споразума. Налазивши своје упориште у међународним и националним документима, оно подразумева право странке да када је незадовољна судском одлуком, исту може побијати правним леком (Модул 3 кривична област - Редовни и ванредни правни лијекови, 2006). Међутим, овде се мора имати у виду да ли се одлуком мериторно решава кривична ствар, или питања процесне природе. Решењем којим суд прихвата споразум се решава само питање одобравања споразума, али се окривљеном не пресуђује. Са друге стране, један од обавезних елемената споразума јесте изјава странака да се одричу од права улагања жалбе против одлуке којом суд прихвата споразум.² Знајући да га очекују привилегије у виду блажег кажњавања, било би апсурдно да окривљени побија одлуку која му у каснијој фази поступка пружа могућност сведочења. Ниједној од странака не иде у прилог улагање жалбе против одлуке суда којом он прихвата споразум, јер би то заправо значило да исказују своје незадовољство поводом оних елемената које су они предложили и о њима постигли пуну сагласност (Pratesi, 2016: 1237).

3. Положај окривљеног сарадника до мериторног одлучивања

Окривљени стиче процесно својство сведока након што суд решењем прихвати споразум. Тиме се прелази у најбитнију етапу кривичног поступка, која чини суштину постојања овог института. Окривљени располаже правима и дужностима која иначе припадају сведоцима, али како је по среди хибридан институт, постоје извесна одступања. Тако се окривљени не може позивати на сва права својствена такозваним обичним сведоцима. Не може му се приуштити право на ослобођење од дужности сведочења, ако је лице против којег сведочи, његов брачни друг, сродник по крви у правој линији, усвојеник или усвојитељ, нити је ослобођен од дужности пружања одговора на поједина питања,³ јер би тиме потпуна кооперативност била доведена у питање, а у бити се коси и са сврхом предметног института. Наиме, можда баш у том делу сведочког исказа леже чињенице које могу послужити као доказ у откривању или осуди припадника и/или лидера криминалне организације. Овакво је законско решење вероватно последица поимања мафијашких организација као породично структурираних. Оне јесу репрезент италијанске мафије, али су данас присутни и савременији структурални облици.

² Чл. 321. Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014 и 35/2019.

³ Чл. 94. ст. 1 и чл. 95. ст. 2. Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014 и 35/2019.

Из споразума проистиче дијапазом његових *дужности*. У обавези је да се одазове позиву суда, положи заклетву, да сведочи, да потпуно и истинито сведочи.⁴ Неодазивање позиву суда третира се као његов одустанак од сведочења. То су ситуације које реално јесу могуће, имајући у виду да страх од одмазде може утицати на промену његовог мишљења. Овде се међутим отвара питање његовог санкционисања. Према слову закона, суд ће у оваквој ситуацији донети решење којим ставља ван снаге решење којим је споразум о сведочењу прихваћен.⁵ Са друге стране, код обичних сведока предвиђа се новчано кажњавање у случају неодазивања судском позиву.⁶ Стављањем ван снаге решења којим је споразум прихваћен, окривљени је већ на неки начин кажњен, или блаже речено, већ сноси негативне последице, јер је претходно признао извршење кривичног дела које може против њега бити искоришћено у редовном кривичном поступку, те би можда новчано кажњавање изазвало двоструки негативни ефекат.

Полагање заклетве је ритуал кроз који морају проћи сви сведоци, па и окривљени као сведок, који је још приликом закључења споразума упозорен од стране јавног тужиоца да лажно сведочење представља кривично дело. *Заклетву* даје усмено, читањем њеног садржаја, а пошто њоме обећава да ће исказивати истинито, још се назива промисорном (обећавајућа - "*promise*" (обећање)) (Ђурђић, 2014б: 287).

Окривљени сарадник постаје централна фигура кривичног поступка на главном претресу кроз унакрсно испитивање, пружајући одговоре страни која га је предложила (специјални тужилац), супротној страни (бранилац оптуженог/саоптужених), и евентуално кроз етапу допунског испитивања, поново страни која га је предложила. У читавом низу унакрсно постављених питања, он је носилац *дужности истинитог и потпуног сведочења*.

Оцену истинитости сведочког исказа врши суд, најпре поређењем његове садржине са изјавом записнички забележеном још током преговора, потом, поређењем са другим доказима изведеним у истом кривичном поступку. Овај, нимало лак задатак суда мора бити пропраћен методима судске психологије, како би анализа била свестрана, али и објективна. Историја међутим сведочи да су поменута правила остала у сфери теорије, док у пракси судови поступају супротно. Колективна аверзија према такозва-

⁴Чл. 92. ст. 3, чл. 96. ст. 1. и чл. 95. ст. 1. Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014 и 35/2019.

⁵Чл. 326. став 2. тачка 1. Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014 и 35/2019.

⁶Чл. 101. ст. 1. Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014 и 35/2019.

ним “доушницима”, није само производ поменуте судске праксе, већ и негативних ставова у односу на саме окривљене који приступају преговорима не из друштвених, већ искључиво личних интереса.⁷ Наравно да овакав став не треба генерализовати, али се показало да је у већини случајева суд спреман да зажмури пред исказом који није оценио као веродостојан, само да би што већи број процесуираних лица био осуђен. Као пример се може издвојити сведочење Алфонса (*Alphonso D’Arco*) и Салваторе Гравана (*Salvatore Gravano*). Алфонсо, бивши шеф криминалне организације Лућезе (*Lucchese*), у кривичном поступку окривљен за осам кривичних дела, међу којима су убиство и рекетирање, закључио је са јавним тужиоцем споразум о сведочењу, којим је признао сва кривична дела, а затим сведочио у више наврата против својих саучесника (1992. године, против Виторија Амуса (*Vittorio Amuso*), бившег шефа криминалне организације Лућезе; 1994. године, против Кармина Арвелина (*Carmine Arvellino*), члана наведене криминалне организације и 1997. године, против Винсента Гиганте (*Vinsent Gigante*), у то доба шефа криминалне организације Ђеновезе (*Genovese*)) (Martinez, 1999: 141-142). Иако је постојала сумња у истинитост његовог исказа, сведочење је прихваћено од стране суда, довело је до осуде наведених саучесника, а Алфонсо је, иако бивши шеф криминалне организације, добио имунитет од кривичног гоњења.⁸ Очигледно да је пажња суда била више усмерена ка осуди већег броја криминалаца, док је поузданост исказа сведока била занемарена. Исти је случај и са сведочењем Гравана. У кривичном поступку од 1992. године, окривљен је за 19 кривичних дела убистава, а затим одлучио да сарађује са федералним тужиоцем. Споразумом о признању кривице у замену за сведочење, признао је сва кривична дела, а сведочио је против Џона Готија (*John Gotti*), вође криминалне организације Гамбино (*Gambino*) (Martinez, 1999: 145). Готи је због убиства и рекетирања осуђен на казну доживотног затвора, без права на условни отпуст, док је Гравано издржао затворску казну у трајању од свега три године (Martinez, 1999: 145). Пред правосудним органима је као разлог за сарадњу навео жељу да промени свој живот и врати се уобичајеним животним навикама, без контакта са светом криминала (Martinez, 1999: 145). И у овом случају је суд исказ сведока прихватио као поуздан, зарад осуде вође криминалне организације, иако је постојала сумња у његову истинитост.⁹

⁷ Наведено према: “Resolved: In the United States, plea bargaining in exchange for testimony is unjust”, доступно на: <http://debatepedia.idebate.org/>. Посећено: 23.03.2017.

⁸ United States v. Avellino, 136 F.3d 249, 251 (2d Cir. 1998).

⁹ Наведено према: “John Gotti, Guilty at Last”, The New York Times, April 3, 1992, доступно на: <https://www.nytimes.com/1992/04/03/opinion/john-gotti-guilty-at-last.html>. Посећено: 22.11.2018.

У тесној вези са истинитим исказом, као одразу објективне стварности, јесте исказивање које ће обухватити све чињенице и околности кривичног догађаја. Да би споразум уродио плодом, веома је важно да сведок не изостави ниједну чињеницу, јер у бити од тога зависи осуда његових донедавних сарадника. Исказ окривљеног није једино доказно средство, али чињенице које износи би требало бити круцијални доказ, баш онај потребан за успешно процесуирање припадника криминалне организације. Питање *потпуности сведочког исказа* покренуто је у случају Кевина Дејлија (*Cevin Dailey*),¹⁰ који је за кријумчарење наркотика оптужен као организатор, надзорник и менаџер континуираног злочиначког подухвата. Саучесник, који се иначе бави кријумчарењем опојних дрога, одлучујући да сарађује, склопио је споразум о сведочењу. Окружни суд пред којим је сведочио, одбио је његово сведочење, уз аргумент да његова сарадња није била потпуна. Наиме, пружио је најзначајније информације, уз евентуалне пропусте, али у бити се његов исказ није разликовао од изјаве дате током преговарања. Апелациони суд је у жалбеном поступку донео супротну одлуку, да сведочење треба бити прихваћено, јер је окривљени сарадник једини сведок на располагању, уз образложење да су овакви поступци допустиви само у изузетним ситуацијама, каква је ова.

Сведочење треба бити одраз слободне воље окривљеног, али пракса нажалост сведочи супротно, посебно код кривичних дела организованог криминала. Подстрекавање, или боље речено подмићивање окривљеног да сведочи од стране јавног тужиоца, коси се са правима окривљеног (волунтаристички елеменат при закључењу споразума), али и са његовим дужностима (истинито сведочење). Подмићивањем сведока јавни тужилац може утицати на садржину сведочког исказа, у смислу да се у њему нађу чињенице које одговарају јавном тужиоцу, не би ли се поступак успешно окончао у корист оптужбе. *Питање подмићивања сведока* први пут је покренуто у америчком кривичном правосуђу 1997. године, иако је већ било присутно у пракси годинама уназад. Случај Соње Сингелтон (*Sonya Singleton*),¹¹ у коме је поменуто осуђена за кријумчарење кокаина и прање новца, на основу сведочења њеног саучесника Наполеона Дагласа (*Napoleon Douglas*), био је у жижи интересовања америчких правника, јер је по први пут озваничено питање које није нимало безазлено, а олако схватано и занемаривано у судској пракси. Даглас је признао извршење кривичног дела и

¹⁰ United States v. Dailey, 759 F.2d 192, 196 (1st Cir. 1985.).

¹¹ United States v. Singleton 144 F. 3d 1343 (10th Cir. 1998). Оспоравајући прихватљивост сведока оптужбе, адвокат Синглетонове је углавном био подстакнут чланцима у калифорнијским новинама, чији је аутор порески адвокат који је навео мноштво случајева подмићивања сведока.

сведочио против осуђене у замену за обећање Владе да га неће гонити за кривична дела која су под истрагом, а Синглетонова осуђена на 46 месеци затвора (Sklansky, 1999: 511). Адвокат осуђене је у жалби против пресуде првостепеног суда оспоравао прихватљивост сведока оптужбе, позивајући се на прекршај секције 201 (c) (2) U. S. C. (*anti-gratuity statute*, тзв. савезни анти-мито статут) од стране јавног тужиоца. Ова одредба предвиђа да ко год директно или индиректно, понуди или обећа нешто од вредности било којој особи, за или због сведочења, или тако нешто обећа лицу које се појављује као сведок на суђењу, казниће се новчаном или казном затвора у трајању до две године.¹² Трочлано судско веће Апелационог суда је жалбу прихватило као основану, преиначило пресуду којом је Синглетонова осуђена и предмет вратило на поновно суђење, налазивши да исказ сведока није требао бити прихваћен. Свега недељу дана након доношења ове одлуке, суд који је донео пресуду у првом степену самоиницијативно је поништио одлуку Апелационог суда и донео одлуку у корист Владе и федералног тужиоца. Негирано је такозвано подмићивање сведока, тако што су се у обзир узели само поједини сегменти цитиране одредбе, који су оправдавали тужиочево поступање. Наиме, фокус је стављен на привилегије које очекују сведока “због сведочења”, при чему није занемарено мноштво претходних случајева из праксе, који су резултирали прихватањем исказа сведока оптужбе.¹³

Оваквом судском одлуком, пракса сведочења на основу споразума је малтене подељена на период пре и после случаја Сингелтон. Неспорно је да је имала негативан утицај на поступање првостепених судова у будућој правосудној пракси, јер су се проблеми ове врсте увек решавали на начин којим је окончан случај Сингелтонове. Када год би било покренуто питање подмићивања сведока, увек је било негирано по узору на првостепену судску одлуку из поменутог случаја. Тиме је доведена у питање сврха постојања ове савезне одредбе, а са друге стране пружена могућност јавним тужиоцима да злоупотребе своја процесна овлашћења. Питање које је озваничено, имало је супротне ефекте од очекиваних, решење проблема није било ни на помолу, већ је он још више продубљен (Johnston, 1999:32).

¹² Title 18 of the United States Code, § 201 (c) (2).

¹³ United States v. Meinster, 619 F.2d 1041, 1045 (4th Cir.1980); Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils S.A., 481 U.S. 787, 803, 107 S.Ct. 2124, 95 L.Ed.2d 740 (1987); United States v. Johnson, 621 F.2d 1073, 1076 (10th Cir.1980); United States v. Sun-Diamond Growers, 138 F.3d 961, 966 (D.C.Cir.1998); Russello v. United States, 464 U.S. 16, 21, 104 S.Ct. 296, 78 L.Ed.2d 17 (1983); United States v. Pommerening, 500 F.2d 92, 97 (10th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 1088, 95 S.Ct. 678, 42 L.Ed.2d 680 (1974); United States v. Nilsen, 967 F.2d 539, 542-43 (11th Cir.1992); United States v. Marmolejo, 89 F.3d 1185, 1191 (5th Cir.1996); United States v. Biaggi, 853 F.2d 89, 101 (2d Cir.1988).

4. Рестрикција ублажавања казне

Кооперативни сведок као награду за сарадњу, има право на повластице споразумом договорене, од којих је најчешћа ублажавање казне. Поставља се међутим питање, да ли је могућа реализација овог права код појединих кривичних дела? Апсолутну забрану ублажавања казне затвора Кривични законик Републике Србије предвиђа код кривичних дела тешког убиства, силовања, обљубе над немоћним лицем, обљубе са дететом и трговине људима.¹⁴ Забрана ублажавања казне за поједине облике, дата је код кривичног дела отмице, изнуде, неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога и недозвољеног прелаза државне границе и кријумчарења људи.¹⁵ Суспендовање института ублажавања казне само код појединих кривичних дела отвара питања процесне природе, како у погледу тога да ли лице које испуњава услове може уопште приступити закључењу споразума, тако и у погледу договора око мере казне која ће се изрећи. За разлику од упоредног права где нема оваквих рестрикција, јавни тужилац овде мора посебно водити рачуна о томе за која кривична дела не може договорити блажу меру казне. Могуће је да наступи таква ситуација када окривљени сарадник који је као самостални извршилац, неvezано за криминалну организацију којој припада, учинио кривично дело силовања, а располаже значајним информацијама које би послужиле као круцијални доказ за осуду припадника криминалне организације, и, што је веома битно, јавни тужилац се унапред увери у значај његовог сведочења. Овде имамо једну апсурдну ситуацију, када се окривљеном сараднику који је извршио кривично дело силовања казна не сме ублажити, а истом који је починио кривично дело убиства, може. Код кривичног дела прања новца, као један од облика извршења предвиђено је извршене од стране групе, при чему овде није запажена забрана ублажавања казне. Код кривичног дела трговине људима, забрањено је ублажавање казне у свим његовим облицима, који укључују извршење од стране групе или организоване криминалне групе. То би у крајњој линији значило да се споразумом код неких кривичних дела својствених криминалним организацијама, казна може ублажити, а код неких не, што може водити неједнаком поступању у односу на потенцијалне, али и актуелне окривљене сараднике. Забрана ублажавања казне код наведених кривичних дела, тим пре значи немогућност да се учинилац истих, ослободи од казне. Самим тим, сужен је круг

¹⁴ Чланови 114, 178, 179, 180 и 388. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

¹⁵ Чл. 134. ст. 2 и 3, чл. 214. ст 2 и 3, чл. 246. ст. 1, 3 и 4, чл. 350. ст. 3 и 4. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 118/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

бенефиција, које се могу доделити окривљеном. Код наведених кривичних дела, то би значило да се споразумом може договорити само одустанак јавног тужиоца од гоњења. У упоредном праву нема оваквих дилема, јер најпре није предвиђена забрана ублажавања казне, а осим тога ублажавање казне је и једина бенефиција око које се споразумевају окривљени и јавни тужилац.

5. Процесна и програмска заштита

Целокупан процес сарадње окривљеног са јавним тужиоцем није условљен само обавезом окривљениковог признања и сведочења, већ и обавезом државе да својим нормативним актима гарантује право на процесну и ванпроцесну заштиту лицима која својим сведочењем себе и чланове најуже породице излажу ризику од одмазде. Осим реализовања заштите, законска регулатива за циљ има придобијање окривљених да сведоче, односно да се без бојазни за сопствену безбедност и безбедност њему блиских лица, окривљени може приклонити концепту сарадње.

Имајући у виду чињеницу да окривљени сарадник може бити само припадник криминалне организације, неспорно је да му је потребно пружити заштиту током поступка, када сведочи против донедавних сарадника који томе присуствују, све до окончања поступка, изрицања пресуде, преко издржавања затворске казне и на крају отпуштања из затвора и живота на слободи. Недоумице изазива члан 112. ЗКП, којим се наглашава да се мере процесне заштите сходно примењују према прикривеном иследнику, вештаку, стручном саветнику и стручном лицу. Неоправдано је изостављена категорија окривљеног сарадника, ако пођемо од тога да и прикривени иследник може бити сведок у кривичном поступку, па ипак није изостављен из круга оних лица према којима се примењују мере процесне заштите.

На исту ситуацију наилазимо и код законског нормирања круга лица која уживају право на програмску заштиту. Чланом 3. став 1. Закона о програму заштите учесника у кривичном поступку,¹⁶ наглашено је да су програмском заштитом обухваћени: осумњичени, окривљени, сведок, сведок сарадник, оштећени, вештак и стручно лице. Поменути закон је још увек на снази, а датира од 2005. године када је актуелан био институт сведока сарадника. Требало би изменама и допунама обухватити институт окривљеног сарадника, на чему се инсистира из разлога што између окривљеног сарадника и сведока сарадника не постоје само разлике термилошке, већ и процесне природе. Осим тога, нужно је овај закон усагласити са по-

¹⁶ Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005.

стојећом кривичнопроцесном регулативом која једино познаје институт окривљеног сарадника.

6. Закључак

Акузаторски модел кривичног поступка је кроз успостављање института окривљеног сарадника, условио аутоматски нешто другачији положај окривљеног који је спреман да сарађује са органима гоњења. Одређени фонд права и дужности има као окривљени, као странка у закључењу споразума и као сведок.

До доношења решења којим суд прихвата споразум, окривљени сарадник је носилац права да сходно својој вољи приступи преговорима, носилац је права на улагање жалбе, али се њега одриче, не само зато што то представља обавезни елемент споразума, већ зато што се жалба коси са његовим интересима. У односу на редовну кривичну процедуру, овде има додатну обавезу, да призна извршење кривичног дела на посебном рочишту, пред судом, који оцењује добровољност, потпуност, свесност и истинитост истог.

Улога окривљеног сарадника у откривању и доказивању кривичних дела организованог криминала долази до изражаја током сведочења на главном претресу. У том стадијуму је носилац права и дужности својствених сведоцима. Анализом појединих случајева из америчке судске праксе долазимо до констатације да његове дужности потпуног и истинитог сведочења нису биле испуњене, онако како то налажу легислативни оквири. У већини случајева отварају се питања потпуног, истинитог сведочења, а са тиме у вези, и питање подмићивања сведока. И поред сумње у истинитост исказа окривљеног сарадника, те констатације да је сведочење непотпуно и негирања подмићивања сведока, иако је оно било очигледно, поступци су се окончавали осудом припадника и лидера криминалних организација. Неспровођење законских одредаба у пракси, утиче на стварање негативних теоретских ставова према предметном институту. Но, и мимо наведеног, он опстаје, као нека врста нужног зла коме се правосудни органи приклањају услед недовољног броја или недостатка доказа.

Проблем неусаглашености националних легислативних оквира изражен је код рестрикције ублажавања казне и законског нормирања процесне и програмске заштите. Рестрикција, било да се јавља у апсолутном или релативном облику, може довести у неједнаку позицију потенцијалне окривљене сараднике. Ако је за поједина кривична дела законом предвиђена, окривљени не може приступити закључењу споразума, или у крајњој линији као једина солуција остаје одустанак јавног тужиоца од

гоњења, али за дела која споразумом нису обухваћена. Са друге стране, учинилац који је извршио кривично дело које не подлеже рестрикцији, има могућност да сва своја права реализује закључењем споразума. Требало би ради превазилажења ових потешкоћа, усагласити одредбе кривично-материјалног и кривичнопроцесног законодавства.

У кривичноправним оквирима који регулишу систем процесне и програмске заштите сведока, учачава се одсуство института окривљеног сарадника. Актуелни Законик о кривичном поступку не користи термин “окривљени сарадник” у оном делу који регулише процесну заштиту, иако је у истом предметни институт предвиђен. Са друге стране, на снази је још увек Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку од оног периода када је био актуелан институт сведока сарадника, тако да у кругу лица која имају право на програмску заштиту, не предвиђа окривљеног сарадника. Како би концепт сарадње окривљеног са органима гоњења чинио заокружену целину, потребно је усагласити кривичнопроцесне оквире новијег и старијег датума, а са актуелним законским решењима усагласити она којима је уређена програмска заштита учесника у кривичном поступку.

Литература

John Gotti, *Guilty at Last*, The New York Times, April 3, 1992, <https://www.nytimes.com/1992/04/03/opinion/john-gotti-guilty-at-last.html>. Посећено: 22.11.2018.

Johnston, R. (1999). Plea Bargaining in Exchange for Testimony: Has Singelton Really Resolved the Issues?. *Criminal Justice*. 14/3. 24-32.

Martinez, S. (1999). Bargaining for Testimony: Bias of Witness Who Testify in Exchange for Leniency. *Cleveland State Law Review*. 47/141. 141-160.

Pratesi, H. (2016). Waive Goodbye to Appellate Review of Plea Bargaining: Specific Performance of Appellate Waiver Provisions Should Be Limited to Extraordinary Circumstances. *Brooklyn Law Review*. 81/3. 1237-1273.

Resolved: In the United States, plea bargaining in exchange for testimony is unjust, <http://debatepedia.idebate.org/>. Посећено: 23.03.2017.

Russello v. United States, 464 U.S. 16, 21, 104 S.Ct. 296, 78 L.Ed.2d 17 (1983).

Simons, A. M. (2003). Retribution for Rats: Cooperation, Punishment and Atonement. *Vanderbilt Law Review*. 56/1. 1-54.

Sklansky, D. (1999). Starr, Singleton, and the prosecutor’s role. *Fordham Urban Law Journal*. 26/3. 509-538.

Title 18 of the United States Code, § 201 (c) (2).

United States v. Avellino, 136 F.3d 249, 251 (2d Cir. 1998).

United States v. Biaggi, 853 F.2d 89, 101 (2d Cir.1988).

United States v. Dailey, 759 F.2d 192, 196 (1st Cir. 1985.).

United States v. Johnson, 621 F.2d 1073, 1076 (10th Cir.1980).

United States v. Marmolejo, 89 F.3d 1185, 1191 (5th Cir.1996).

United States v. Meinster, 619 F.2d 1041, 1045 (4th Cir.1980).

United States v. Nilsen, 967 F.2d 539, 542-43 (11th Cir.1992).

United States v. Pommerening, 500 F.2d 92, 97 (10th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 1088, 95 S.Ct. 678, 42 L.Ed.2d 680 (1974).

United States v. Singleton 144 F. 3d 1343 (10th Cir. 1998).

United States v. Sun-Diamond Growers, 138 F.3d 961, 966 (D.C.Cir.1998).

Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils S.A., 481 U.S. 787, 803, 107 S.Ct. 2124, 95 L.Ed.2d 740 (1987).

Буха, М. (2020). Право на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку БиХ. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 86. 157-176.

Делибашић, В. (2017). Споразум јавног тужиоца и окривљеног о признању кривичног дела. *Култура полиса*. XIV/32. 361-373.

Ђурђић, В. (2014а). Нови кривични поступак Србије – нови разлози за усклађивање са европским правним стандардима. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68. 443-458.

Ђурђић, В. (2014б). *Кривично процесно право - општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу.

Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 85/2005.

Законик о кривичном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014 и 35/2019.

Илић, П. Г. Мајић, М. Бељански, С. Трешњев, А. (2013). *Коментар законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник.

Кривични законик. *Службени гласник РС*. Бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Модул 3 кривична област - *Редовни и ванредни правни лијекови*. (2006). Сарајево: Цест Ф БиХ, Цест РС.

Николић, Д. (2009). *Странацки споразум о кривици*. Београд: Службени гласник.

Шкулић, М. (2013). Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка. *Crimen*. IV/2. 176-234.

Mirjana Đukić, LL.D.,
Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,
University of Priština, Head Office
in Kosovska Mitrovica

THE POSITION OF THE ACCUSED ACCOMPLICE IN THE REFORMED CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The dominance of adversarial elements in the reformed criminal proceedings has created suitable grounds for deviation from the traditional principle, the principle of the monofunctionality of the participants in criminal proceedings. The person being prosecuted for one of the heavier crimes (organized crime, war crimes) is the holder of the rights and duties of the defendant, who also has the role of one of the parties concluding testifying agreement. The same person also has the procedural function of the witness, which they acquire after fulfilling the obligations stipulated by the agreement. This so-called multifunctionality of criminal procedure functions has had an effect on the extension of the scope of rights and duties of the defendant. In American judicial precedent law there are deviations from the legal framework regarding the defendant's duties as a witness, while the rights of the aforementioned participant in the proceedings are exercised as they are legally intended. In the legal framework of the Republic of Serbia, there is a noticeable discrepancy between the provisions regarding the procedural and extra-procedural protection of witnesses and the newly established institution of the accused accomplice, which may cause negative consequences in future legal practice. The aim of this paper is to use the historical, legal-dogmatic and content analysis methods to point out the flaws of the domestic legislation in order to complete and harmonize the range of rights and duties of the accused accomplice with the risk that they bear by testifying against those who were their accomplices. Among the crimes that may be the subject of testimony, the focus has been on organized crime.

Keywords: *defendant, witness, accused accomplice, rights of the accused accomplice, duties of accused accomplice, organized crime.*

ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ – АНАЛИЗА НОВИХ РЕШЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ²

Апстракт: Последње новелирање Кривичног законика Републике Србије извршено 2019. године захватило је, између осталог, и систем одмеравања казне. Настале промене су комплексне и гранају се у неколико праваца, почевши од интервенције на самом казненом систему, која је реализована увођењем доживотног затвора уместо раније казне затвора у временском трајању од 30 до 40 година. Допуњена је сврха кажњавања, као основни руководни принцип процеса одмеравања, и то додавањем новог циља – остваривања праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције. Промењен је правни значај поврата; под законом одређеним условима, уместо вредносно неутралне проглашен је за обавезну отежавајућу околност, а у одређеним ситуацијама искључено је и ублажавање казне повратницима. Слободна судијска оцена додатно је ограничена код вишеструког поврата, постављањем обавезе да се казна изрекне у мери која се мора тражити изнад половине прописаног распона за дато кривично дело. Надаље, забрана ублажавања казне је проширена на два нова дела – тешко убиство (чл. 114 КЗ-а) и квалификовани облик неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога (чл. 246 ст. 4 КЗ-а). Рад представља покушај да се све горе наведене измене критички сагледају.

Кључне речи: одмеравање казне, сврха кажњавања, доживотни затвор, поврат, кривично законодавство Србије.

¹ dusica@prafak.ni.ac.rs

² Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду од 2013. до 2020. године.

1. Иновирани казнени систем увођењем казне доживотног затвора

Укидање смртне казне 2002. године отворило је проблем проналажења адекватне замене, који је веома дуго „мучио“ нашег законодавца. Његово решавање је текло у неколико фаза, почевши од увођења фиксне казне затвора од 40 година, преко повишеног распона у трајању од 30 до 40 година, до доживотног затвора, предвиђеног најновијим изменама Кривичног законика (у даљем тексту КЗ), које су ступиле на снагу крајем 2019. године.³ Опредељење за доживотни затвор, поред чињенице да је његово увођење затражено народном иницијативом, оправдано је низом аргумената—ранија казна затвора од 30 до 40 година не омогућава одговарајућу реакцију на најтежа дела и у односу на одређене учиниоце; у компаративном праву доживотни затвор представља правило, са веома ретким изузецима; паралелно постојање две временске казне лишења слободе са различитим минимумом и максимумом није логично, те је законским изменама учињено јасније разграничење између доживотног затвора и затвора са временски одређеним трајањем.⁴

Доживотни затвор је, исто као и ранија казна коју је заменио, предвиђен за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела, уз напомену да мора бити прописан уз казну затвора у ограниченом трајању (чл. 44а КЗ-а). То значи да доживотни затвор никада није једина опција у процесу одмеравања, јер увек постоји алтернатива, тј. казна затвора у трајању до 20 година. Може се рећи да је ово у сагласју са стандардима које је поставио Европски суд за људска права (у даљем тексту ЕСЉП) у односу на доживотни затвор. Наиме, ЕСЉП је у више наврата констатовао да ова казна *per se* није нехумана и не представља кршење чл. 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода,⁵ мада се то може десити уколико не постоји правни механизам за преиспитивање оправданости даљег извршења и евентуално скраћење њеног трајања.⁶

³ Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 35/19.

⁴ Детаљније о томе у Образложењу Закона о изменама и допунама Кривичног законика, стр. 2-4, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступ 09.01.2020. године.

⁵ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са допунским протоколима, *Службени гласник СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05-испр., *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10 и 10/15.

⁶ Више о томе у Van Zyl Smith, Weatherby, Creighton, 2014: 62 и надаље. Постављање наведених захтева је логично, пошто доживотни затвор због своје природе није дељив (један од тзв. релативних елемената казне) и не може се одмеравати већ само изрицати, па се оваква његова карактеристика надомешта тиме што се у поступку извршења може смањити, подразумева се, уколико за то постоје оправдани разлози.

Не улазећи у детаље шта се све под тиме подразумева, јер би то представљало превелику дигресију, у овом контексту требало би издвојити да је ЕСЉП констатовао да су државе уговорнице слободне да изричу казну доживотног затвора пунолетним учиниоцима тешких кривичних дела, уз услов да такво изрицање није обавезно и да је казна одмерена на основу непристрасне и објективне процене олакшавајућих и отежавајућих околности.⁷ Логичком разрадом формулације „изрицање није обавезно“ долази се до закључка да доживотни затвор у националним правним системима не сме бити прописан као једина опција за неко кривично дело, већ само алтернативно са другом казном, а да ли ће он заиста бити изречен или не, требало би да зависи од околности конкретног случаја.

Природа казне доживотног затвора довела је до тога да се она може изрећи искључиво као главна казна (чл. 44 ст. 1 КЗ-а). Међутим, као што је уобичајено, законодавац је поставио и извесна ограничења везана за могућност изрицања.⁸ Тако се он не може изрећи лицу које у време извршења кривичног дела није навршило двадесет једну годину живота, али ни у случајевима када постоји неки од основа за ублажавање казне или за ослобођење од казне (чл. 44а ст. 2 и 3 КЗ-а). Забрана изрицања доживотног затвора важи ако постоје следећи основи за ублажавање – прекорачење нужне одбране; прекорачење крајње нужде; битно смањена урачунљивост учиниоца у време извршења дела; покушај и помагање. Приметно је да нису обухваћени сви основи, пошто је по КЗ-указну могуће ублажити и када постоје нарочито олакшавајуће околности које указују на то да се и ублаженом казном може постићи сврха кажњавања (чл. 56 ст. 3 КЗ-а). У теорији је наведени случај ублажавања познат као тзв. судско ублажавање, пошто је судијска слободна оцена овде израженија него у другим ситуацијама у којима је суд више везан законом (Стојановић, 2017: 267, Јовашевић, 2018: 237, Лазаревић, 2011: 270). Сам законодавац није образложио због чега је овај основ изостављен. Чини се да прихваћено решење није логично, како је по њему дозвољено изрећи доживотни затвор иако постоје околности које говоре да се и ублаженом казном може постићи сврха кажњавања.

Са друге стране, нема могућности изрицања доживотног затвора ни код прекорачења нужне одбране услед раздражености или препаци изазване нападом; прекорачења крајње нужде под нарочито олакшавајућим околностима; неподобног покушаја; добровољног одустанка; добровољног

⁷ Видети детаљније у случајевима *Vinter and Others v. United Kingdom*, Judgment 9 July 2013, Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, § 106 и *Kafkaris v. Cyprus*, Judgment 12 February 2008, Application no. 21906/04, § 97.

⁸ Више о различитим ограничењима у компаративном праву видети у Коларић, 2015: 654, Груевска-Дракулевски, 2018: 572.

спречавања кривичног дела; у случају извршења дела из нехата, ако последице дела тешко погађају учиниоца (чл. 58 КЗ-а). Као и код ублажавања казне и овде важи напомена да нису сви могући основи препрека изрицању доживотног затвора, али је њихово изостављање у овом контексту последица чињенице да се они примењују искључиво код дела за која је прописана казна затвора до пет година (ако учинилац после извршеног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела или надокнади штету проузроковану кривичним делом, чл. 58 ст. 3 КЗ-а), односно новчана казна или казна затвора до три године (ако је учинилац на основу постигнутог споразума са оштећеним испунио све обавезе из тог споразума, чл. 59 КЗ-а).

Како се у горе наведеним случајевима искључује изрицање доживотног затвора, *argumentum a contrario* следи да ће приликом одмеравања суд реакцију тражити у алтернативно прописаној казни затвора до 20 година. Може се рећи да је ово позитиван помак, с обзиром на то да раније нису постојале детаљније смернице за избор између алтернативно постављених казнених оквира, казне затвора до 20 година и казне затвора од 30 до 40 година, осим забране изрицања казне из овог потоњег оквира лицима која нису навршила 21 годину живота.

На крају, може се поставити питање колики ће бити реални домет нове казне, колико ће се често јављати у судској казненој политици. Прво, сумарно посматрано, доживотни затвор је у посебном делу прописан код десетак кривичних дела. Како се и могло очекивати, у питању су најпре, поједине инкриминације против живота и тела – тешко убиство (чл. 114 КЗ-а), али и навођење на самоубиство и помагање при самоубиству (чл. 119 ст. 4 КЗ-а), уколико је учињено према детету или неурачунљивом лицу. Истој групи припадају и поједина дела против уставног уређења и безбедности,⁹ против јавног реда и мира,¹⁰ против човечности и других добара заштићених међународним правом.¹¹ Међутим, на основу поме-

⁹ Убиство представника највиших државних органа (чл. 310 КЗ-а) и тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 321 ст. 2 КЗ-а), ако је при извршењу са умишљајем лишено живота једно или више лица.

¹⁰ Удруживање ради вршења кривичних дела (чл. 346 ст. 5 КЗ-а), у случају када се организује група или организована криминална група која има за циљ вршење кривичних дела за која се може изрећи казна затвора или доживотни затвор, при чему треба нагласити да је ова казна резервисана за организатора, али не и за члана групе/организоване групе.

¹¹ Геноцид (чл. 340 КЗ-а); злочин против човечности (чл. 371 КЗ-а); ратни злочин против цивилног становништва (ако је за време рата оружаног сукоба или окупације наређено да се изврши или извршено убиство према цивилном становништву, чл. 372 ст. 3 КЗ-а); ратни злочин против рањеника и болесника (ако је за време рата оружаног

нуте грађанске иницијативе, доживотни затвор је забрањен и за још неке инкриминације, за које раније није била прописана казна затвора од 30 до 40 година, прецизније, за квалификовани облик силовања (чл. 178 ст. 4 КЗ-а), обљубе над немоћним лицем (чл. 179 ст. 3 КЗ-а) и обљубе злоупотребом положаја (чл. 181 ст. 5 КЗ-а), ако су учињени према детету или ако су имали за последицу смрт жртве, као и за обљубу са дететом (чл. 180 ст. 3 КЗ-а), уколико је за последицу имало смрт детета. Евидентно је да се код претходно поменутих дела као исход јавља смрт жртве, али треба поменути да се овде ради о делима квалификованим тежом последицом, тако да је смрт резултат нехата, а не умишљаја, као код неких других дела за која је прописан доживотни затвор, чиме се отвара питање криминално-политичке оправданости, сразмерности и доследности у законској казненој политици.

Друго, у време настанка рада, с обзиром на то да је прошло тек нешто више од месец дана од почетка важења новела, није било емпиријског материјала који би показао како се примењује казна доживотног затвора. Са друге стране, статистика показује да домаћи судови прилично ретко изричу најтеже казне, при чему се као илустрација може искористити ранија казна од 30 до 40 година. Пресек стања у десетогодишњем периоду од 2009. до 2018. године приказан је у табели која следи:¹²

сукоба или окупације наређено да се изврши или извршено убиство, чл. 373 ст. 2 КЗ-а); ратни злочин против ратних заробљеника (у случају наређења или вршења убиства, чл. 374 ст. 2. КЗ-а); употреба недозвољених средстава борбе (ако је услед њихове употребе погинуло више лица, чл. 376 ст. 2 КЗ-а); противправно убијање и рањавање непријатеља (ако је учињено на свиреп начин, из користољубља или ако је убијено више лица, чл. 378 ст. 3 и 4 КЗ-а); непречавање вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл. 384 ст. 1 и 2 КЗ-а, ако војни заповедник или лице које фактички врши ову функцију или други претпостављени, који не предузме мере које је био дужан и могао да предузме за спречавање извршења дела, па услед тога дође до извршења, у случају када је за то дело прописан доживотни затвор, казниће се исто доживотним затвором); агресивни рат (наређење вођења агресивног рата, чл. 386 ст. 2 КЗ-а); тероризам (ако је са умишљајем лишено живота једно или више лица, чл. 391 ст. 4 КЗ-а); употреба смртоносне направе (ако је са умишљајем лишено живота једно или више лица, чл. 391в ст. 3 КЗ-а); уништење и оштећење нуклеарног објекта (ако је са умишљајем лишено живота једно или више лица, чл. 391г ст. 3 КЗ-а) и угрожавање лица под међународном заштитом (ако је неко лице са умишљајем лишено живота, чл. 392 ст. 3 КЗ-а).

¹² Билтен Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужења и осуде 2018., Београд, Републички завод за статистику, 2019. године, стр. 63. Преузето са <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf>, приступ 09.01.2020. године.

	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
ук. бр. осуда	40880	21681	30807	31322	32241	35376	33189	32525	31759	29750
затвор	9763	5908	8158	10212	11204	13026	8820	9419	8220	7408
затвор од 40 година	4 0,01%	10 0,05%	3 0,01%	2 0,006%	1 0,003%	2 0,006%	4 0,01%	5 0,02%	2 0,006%	3 0,01%
затвор од 30-40 година	20 0,05%	10 0,05%	5 0,02%	12 0,04%	9 0,03%	11 0,03%	13 0,04%	9 0,03%	11 0,03%	7 0,02%

Када је у питању 2018. година, статистика говори да је казна затвора од 40 година односно од 30 до 40 година изрицана за кривична дела против живота и тела, прецизније за тешко убиство (чл. 114 КЗ-а).¹³ Практично, ради се о занемарљивој заступљености у оквирима судске казнене политике. Тако посматрано, може се довести у питање увођење доживотног затвора. Ако је структура и тежина криминалитета таква да се ове казне прилично ретко појављују као неопходно средство реакције, онда настаје дилема чему заостравање. Није неосновано запитати се, ако су судови ретко оптирале казну затвора у трајању од 30 до 40 година, неће ли се онда још више устезати код изрицања доживотног затвора? Оно што, насупрот уоченој тенденцији, вероватно може да иде у прилог изрицању, посебно у првим или медијски добро покривеним случајевима, јесте могућ притисак јавности, који је често уочљив у односу на нека од горе наведених дела на која је јавност изузетно осетљива, попут дела против живота и тела и против полне слободе, због појаве тзв. казног популизма.¹⁴

2. Иновирана сврха кажњавања

Кривични законик Републике Србије спада у ред законика који изричито предвиђају сврху кажњавања. У питању је традиција успостављена после другог светског рата, тако да се у свим законима/законцима среће сврха

¹³ Исто, стр. 64.

¹⁴ Више о овој појави у Игњатовић, 2017: 11-32, Соковић, 2013: 121-178.

кажњавања, додуше, другачије формулисана.¹⁵ Сврха кажњавања представља један од критеријума за одмеравање казне, поред граница које су законом прописане за одређено дело и свих околности које утичу на то да казна буде мања или већа (чл. 54 ст. 1 КЗ-а). Наш законодавац полази од тога да је крајњи циљ кажњавања, као и примене осталих кривичних санкција, заштита друштва од криминалитета тј. сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством (чл. 4 ст. 2 КЗ-а). У датим оквирима сврха кажњавања је, и пре новелирања 2019. године, била комплексно постављена, комбиновањем генералне и специјалне превенције, пошто је обухватала следеће елементе: спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела (специјална превенција), утицање на друге да не чине кривична дела (општа превенција), изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона (општа превенција). Када је у питању последња одредница, ваљало би нагласити да у домаћој теорији нема сагласности у вези са њеним значајем, како је једни аутори сматрају само још једним отелотворењем генералне превенције, и то у њеном позитивном виду (Стојановић, 2017: 215), док је други оцењују неутрално, у њој не виде прокламацију ни генералне ни специјалне превенције (Лазаревић, 2011: 224). Томе би се могло додати и да није нелогично ни то да се у формулацији „изражавање друштвене осуде за кривично дело“ пронађе и идеја да се на учињено одговори сразмерном казном, што асоцира на ретрибуцију. Шире посматрано, ретрибуција извире и из општег правила о одмеравању казне, које као параметар узима прописану казну, до које се долази управо проценом друштвене опасности дела, тј. штете коју оно изазива. Такође, ова идеја је прикривено присутна и у каталогу олакшавајућих и отежавајућих околности, међу оним околностима које се односе на дело, јер оне доводе до обликовања казне коју је учинилац „заслужио“ својим лошим понашањем, а исто се може констатовати и за кривицу учиниоца.

Ионако компликовано одређена сврха кажњавања обogaћена је новелирањем за још један захтев – остваривање праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције, те се може поставити питање како ће то утицати на процес одмеравања казне. У теорији је познато да мешовите (спојне) сврхе стварају проблем антиномије, произишао из тога што различити циљеви из њиховог оквира могу да захтевају и различиту казну, па је спорно како их из балансирати, односно да ли неком циљу дати предност или превагу над осталим. Инсистирање на

¹⁵ Еволуцију сврхе кажњавања у нашем кривичном праву видети детаљно у Миладиновић-Стефановић, 2012: 139 и надаље.

специјалној превенцији, посебно на поправљању учиноца, за исход има трајање кажњавања све док се не дође до позитивног помака, а то може да води ка промовисању казни које надмашују тежину дела, ако је процењено да је за поправљање „тврдокорног“ учиниоца потребно више времена. Могуће је и обрнуто, да се са фокусом на поправљању добије казна мања од тежине дела, уколико је учинилац оцењен као некриминална личност. Сумирајући наведено, може се рећи да се оваквим приступом отвара низ значајних проблема, почевши од тога колико је, у демократском смислу, прихватљива сама идеја да држава некога поправља и мења, до тога да до данас нису направљени механизми за прогнозу будућег понашања на које бисмо се могли ослонити као на потпуно поуздане. Генерална превенција, иако се у суштини заснива на истој матрици, предупредујеу недозвољеног понашања, има другачију циљну групу, друштво у целини или бар у већинском делу, а не појединачног, конкретног учиниоца кривичног дела. Ако се као централни циљ узме генерална превенција, може настати аномалија позната као тзв. егземплярно кажњавање.¹⁶ Јасно је да се ради о кажњавању за пример другима, што је још проблематичније, јер се из вида губи и конкретно дело и конкретни учинилац. Исходи су и овде двојаки – или се казна неоправдано повећава преко тежине конкретног дела и кривице конкретног учиниоца да би се послала порука другима, што се дешава када је стопа криминалитета висока, или се казна смањује испод тежине конкретног дела и кривице конкретног учиниоца, уколико нема потребе да се друштву упућује прекор јер је стопа криминалитета ниска. Ако се ствари овако посматрају, следи да нова сврха треба да уравнотежи некада претеране захтеве проистекле из превенције, како генералне, тако и специјалне. Чини се да је у питању позитивна промена, пошто не би било оправдано посебно изрицање строже казне од оне коју захтева степен кривице и тежина учињеног дела, само због тога што би остваривање специјалне и генералне превенције то захтевало.

Како је новину оценила домаћа теорија тешко је рећи, пошто још увек нема радова из којих би се то видело. Са друге стране, поједини активисти ангажовани у области заштите људских права нису баш показали усхићење тим поводом. Наиме, Комитет правника за људска права је, у отвореном писму Министарству правде, оценио као забрињавајућу измену сврхе кажњавања јер се, по њиховом мишљењу, увођењем праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције „*појачава ретрибутивни елемент према појединцу*“.¹⁷ То је даље оцењено као смањивање достигну-

¹⁶ Више о овој појави у Ђирић, 2012: 21 и надаље.

¹⁷ Текст је доступан на <http://www.yucom.org.rs/wp-content/uploads/2019/04/Otvoreno-pismo-Ministarstvu-pravde-povodom-izmena-KZ.pdf>, приступ 09.01.2020. године.

тог нивоа људских права, како је у систему пре измена сврха кажњавања „била равномерно подељена између индивидуалне и генералне превенције“.¹⁸ Међутим, претходно излагање је показало да ово што се назива ретрибутивним елементом не треба схватити као одмазду и враћање зла, већ као задовољење основних принципа кривичног права, као начин да се обуздају претерани захтеви генералне и специјалне превенције, којима се управо и нарушавају људска права, о чему је већ било речи.

3. Нова концепција поврата

Поред казног система и сврхе кажњавања, законске измене су обухватиле и систем олакшавајућих и отежавајућих околности. Конкретније речено, интервенција је учињена код института поврата, тиме што је прописано да ће се, у случају када је учинилац кривичног дела учињеног са умишљајем раније већ био осуђен за умишљајно дело, та околност узети као отежавајућа, уколико од раније осуде или издржане казне није протекло пет година (чл. 55 ст. 1 КЗ-а). Тако је поврат, под поменутиим условима, постао обавезна отежавајућа околност. Овакво решење није својствено нашем систему кривичног права у којем се, традиционално, само набрајају типичне околности релевантне за одмеравање казне, али се не вреднују унапред, већ се оставља суду да процени да ли имају олакшавајуће или отежавајуће дејство и колика је мера тог дејства.¹⁹ Такав приступ лежи на запажању да једна иста околност у односу на различита дела, као и у односу на различити чињенични склоп истог дела, може имати различити значај, те се из тог разлога и не прибегава никаквој априорној законскојоцени. Упркос томе, законодавац је у скорије време почео да напушта овакав начин регулисања олакшавајућих и отежавајућих околности (тзв. отворену листу унапред невређених околности), уводећи као први изузетак посебну околност за одмеравање казне за кривична дела учињена из мржње (чл. 54а КЗ-а), која је, такође, искључиво отежавајућа.²⁰ Тема овог излагања не допушта даље образлагање нелогичности које су на тај начин створене,²¹ тако да ће надаље бити анализирани нове одредбе које се односе на поврат.

¹⁸ Исто.

¹⁹ Миладиновић-Стефановић, 2012: 128-149.

²⁰ Ако је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност суд ће ценити као отежавајућу околност, осим ако она није прописана као обележје кривичног дела.

²¹ Детаљну анализу о томе видети у Миладиновић-Стефановић, 2013: 257-274.

Прво, обавезно отежавајуће дејство зависи од неколико кумулативно постављених услова, најпре од постојања умишљаја у вези са „старим“ и „новим“ делом, што само по себи није спорно. Умишљај указује на значајнију психичку усмереност на недозвољено понашање, како у домену свести тако и у домену воље, па постоје разлози да се у овом контексту то посебно нагласи и издвоји од нехатног поступања. Оно што је међу постављеним условима проблематично јесте временско ограничење – да од раније осуде или издржане казне није протекло пет година. То значи да већ протеклом временског периода од пет година или пет година и једног дана престаје обавеза суда да поврат третира као отежавајућу околност, на основу чл. 55 ст. 1 КЗ-а. Надаље, у критици новог решења може се поставити и питање зашто се међу условима није нашла и природа кривичног дела. Законик уопште не прави разлику да ли се ради о истом, истоврсном или потпуно различитом кривичном делу у односу на оно на које се односи претходна осуда. Не води се рачуна ни о томе каква су дела према тежини, иако је јасно да, у вредносном смислу, није исто да ли се са лакшег прешло на теже дело, или је след ствари био обрнут, пошто се са тежег прешло на лакше дело, уз напомену да то лакше може бити и багателно. Претходно решење из нашег КЗ-а предвиђало је дубље испитивање повезаности између „старог“ и „новог“ дела, те се поврат могао узети као отежавајућа околност при одмеравању казне, водећи рачуна посебно о тежини раније учињеног дела, о томе да ли је раније дело исте врсте као и ново, да ли су оба дела учињена из истих побуда, какве су околности под којима су дела учињена, и колико је времена протекло од раније осуде, односно од изречене, опрштене или застареле казне, ослобођења од казне, од протекла рока за опозивање раније условне осуде или изречене судске опомене. Тако је заостравање казнене политике остварено на двострук начин, не само прописивањем обавезног отежавајућег дејства поврата, већ и смањивањем критеријума који сведоче о повезаности „старог“ и „новог“ дела, што је пројектовано ради ширег и лакшег коришћења ове околности код одмеравања казне.

Посебан проблем који се овде отвара везан је и за чињеницу да у теорији не постоји јединствен став о третману поврата приликом одмеравања казне, почевши од тога да уопште не треба да има утицај на казну, јер је то у супротности са начелом сразмерности, а и води томе да се учинилац теже кажњава због дела за које је већ осуђен и кажњен, до тога да се за свако ново дело учинилац заслужује тежу казну него за претходно, пошто сваким новим делом све више „открива недостатке свог карактера, показује да је асоцијалан и изопачен“.²² Компаративно право садржи раз-

²² Детаљније о различитим криминално-политичким приступима кажњавању за поврат у Ђокић, 2019: 65-71.

личита решења, те се поврат среће и као факултативна и као обавезна отежавајућа околност, док се вишеструки поврат, тамо где постоји узима за поштравајућу околност или као основ за изрицање посебних мера безбедности (Ђокић, 2019: 71 и надаље, Стојановић, 2017: 266-267). Не треба занемарити ни резултате појединих емпиријских истраживања, која су показала да осуђени на дуже казне затвора чешће врше кривична дела након издржане казне, него учиниоци којима је изречена нешто блажа казна (Симеуновић-Патић, 2016: 197).

Такође, можемо се запитати да ли је законодавац потенцирањем обавезног отежавајућег дејства поврата настојао да пошаље неку поруку судовима, да реши неки проблем уочен у њиховом раду, на пример да коригује праксу у којој се овај институт не узима у обзир као отежавајућа околност или се пак неоправдано умањује његово отежавајуће дејство. Тешко је проценити да ли се приликом формулисања описаног решења пошло од неке емпиријске основе која би упућивала на закључак да се поврат погрешно вреднује у процесу одмеравања. Ни Образложење дато уз Закон о изменама и допунама Кривичног Законика није од веће помоћи, како се у њему само констатује да је измену тражило Министарство унутрашњих послова.²³ Полазећи од ранијих искустава са изменама кривичног законодавства, мало је вероватно да је редефинисање статуса поврата резултат неког свеобухватног истраживања, вероватније је удовољавање (популистичким) захтевима за поштравањем кривичноправне репресије, које су приметне и код других новијих интервенција у нашем кривичном праву.

Друго, у ограничавању слободне судијске оцене у домену поврата, законодавац је овога пута отишао још један корак даље, уводећи правило по којем суд (ако су испуњени раније наведени услови из чл. 55 ст. 1) не може да изрекне казну испод границе прописане законом или блажу врсту казне, изузев ако закон предвиђа да се казна може ублажити или да се учинилац може ослободити од казне, а суд га не ослободи од казне (чл. 55 ст. 2 КЗ-а). Поставља се питање шта ово тачно значи. Језичко тумачење указује на то да је овом одредбом заправо искључено тзв. судско ублажавање казне, тј. ублажавање на основу нарочито олакшавајућих околности које указују на то да се и ублаженом казном може остварити сврха кажњавања. Са друге стране, тзв. законско ублажавање је, по новелама из 2019. године, изгледа дозвољено, што је очито на основу језичког тумачења горе наведене одредбе. Оно што „срећу квари“ јесте системско тумачење, којим се открива несклад новела са постојећим чл. 57 ст. 3 КЗ-а. Наиме, ту се већ налази забрана ублажавања казне у случају раније осуђиваности, мада под другачијим условима – да постоји ранија осуда за исто или истоврсно

²³ Видети Образложење, 2019: 4.

дело (дакле, без захтева у погледу времена протеклог од раније осуде односно издржане казне и без инсистирања на умишљајним делима). Забрана ублажавања је ионако раније претрпела критику у домаћој теорији,²⁴ ово је само још један у низу аргумената да се та критика настави и продуби.

Треће, ново уређење поврата није у складу са Препоруком Савета Европе бр. Р (92) 17 која се односи на уједначавање кажњавања.²⁵ Ова Препорука садржи низ стандарда који се односе управо на претходне осуде (видети део Д Препоруке). Тако је изричито наглашено да се раније осуде, ни у једној фази кривичног поступка, не би смеле механички користити као фактор који иде на штету учиниоца. Иако се Препоруком не негира оправданост узимања у обзир претходних осуда приликом одмеравања, ипак се истиче да би казна превасходно требало да буде сразмерна са тежином кривичног дела за које се суди. Између осталог, тако се избегавају аномалије у одмеравању о којима је у претходном излагању већ било речи. Препоруком је прецизирано да дејство претходних осуда при одмеравању казне треба да зависи од њихових карактеристика – оно се смањује или се у потпуности губи, ако је протекао значајан период од претходне осуде; ако је дело за које се суди багателно или је раније дело било багателно; или ако је учинилац кривичног дела млад.

Поред горепомнутих измена, редизајнирањем овог института је у наше кривично законодавство враћен тзв. вишеструки поврат. За његово постојање су кумулативно прописани следећи услови: да је учинилац раније два пута осуђен за кривична дела учињена са умишљајем на казну затвора од најмање једне године; да је за ново дело прописана казна затвора и да је оно учињено са умишљајем; као и да од дана отпуштања учиниоца са издржавања изречене казне до извршења новог кривичног дела није протекло пет година (чл. 55а КЗ-а). Ово прилично подсећа на концепт вишеструког поврата из Кривичног закона СРЈ (у даљем тексту КЗ СРЈ).²⁶ Заправо, кључна разлика се огледа у томе што је раније било неопходно да постоји и испољена склоност учиниоца да и даље врши кривична дела (чл. 46 КЗ СРЈ). У ондашњој теорији је указивано на проблематичност овог услова,

²⁴ Више о томе видети у Делић, 2010: 242-245.

²⁵ Recommendation No. R (92) 17 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd Meeting of the Minister's Deputies), <https://rm.coe.int/16804d6ac8>, приступ 09.01.2020. године.

²⁶ Кривични закон СРЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 35/92, 37/93, 24/94 и 61/01. Иначе, новелирањем овог закона 2003. године укинут је вишеструки поврат, видети Закон о изменама и допунама КЗ СРЈ, *Службени гласник РС*, бр. 39/2003.

потекла из његове тешке доказивости, па се у судској пракси дешавало да се његово постојање аутоматски извлачило из чињенице раније осуђиваности, због чега је Врховни суд Југославије морао да реагује доношењем мишљења да су услови кумулативно постављени, па се услед тога сваки од њих мора самостално, посебно утврђивати и образложити (Лазаревић, 1999: 119). Такође, оцена склоности, како се онда говорило, требало би да буде заснована не само на сличности са раније извршеним делима, него и на основу „свеукупног понашања учиниоца и његове животне оријентације“ (Јовановић, 2000: 471), што је дискутабилно и са аспекта заштите приватности, па не чуди што се од овог критеријума одустало.

Не може остати непримећено да није исти ни услов везан за раније осуде. Да би се сматрао вишеструким повратником по КЗ СРЈ, учинилац је морао раније да буде осуђен „најмање два или више пута“, док је по новелама из 2019. године довољно да је раније осуђен „два пута“. Логичким тумачењем *a minori ad maius*, може се закључити да вишеструки поврат и по важећем решењу постоји и када је учинилац раније осуђен више од два пута, али остаје чињеница да је номотехника могла бити и прецизнија.

Приметно је и другачије правно дејство вишеструког поврата, како је по КЗ СРЈ представљао факултативну поштравајућу околност, уз напомену да строжа казна није смела прећи двоструку меру прописане казне нити законски максимум од 15 година за казну затвора. Како би помогао суду у процени оправданости поштравања, законодавац је дао и одређене смернице, наводећи да се при доношењу одлуке мора водити рачуна о сродности учињених дела, побудама из којих су учињена, околностима под којима су дела учињена, али и о потреби да се ради остваривања сврхе кажњавања изрекне таква казна. По важећем праву, вишеструки поврат представља обавезну отежавајућу околност и то са прецизираном мером дејства, пошто је суд у обавези да казну изрекне изнад половине распона прописане казне (чл. 55а КЗ-а). И ово решење је веома неуобичајно, до сада се у домену редовног одмеравања није задирало у процену мере утицаја на казну. У компаративном праву постоје ретки примери уплитања законодавца у овај сегмент судског рада, али су они предмет оштре критике и напуштани су као неадекватни и неуспешни.²⁷ Чињеница је да наш законодавац, још увек, у томе није отишао у крајност приписивањем одређене нумеричке вредности, одређеног бода или поена релевантним околностима, али се не може порицати да је ограничио слободну судијску оцену. Анализе домаће судске праксе показују да се судови у одмеравању углавном крећу у доњој половини прописаног распона, а по неким истраживањима чак и у првој трећини распона (Стојановић, 2012: 3), па је ово можда покушај ко-

²⁷ Миладиновић-Стефановић, 2019: 205-224.

рекције тзв. несагласности између законске и судске казнене политике. Међутим, само лоцирање изречених казни на прописаној скали, логички посматрано, ништа нужно не говори о судској казненој политици. Често се ово наводи у прилог благодати судова, који не користе све законом расположиве могућности, али то опет, са друге стране, може да се наведе и као показатељ претеране репресивности законодавца, који је предимензионирано реаговао на криминалитет прописујући престоге казне. Да би се заиста дошло до закључка да ли је судска казнена политика блага, требало би је упоређивати са криминалитетом на који се њоме реагује, а не са прописаним казнама. Не улазећи даље у ову компликовану расправу, може се констатовати да је анализираној новели недостајао емпиријски показатељ за образложење оправданости. Тешко је замислити да судови у толикој мери занемарују поврат код одмеравања казне, да би то оправдало описану интервенцију законодавца. Већа је вероватноћа да се често посеже за овом околношћу јер је, за разлику од неких других, лако доказива и објективна. Међутим, ако је тачно да се у време предлога ЗИД КЗРС говорило о увођењу још спорнијег концепта „трећег ударца“, онда усвојено решење и не делује баш толико лоше.

Укратко речено, ново уређење поврата ће сигурно довести до заоштравања судске казнене политике, друго је питање да ли је то неопходно с обзиром на то да се често истиче да су за важећи КЗ карактеристични управо превелики распони у посебном делу.²⁸

4. Измене у вези са ублажавањем казне

Најновији реформски талас захватио је и ванредно одмеравање, прецизније ублажавање казне, као један од његових облика. Пре 1. децембра 2019. године, када су новеле ступиле на снагу, суд је могао да изрекне казну учињеницу кривичног дела испод границе прописане законом или блажу врсту казне, између осталог, и уколико утврди да постоје нарочито олакшавајуће околности, као и ако оцени да се и ублаженом казном може постићи сврха кажњавања. Сада је за остваривање овог факултативног овлашћења суда потребно да постоје „нарочито олакшавајуће околности које указују на то да се са ублаженом казном може остварити сврха кажњавања“ (чл. 56 ст. 3 КЗ-а). Раније су тражена два кумулативно постављена услова за евентуалну примену ублажавања, док је данас за ублажавање предвиђен само један услов. Из самог смањења броја услова је погрешно закључити да је интенција законодавца да олакша и прошири примену ублажавања, јер је управо супротно. Наиме, док су се раније, због законске формулације

²⁸ Миладиновић-Стефановић, 2014: 557-574.

могле узети у обзир било које олакшавајуће околности, под условом да су нарочите, по важећем праву то више није могуће, јер морају да буду баш оне нарочито олакшавајуће околности које указују на то да се ублаженом казном може постићи сврха кажњавања. Укратко, законодавац је овом изменом остао на истој линији коју је већ зацртао, на ограничењу примене ублажавања, које судска пракса изгледа шире користи него што би то законодавац желео (Стојановић, 2017: 269).

У истом правцу иде и проширивање круга кривичних дела за која је забрањено ублажавање казне. Тако је сада и тешко убиство (чл. 114 КЗ-а) обухваћено забраном, али и неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, тачније њен квалификовани облик учињен од стране организоване криминалне групе (чл. 246 ст. 4 КЗ-а). Посматране саме за себе, ове допуне су логичне и није јасно зашто су ова дела била изостављена. Не може се наћи оправдање за искључење ублажавања код много лакших дела од тешког убиства, а не и за само тешко убиство. Исти је случај и са аномалијом која је забрањивала ублажавање казне за основни облик неовлашћене производње и стављања промет опојних дрога као и за облик учињен од стране групе, док је дозвољавала ублажавање ако је исто дело учињено у саставу организоване криминалне групе! Поред наведеног, извршена је још једна измена – раније је забрана ублажавања казне за специјални поврат обухватала само истоврсно, а новелама је додато и исто дело (чл. 57 ст. 3 КЗ-а), што је потпуно оправдано.

Иако, изоловано гледано, измене везане за ублажавање казне нису предмет негативне критике, како исправљају поменуте нелогичности, остаје питање шта се на плану одмеравања казне уопште добија забраном ублажавања. Криминално-политички се овакво решење тешко може бранити, посебно ако се има у виду да КЗ, и после многобројних измена и допуна, и даље предвиђа строге казне и високе посебне минимуме.²⁹

5. Закључна разматрања

Претходно излагање је показало да све законске измене нису у истој равни и да се за неке лакше може наћи оправдање, а за неке теже. Увођење доживотног затвора у казни систем није спорно, мада остаје питање колико

²⁹ Недавно је публикована упоредна анализа казни прописаних за поједина кривична дела против живота и тела, полне слободе, имовине у законодавствима Аустрије, Чешке, Немачке, Словеније, Шпаније, Норвешке, Швајцарске, Црне Гореи Србије, која је показала да наше законодавство, спада у ред строгих по овом питању, уз напомену да се права слика о степену репресивности добија тек и анализом института општег дела, попут забране ублажавања и слично. Детаљно о томе у Стојановић, 2020: 3-33.

ће се нова могућност реално примењивати и да ли ће при томе пресудну улогу имати релевантне околности случаја или ванправни утицаји; нови елементи у оквиру сврхе кажњавања требало би да допринесу њеном уравнотежењу; отклоњене су нелогичности у корпусу правила везаних за ублажавање казне, мада је сама идеја забране ублажавања и даље дискутабилна. Чини се да је експериментисање са повратом најмање успешно, пошто нема доказа да се сложен проблем рецидивизма може решавати искључиво појачаном репресијом, чак има доказа да то може бити лоша, контрапродуктивна стратегија, а утисак о новој концепцији овог института кваре и несагласност са препорукама Савета Европе, као и ограничавање слободне судијске оцене.

Ако би, са друге стране, требало дати неку општу оцену нових могућности у одмеравању казне отворених новелама КЗ-а из 2019. године, онда је то свакако запажање да се наставља са трендом ограничавања слободне судијске оцене и заштравања кривичноправне репресије. Да ли таква оријентација, која је иначе мање-више присутна и у другим земљама, може да донесе неки позитиван помак на плану сузбијања криминалитета? Одговор теорије је одречан, при чему се истиче да не само што се тако не добијају очекивани превентивни ефекти, већ таквим залагањима за преоштру и прешироку кривичноправну репресију стварају озбиљне, штетне последице то и за појединце који долазе под њен удар и за друштво у целини. Ако се превенција криминалитета своди углавном на (предимензионирану) репресију, а то не даје резултате у виду смањења стопе криминалитета, очито је да се у крајњем као исход добија компромитовање ослабљење кривичноправног система, а тиме генерише и криза легитимитета.

Литература

Van Zyl Smith, D., Weatherby, P., Creighton, S. (2014). Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to Be Done? *Human Rights Law Review*. 14. 59-84.

Vinter and Others v. United Kingdom, Judgment 9 July 2013, Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10

Груевска-Дракулевски, А. (2018). Казна доживотни затвор у међународном, европском и македонском праву. *Правни живот*. 9/LXVII. 563-580.

Делић, Н. (2010). Забрана (искључење) ублажавања казне у одређеним случајевима. *Crimen*. 2. 228-245.

Ђокић, И. (2019). Кривичноправно реаговање на вишеструки поврат. *Архив за правне и друштвене науке*. 3-4. 63-81.

Закон о изменама и допунама КЗ СРЈ. *Службени гласник РС*. Бр. 39/2003.

Закон и изменама и допунама Кривичног законика. *Службени гласник РС*. Бр. 35/19.

Игњатовић, Ђ. (2017). Казнени популизам. У *Казнена реакција у Србији*, књ. 7 (ур. Ђ. Игњатовић), стр. 11-32. Београд: Правни факултет

Јовановић, Љ. (2000). *Кривично право, Општи део*. Ниш: Правни факултет

Јовашевић, Д. (2018). *Кривично право, Општи део*. Београд: Досије

Kafkaris v. Cyprus, Judgment 12 February 2008, Application no. 21906/04

Коларић, Д. (2015). Доживотни затвор – pro et contra. *Правни живот*. 9/ LXIV. 641-657.

Кривични закон СРЈ. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90. *Службени лист СРЈ*. Бр. 35/92, 37/93, 24/94 и 61/01.

Кривични законик РС. *Службени гласник РС*. Бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

Лазаревић, Љ. (2011). *Коментар Кривичног законика (друго измењено и допуњено издање)*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион

Лазаревић, Љ. (1999). *Кривични закон СРЈ са краћим коментаром*. Београд: Савремена администрација

Миладиновић-Стефановић, Д. (2019). „Математизовање“ одмеравања казне: ефикасан метод за уједначавање судске казнене политике или неуспели експеримент?. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 85. 205-224.

Миладиновић-Стефановић, Д. (2013). Одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 64. 257-274.

Миладиновић-Стефановић, Д. (2014). Одмеравање казне и прописани казнени распони у Кривичном законнику Србије. У *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет (ур. С. Бејатовић)*, стр. 557-574. Београд-Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу

Миладиновић-Стефановић, Д. (2012). *Редовно одмеравање казне у кривичном праву (необјављена докторска дисертација)*. Београд: Правни факултет

Образложење Закона о изменама и допунама Кривичног законика, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, приступ 09.01.2020. године

Републички завод за статистику.(2019). *Билтен Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужења и осуде 2018*. Београд, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf>, приступ 09.01.2020. године

Recommendation No. R (92) 17 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd Meeting of the Minister’s Deputies), <https://rm.coe.int/16804d6ac8>, приступ 09.01.2020. године

Симеуновић-Патић, Б. (2016). Поврат – криминолошки аспекти. У *Казнена реакција у Србији, VI део (ур. Ђ. Игњатовић)*, стр. 195-213. Београд: Правни факултет

Соковић, С. (2013). Савремени казнени популизам: узроци, одлуке и последице. У *Казнена политика: закон и пракса (ур. С. Бејатовић)*, стр. 121-178. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу

Стојановић, З. (2012). Казнена политика у Србији: сукоб законодавца и судске праксе. У *Казнена реакција у Србији, други део (ур. Ђ. Игњатовић)*, стр. 1-17. Београд: Правни факултет

Стојановић, З. (2020). Казнени распони и репресивност казног законодавства – упоредноправна анализа. *Crimen*. 1. 3-33.

Стојановић, З. (2017). *Коментар Кривичног законика, шесто измењено и допуњено издање према стању Кривичног законика од 1. јуна 2017. године и према стању законодавства од 13. децембра 2016. године*. Београд: Службени гласник

Ђирић, Ј. (2012). Егземпларно кажњавање. *Crimen*. 1. 21-38.

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SENTENCING: THE ANALYSIS OF NEW LEGAL SOLUTIONS IN SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION

Summary

The latest revision of the Criminal Code of the Republic of Serbia in 2019 included, inter alia, changes in the sentencing system. The introduced changes are rather complex, branching out in several directions. First, the intervention into the penal system entails introducing life imprisonment instead of the earlier maximum sentence of 30 to 40 years' imprisonment. Second, the purpose of punishment, as the ultimate guiding principle in the sentencing process, was supplemented by envisaging a new goal: to achieve fairness and proportionality

between the committed criminal act and the severity of the criminal sanction. Instead of having a neutral value in adjudication, the legal relevance of recidivism has also been acknowledged. Thus, under specific statutory conditions, recidivism was envisaged as a mandatory aggravating circumstance; in certain situations, recidivists may also be excluded from or may not be eligible for a sentence reduction. In case of multiple recidivism, the freedom of judicial assessment (discretionary authority) is further restricted by the obligation

to impose a sentence which is required to exceed half of the prescribed sentencing range for a given criminal offense. Furthermore, the prohibition on reducing the imposed sentence (punishment) has been extended to two other criminal offences: aggravated murder (Article 114 CC) and a qualified form of unauthorized production and placing on the market of narcotic drugs (Article 246, para. 4 CC). The paper is an attempt to observe the new legal solutions from a theoretical point of view, particularly in response to the question whether they have contributed to designing a better normative framework for the institute of sentencing.

Keywords: *sentencing, purpose of punishment, life imprisonment, recidivism, Serbian criminal legislation.*

ОДГОВОРНОСТ КАО ЈЕДНА ОД ПРЕТПОСТАВКИ ЗА КВАЛИТЕТ СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИХ ВЕШТАЧЕЊА²

Абстракт: У поступку квалитетне судско-психијатријске процене, одговорност вештака је веома битна претпоставка да се ова комплексна активност ваљано, објективно и правично обави, било да се ради о појединачним или комисијским вештачењима или оним које обављају одговарајуће установе.

Као обележје личности, одговорност се структурише у сложену психолошком процесу сазревања, који је делом условљен конституционалним чиниоцима, а делом факторима уже или шире социјалне средине.

У вештачењима из области психијатрије, одговорност је само једна у мноштву персоналних атрибута вештака, који су претпоставка квалитетних експертиза. Међу осталим су висок степен стручних знања и богато стручно искуство, примеран квантум личног поштења, јасноћа изражавања, спремност за тимски рад итд., што ће у раду бити детаљније елаборисано. На овај начин, стичу се услови за стварање доктринарних предуслова за остваривање боље контроле судско-психијатријских вештачења, што ће повољшати и рад вештака психијатара, али и олакшати правницима да ове доказе боље користе у доношењу правних одлука.

Кључне речи: одговорност, судска психијатрија, експертиза.

1. Увод

Један од круцијалних циљева судског поступка, осим законитости, је и утврђивање објективне истине, односно што реалнијег чињеничног стања. То није увек лако изводљиво, али је неопходно да томе теже правници који

¹ cira@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ Правног факултета у Нишу у периоду 2013–2020. године

руководе поступком или учествују у њему. У том смислу утврђују се и сагледавају чињенице различитог квалитета, при чему је највећи део оних које правници, на основу својих знања и прерогатива, могу оцењивати. Међутим, у одређеним поступцима појављују се и подаци, чињенице или околности које излазе из оквира правне струке, односно део су других научних области или професија. Тада се анагажују стручњаци из тих научних или стручних поља, како би се учиниле „стручне активности чијим се обављањем, уз коришћење научних, техничких и других достигнућа, пружају суду или другом органу који води поступак потребна стручна знања која се користе приликом утврђивања, оцене или разјашњења правно релевантних чињеница”³. Најчешћи начин за утврђивање тих околности у правним поступцима су вештачења, као специфична форма доказне радње, чије је спровођење одређено законском регулативом којом се уређује ток правних поступака.

Честа област у правосудној пракси из које се обављају вештачења је и медицина, када се говори о медицинским вештачењима. Њиховим обављањем се у значајној мери може пружити помоћ органу који води поступак, али и осталим учесницима у поступку, како би објективније сагледали оне битних медицинске околности које су од интереса за конкретну правну ствар. У области медицине најчешћа су судско-медицинска и судско-психијатријска вештачења.

Циљ овог рада је сагледавање одговорности вештака који обављају психијатријска вештачења, па се чини целисходним да, пре основних поставки рада, буду презентована нека одређења психијатријскох вештачења, као и да се ближе прецизира ко је то вештак психијатар и које су његове пожељне карактеристике за одговорно обављање вештачења.

У судско-психијатријској литератури (Ковачевић, 2000:178, Крстић, 1996: 11, Chiswick, Core, 2001: 134) има доста одређења шта је то психијатријско вештачење. Такође, ова материја се сагледава и са становишта правне теорије и законских прописа. На основу њиховог сагледавања може се рећи да је судско-психијатријско вештачење доказна радња у правном поступку којим се даје стручно мишљење о одређеним питањима из области (неуро) психијатрије, односно врши процена психичког стања једне особе и њених психичких способности у односу на одређену правну норму (Ћирић, 2013: 17).

У суштини ради се о читавом низу активности медицинског карактера које обављају психијатри и њихови сарадници, како би што објективније дали изјашњење о стању душевног здравља одређене особе за коју

³ Закон о судским вештацима РС (Службени гласник РС, бр.44/2010) - чл.2

се тражи процена, као и њеним психичким способностима и понашању у време чињење одређене радње која има правне импликације.

2. Законска регулатива која се односи на психијатријска вештачења и вештаке психијатре

Закони који се односе на вештаке и поступке вештачења, па и она која обављају неуропсихијатри, могу се разврстати у две групе. Прву чине они којима се уређује поступак вештачења у различитим видовима судских поступака, а у другој је Закон о судским вештацима Републике Србије, којим се одређује ко може постати вештак, по код којим условима, које атрибуте вештак треба да има итд. .

Процесни закони којима се психијатријска вештачења регулишу у различитом степену прецизирају шта се од ових вештачења очекује и када се и како обављају. У Законик о кривичном поступку⁴ (у даљем тексту ЗКП), осим општих одредби које се односе на вештачења из свих области (од чл.113 до чл. 124), о психијатријском вештачењу се говори у одредбама о посебним случајевима вештачења (Кнежевић, 2006:119). Тако се у члану 131 ЗКП, који је насловљен као Психијатријско вештачење, наводи следеће:

„Ако се појави сумња да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног, да је окривљени услед зависности од употребе алкохола или опојних дрога учинио кривично дело или да је због душевних сметњи неспособан да учествује у поступку, орган поступка ће одредити психијатријско вештачење окривљеног.

Ако се појави сумња у способност сведока да пренесе своја сазнања или опажања у вези са предметом сведочења, орган поступка може одредити психијатријско вештачење сведока”.

У следећем члану (чл. 132 ЗКП) прецизира се шта ће садржати налаз и мишљење вештака када се процењује урачунљивост извршиоца кривичног дела, шта када се процењује способност да прати ток главног претреса, као и то у чему ће се вештаци изјашњавати када се процењује способност за сведочење. Такође, ЗКП садржи и одређења ко ће и како давати стручни предлог за изрицање мера безбедности медицинског карактера (Ђурђић, 2014: 251).

На овом месту желимо да укажемо на следеће, а што је део праксе вештака психијатара, а није прецизније одређено ЗКП. Наиме, некада је предмет

⁴Законик о кривичном поступку (Службени гласник РС бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019)

сагледавања и изјашњења вештака психичко стање и менталне способности жртава кривичних дела, посебно када се ради о неким сексуалним деликтима. Ово се посебно односи на оне ситуације када стање душевног здравља жртве сексуалног чина може бити фактор на основу кога ће се квалификовати кривично дело (напр. Обљуба над немоћним лицем).

У Закону о парничном поступку⁵ (у даљем тексту ЗПП) нема посебних одређења о психијатријском вештачењу, већ се оно сагледава у оквиру општи одредби о вештачењима (од чл. 259 до чл. 275 ЗПП), с тим да се овим законом упућује и на одређене околности које су уређене Законом о вештацима, о коме ће бити више речи касније.

О психијатријском вештачењу говори се и у Закону о ванпарничком поступку⁶ (у даљем тексту ЗВП), у делу који се односи на лишење, враћање или проверу постојања разлога због којих је лице лишено пословне способности. Тако се чланом 38 ЗВП прецизира да ће процену психичког стања и способности за расуђивање обавити најмање два лекара-вештака психијатра. Сматрамо да је учешће најмање два вештака из ове области у овој процени оправдано и неопходно, посебно због тога што је чест исход ових поступака “правна смрт” особе која се лишава пословне способности.

Законом у судским вештацима Републике Србије⁷ се “уређују се услови за обављање вештачења, поступак именована и разрешења судских вештака, поступак уписа и брисања правних лица која обављају послове вештачења, као и права и обавезе лица која обављају вештачење”.

Овим Законом прецизирају се и одређена обележја вештака (чл. 6), као генерални предуслови да неко буде именован за судског вештака и она су:

1. одговарајуће стечено високо образовање на студијама другог степена (дипломске академске студије - мастер, специјалистичке академске студије, специјалистичке струковне студије), односно на основним студијама, за одређену област вештачења,
2. најмање пет година радног искуства у струци,
3. поседовање стручног знања и практичног искуства у области вештачења,

⁵ Закон о парничном поступку (Службени гласник РС бр. 72/2011, 49/2013-одлука Уставног суда, 74/2013, 87/2018 и 18/2020)

⁶ Закон о ванпарничном поступку (Службени гласник СРС бр. 25/82 и 48/88, Службени гласник РС 46/95-др. закон, 85/2012, 45/2013-др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015-др. закон)

⁷ Закон о судским вештацима РС (Службени гласник РС, бр.44/2010) - чл. 1

4. достојност за обављање послова вештачења.

Прва два предуслова нису спорни, јер је то нешто што ће се јасно доказати. Међутим, велико је питање да ли су задња два довољно прецизни и како ће се утврдити њихово постојање код кандидата за обављање ове веома значајне и одговорне активности. Те дилеме се јављају и у односу на вештаке психијатре. Наиме, уколико се целокупна психијатрија одређује као област вештачења, велико је питање колико су сви психијатри који раде у њеним разним подручјима довољно стручно оспособљени за једну специфичну активност као што је форензичка психијатрија. Такође, одређење достојности је веома уопштено и непрецизно, а и зависи од тога ко то процењује, па је и ова потребно својство вештака одређено законом дискутабилно. То је и разлог што сматрамо да има места побољшању законског текста у делу који се односи на квалитете једног стручњака да обавља послове судског вештака.

3. Судско-психијатријски вештак - одређења и потребни квалитети

Да би неко био постао судски вештак из области психијатрије, као што смо из законског одређења видели, потребно је да буде специјалиста психијатрије или неуропсихијатрије, да има најмање пет година рада у струци, искуства у овој области, што се све доказује дипломама о образовању, стручним и научним радовима и потврдама колико дуго ради у струци. Поставља се велико питање да ли је то довољно, односно да ли треба сваког психијатра који испуњава ове услове регистровати као судског вештака за ову област?

Следеће, а не мање значајно, је питање ко процењује да ли презентовани докази неког психијатра квалификују да се нађе на листи сталних судских вештака за ову област? За сада то чине правници или неки други немедицински радници Министарства правде, који, осим сагледавања форме, немају никаву компетенцију да процене суштину квалификатива психијатра да постане вештак. Овакву околност, несумњиво, треба променити, а могући начин је да министарство формира стручну комисију у чијем саставу би били најеминентнији судски психијатри Србије, како би помогла министарству да учини квалитетан избор судских вештака психијатара.

У значајном делу судско-психијатријске литературе наводе се и нешто већи захтеви које један психијатар треба да испуни да би постао судски вештак. Тако Гец (Goetz, 1981: 77) износи становиште да вештак психијатар треба да буде „високо клиничко-медицински образован, да треба поседовати и одређена правна знања, висок степен емоционалне самоконтроле и висок квантум личног поштења“, што се значајно подудару са ставовима и неких

наших аутора (Капамаџија, 1989: 32, Ковачевић, 2000: 179). Чини се да је ово минимум квалитета вештака психијатра, што отвара и питање да ли би сваки психијатар могао постати вештак.

Chiswick и Core (Chiswick, Core, 2001: 7), савим оправдано, наводе пожељна својства вештака психијатра, између осталог и због тога што ће им она омогућити успешно и квалитетно обављање активности у области судске психијатрије. Она су:

- Добро клиничко знање и велико клиничко искуство је основни предуслов који мора испуњавати сваки судско-психијатријски вештак.

Ове околности подразумевају искуство у целокупној психијатрији и добру дијагностичку вештину у односу на широк спектар менталних поремећаја. Ово посебно долази до изражаја у ситуацијама када лице које се вештаци није никада психијатријски сагледавано, па тиме ни постављена психијатријска дијагноза. Такође, наведени квалитет вештака психијатра омогућиће му да адекватно дијагностички сагледа особе код којих још увек није постављена дефинитивна дијагноза, као и у ситуацијама када утврђена дијагноза нема услове да се прихвати као тачна. Ово се некада среће се код одређених менталних поремећаја у почетним фазама испољавања, у ситуацијама је претходно постављена синдромолошка дијагноза, а не она у складу са Међународном класификацијом болести, када површно сагледају лице или када су на делу покушаји да се тенденциозно прикаже психијатријска дијагноза, а да ње у суштини нема. У овим и сличним ситуацијама вештак са добрим знањем и клиничким искуством лакше испуњава своју обавезу да се егзактно изјасни и то како са становишта клиничке дијагнозе, тако и са аспекта одређених психичких способности значајних за правни поступак.

- Аутентична заинтересованост за сагледавање неуобичајених облика понашања и жеља са разматрањем чињеница мултидимензионаних карактеристика требају, такође, да буду позитивни квалитети вештака психијатра. Осим клиничког знања и проицљивости, вештак треба да показује склоност да схвати и сагледа утицај и значај бројних социјалних, криминолошких, виқтимолошких, ситуационих и других фактора, који могу бити од значаја у будућој форензичкој порцени.

- Способност за толерантан однос према тешким пацијентима или испитаницима и емпатијски однос према њима су датни квалитети које вештак треба поседује у остваривању циља да адекватно сагледа психичко стање испитаника и пружи правосуђу очекиване одговоре. Вештак у томе треба да искаже стрпљивост, да сузбије своје негативне ставове, оствари

аутентично поверење са испитаником и да тако створи основу за добро клиничко и форензичко сагледавање.

- **Јасни ставови и држање** неопходни су како би се избегле евентуалне компромисне клиничке процене вештака. Форензичар се мора ослободити неких моралних процена, које се могу јавити као сметња у његовој стручној и професионалној делатности. Такође, вештак не сме да дозволи да га у форензичкој процени воде или да на њега утичу одређена емоционала доживљавања које могу пратити поједине поступке вештачења.

- **Јасноћа мишљења, а посебно јасноћа изражавања** (при давању писаног или усменог налаз) неопходне су особине доброг форензичара. Ове карактеристике треба да омогуће да и учесници судског поступка који нису медицинског, а посебно психијатријског образовања, добро разумеју налаз и мишљење вештака. Због тога је неопходно да вештак разумљивим језиком анализира медицинска, тј. психијатријска питања од интереса за суд, а да истовремено не занемари основе своје психијатријске доктрине и терминологије.

- **Темељност у раду и пажња у процени различитих околности и детаља** треба да обележавају активности психијатара у вештачењима. Због тога вештаци треба да инсистирају на прикупљању и сагледавању свих релевантних околности од значаја за вештачење, посебно у односу на медицинску документацију, податке из судских списа и других извора.

- **Способност и жеља да се прилагоди тимском раду и да у њему по потреби привати водећу улогу** су, такође, неопходни квалитети вештака психијатра. Ове околности долазе до изражаја у ситуацијама када потребе вештачења намећу учешће стручњака разних профила (психолог, социјални радник, педагог, лекар друге специјалности и др.). Њихове задатке и улоге вештак психијатар треба да адекватно координише и усмери их у основном правцу, а то је давање одговора везаних за психичко стање вештачене особе и његове способности које су од значаја за правни поступак.

- Вештак психијатар треба да буде и **добро организована и енергична особа, склона да прихваћене обавезе завршава у одређеним роковима**, како би, на свој начин, допринео добром и ажурном раду правосудних органа.

- Осим наведених, вештак треба да искаже **коректан степен колегијалности и спремности да чује и супротстављена мишљења других учесника судског поступка**.

- Он, такође, мора да буде *спреман да се одупре разним притисцима и изазовима, да буде непоткупљив и искаже пуно поштење и одговорност у раду.*

4. Одговорност вештака психијатра

Сагледавањем постојеће литературе, насловном проблему се може, чини се, приступити са два становишта. Прво је када се одговорност сагледава као обележје личности вештака психијатра, која ће се исказати у поступку обављања вештачења. Друга димензија је када се процењује одговорност за већ учињено судско-психијатријско вештачење.

Први приступ у већој мери припада домену психологије и психијатрије, док је други у далеко већој мери предмет правног сагледавања. У даљем тексту ће бити презентоване обе димензије које се односе на одговорност вештака психијатра.

4.1. Одговорност као обележје личности вештака психијатра

Једно од битних обележја личности који омогућавају остваривање презентованих квалитета вештака психијатра је њихова одговорност.

У најширем смислу, одговорност се може одредити као свестан, субјективни однос човека према друштвеним вредностима (Јовановић, 1973: 81), што би значило да у свом поступању одговорна личност поштује позитивне друштвене вредности и дела у складу са њима или избегава понашање и поступке који се са њима косе. Миливојевић (Миливојевић, 2015) наводи да појам „одговорност” долази од речи „одговарати”, то јест „говорити”, што претпоставља да је одговорна особа она која треба да одговори на неко претходно постављено питање. У ширем контексту, одговорност се може одредити као спремност особе да у складу са постојећим друштвеним, стручним, моралним, правним и другим стандардима обавља задатке који се пред њу постављају.

У складу са овим, произилази да је одговорност једно од кључних индивидуалних обележја које треба да краси вештака психијатра и да је она неопходна за остваривање највећег дела представљених пожељних субјективних квалитета вештака психијатра. Наравно, то није једини позитиван квалитет личности вештака психијатра, већ један у низу међу којима су и стручност, истрајност, аналитично-синтетички приступ решавању проблема, самокритичност, поштење, правдољубивост итд.

Одговорна личност ће овакав однос имати према својој базичној професионалној едукацији и стицању стручних искустава, што ће вештаку психијатру омогућити да има неопходно клиничко знање и искуство. Са одговорним приступом вештака стварају се позитивне претпоставке за квалитетну и објективну дијагностичку процену лица која се вештаче и просто гарантује да ће бити учињено све што је доступно да овај поступак има своје научно и професионално утемељење.

Такође, одговоран вештак ће сагледати и податке који су му потенцијални извори за вештачење, укључујући медицинску документацију, податке из судских списа и друге податке који могу имати психијатријски значај. Овде треба истаћи да је на органу који води поступак да правилно усмери вештака у односу на податке из судских списа које може користити као могући извор за вештачење, што се, на жалост, некада не дешава. Орган који је одредио вештачење некада вештаку психијатру достави све списе предмета, а да му не укаже шта се може користити као извор за вештачење, а шта не. Психијатри нису дужни да то знају, па када им се на то не укаже, дешава се да добијамо експертизе у којима се цитирају кривичне пријаве, решења о одређивању притвора, службене белешке МУП-а и др., што није доказ, а тиме ни извор за вештачење. Такође, орган који води поступак треба да укаже вештаку које од изведених доказа може да користи као извор за своје вештачење, као и да му некада постави алтернативна питања о предмету вештачења, уколико је чињенично стање недовољно разјашњено или је такво да подаци указују на потпуно супротне околности. Тако би се избегле ситуације у којима се вештак опредељује за једну групу доказа, једну верзију неког догађаја, један део медицинских доказа, иако у свим овим елементима има и оних података са другачијим садржајем. Оваквим поступањем правника не би дошло до ситуација када вештак цени доказе и утврђује чињенично стање, чиме прекорачује своја овлашћења у судском поступку.

Вештак који је одговоран, али и професионалан, треба да сузбије свој емоционални однос према одређеној ситуацији или личности, јер га, у супротном, тај однос може одвести у правцу недовољно објективног налаза. Такође, одговораност вештака постоји и када он не прихвати вештачење, јер процењује да га његов лични однос према некој ситуацији или личности може учинити недовољно објективним у форензичкој процени.

Вештак који је одговоран у раду даће свој максимум да одређене психијатријске појмове и формулације или неке стручне термине презентује на књижевном језику, како би ове околности постале што разумљивије немедицински образованим учесницима у поступку. То, наравно, значи да

је вештак који тако поступа таквог квантума знања и вештине да му ове околности не представљају проблем и да му је материја у којој обавља активност вештака у тој мери позната да нема отежавајуће факторе да стручне термине преведе на „народни“ језик. О овим околностима, наравно, треба да води рачуна и орган који води поступак, у смислу да тражи да се медицинске формулације искажу народним језиком, а не да се механички прихвата све што вештак каже, посебно ако су то медицински термини. На жалост, нису ретке ситуације када се високо стручне формулације уносе у записнике без појашњења шта то значи на књижевном језику, па је просто питање како касније правници одлучују о доказима који садрже такве податке.

Одговоран, предузимљив и стручан вештак психијатар без већих проблема прихвата своју улогу у тиму стручњака који обављају вештачење, као и то да у неким ситуацијама руководи радом тог тима. Као стручњак са таквим квалитетом, он организује рад осталих чланова тима, усмерава их у поступању у складу са предметом вештачења, одређује који ће све уско профилисани стручњаци бити, евентуално, придодати тиму, а све са циљем да налаз буде што професионалније сачињен и да у највећој могућој мери одговара медицинској, односно психијатријској истини. При томе вештак који руководи тимом треба да поседује и знања из области које су спецификум осталих чланова тима, да им прецизира шта се од сваког тражи и да укаже на одређене пропусте и затражи њихово исправљање. Са таквим овлашћењима, нужно се намеће, одговорност вештака психијатра руководиоца тима за садржај налаза се повећава, јер је на њему бреме учињених пропуста појединих чланова тима. Због тога се поједини психијатри не могу бранити од указаних пропуста формулацијама „то је био посао психолога и то није мој делокруг рада“ или неког другог члана тима, јер је на њему било да њихов рад организује, прати и критички сагледава.

Вештак психијатар кога краси одговорност, као и енергичност и организованост приступа добијеним задацима тако да све активности предузима на време и у задатим роковима окончава вештачење. Тиме обезбеђује правосудним органима да се ток поступка одвија без застоја, пролонгирања и непотребних одлагања судских рочишта, чиме позитивно утиче и на суђење у разумном року, као и на економичност поступка.

Вештак који је добро стручно оспособљен, који одговорно поступа у активностима вештачења, неће имати проблеме да саслуша и друга стручна мишљења и да одржи колегијалан однос са другим вештацима који учествују у истом поступку. Наравно, вештак ће снагом аргумената образлагати свој стручни судско-психијатријски став, али ће и критички размо-

трети мишљења других и сагледати да ли те околности евентуално утичу на његов налаз и мишљење. Нико од вештака психијатара који учествују у истом поступку не треба да се тврдоглаво држи свог мишљења, иако је јасно да га аргументи других јасно демантују, већ треба да има довољно личног капацитета да те аргументе прихвати или бар добро о њима размисли. На жалост, то није честа пракса. Некада, а посебно на суду, вештаци личе на „војнике у рововима“, који су спремни да воде стручне „битке“, иако муниције за исте више немају. У овом сегменту, колегијалност мора бити значајно изражена, јер у супротном повређујемо једно од основних етичких начела о којима још Хипократ писао - Моје колеге су моја браћа (Хипократова заклетва: портал Свет медицине на длану)

Већ смо презентовали одређење одговорности као „спремост особе да у складу са постојећим друштвеним, стручним, моралним, правним и другим стандардима одговори задацима који се пред њега постављају“. У том контексту је одговорност атрибут личности вештака који ће му омогућити да се супротстави разним притисцима да његов налаз буде другачији од оног како је то објективно, да буде непоткупљив и да у свом раду манифестује пуно поштење. Само тако ће се доћи до објективне психијатријске иситине која је од интереса за орган који води поступак, али и друге учеснике у њему и која ће бити валидна основа за будуће доношење правне одлуке.

На основу до сада презентованих чињеница јасно је да је одговорност вештака психијатра, као и други позитивни квалитети његове личности, битна препроставка са тачно, објективно и професионално судско-психијатријско вештачење. Ове особине вештака психијатра су нужно потребне за обезбеђење доброг квалитета судско-психијатријско вештачења и наставак, посматрано са стручног становишта, ваљане судско-психијатријске експертизе.

4.2. Одговорност вештака психијатра за већ учињено судско-психијатријско вештачење

Генерално, а на основу сагледавања података из литературе, одговорност вештака за обављено вештачење, а у неким ситуацијама и за необављено или оно које није благовремено, може бити вишеструка. Најчешће се наводи да она може бити правна, етичка и дисциплинска.

У раду „Медицинска вештачења у кривичном и парничном поступку“ (Мрвић-Петровић, Ђирић, Почуча, 2015: 729) аутори наводе како се одговорност вештака за учињено вештачење сагледава у разним правним системима, као и у којим то ситуацијама вештаци могу бити одговорни за нешто

што су вештачењем учинили или нису учинили. У осврту на одређене правне системе наводи се да је медицински вештак најчешће заштићен некон врстом имунитета, што је резултат мишљења да вештак “због свог сведочења не треба да буде изложен кривичном гоњењу, нити тужен у парничном поступку”. Овакав став је превасходно проистекао због мишљења да би увођење поменуте одговорности „довело до аутоцензуре код сведока (а вештаци су сведоци стручњаци), па би оклевали да дају исказ, чак и када су на то заклетвом обавезани или би давали пристрасан или неодређен исказ и тако онемогућили да се утврде истините чињенице”.

Правна одговорност вештака, и поред наведених ставова, ипак може уследити у одређеним ситуацијама. Некада ће се она заснивати на кривици и процењивати према правилима „деликтног права”. Са друге стране, ако је вештак приватно ангажован од странке у поступку посебним уговором и уколико прекрши обавезе из уговора и тиме нанесе странци штету, наводи се да „вештак одговара према правилима која важе при процени одговорности за штете код лекарске грешке”.

И у другим правним системима се може утврђивати одговорност вештака за обављено вештачење, најчешће у ситуацијама ако је поступао са намером или крајњом непажњом. У ситуацијама, ако је вештак ангажован на захтев стране у поступку, он може одговорати оном који га је ангажовао уговором, уколико је повредио одредбе уговора. У другим ситуацијама може одговорати по принципима кривичног права, укључујући и ситуације у којима је причинио штету одуговлачењем са подношењем извештаја о вештачењу (Мујовић-Зорнић, 2011: 544).

Вештак може и кривично да одговара у ситуацијама када је његово поступање у изради експертизе очигледно незаконито, посебно у случајевима давања лажних налаза, примања мита за пристрасно вештачење, у ситуацијама када повређује лекарску обавезу чувања тајне, када се служи неистинитим подацима итд. (Мрвић-Петровић и сар.2015: 734).

Осим правне, значајна је и етичка одговорност вештака за обављено судско-психијатријско вештачење. Она може настати у ситуацијама понашања вештака које се коси са општим начелима медицинске етике (понижавање особе која се вештачи, неколегијални и понижавајући однос према колегама вештацима, одавање медицинске тајне, злоупотреба положаја вештака у циљу прибављања материјалне користи, сексуалног искоришћавања заинтересованих странака и др.), као и у ситуацијама када понашање вештака одудара од усвојених етичких стандарда у самим психијатријским вештачењима. У овим ситуацијама могуће је покренути поступак за утврђивање етичке одговорности вештака, који је, чини се најмеродавније

спровести пред етичким комитетом Лекарске коморе Србије (Суд части), јер је одређена процедура за обављање ових поступка, али су и утврђене санкције за неетичко понашање вештака психијатра.

Што се тиче дисциплинске одговорности, она се може спроводити у складу са Законом о судским вештацима, пре свега према одредбама којима се регулишу услови за разрешење вештака (Чл. 19 Закона о судским вештацима). Наиме, одредбе овог члана упућују да ће вештак бити разрешен ако неуредно и несавесно обавља вештачење, нестручно обавља вештачења или даје непотпуне, нејасне, противречне или нетачне налазе. У овом ситуацијама министар може формирати стручну комисију од три члана из реда водећих стручњака у области у којој вештак вештачи, ради оцене стручности рада вештака и може омогућити вештаку да се изјасни о чињеницама и околностима на којима се заснива предлог за разрешење. Овакав приступ је адекватан, али се чини да на исти начин (уз помоћ стручне комисије) треба вршити и избор вештака, посебно у области психијатрије.

5. Закључак

Међу бројним личним квалитетима вештака психијатра, одговорност и одговоран приступ неуропсихијатријским вештачењима су веома значајан предуслов за објективну, квалитетну, реалну и употребљиву судско-психијатријску експертизу.

Чини се да се овај персонални атрибут вештака психијатра подразумева, бар према правној теорији и законским прописима. Међутим, у пракси то није увек случај, што упућује да контролне механизме који стоје на располагању правницима треба користити чешће и, на неки начин, ригорозније. Наиме, задатак правника није само да овај медицински доказ уврсте међу остале, већ и да детаљно размотре налазе вештака психијатра и побољшају критички однос према њима, а што се повремено у судским поступцима не догађа или је то непотпуно.

Одговорност вештака психијатра, с обзиром на презентоване две димензије, може се сагледати као његово лично својство које доприноси квалитетном раду у поступку вештачења, али и као облик критичног сагледавања рада вештака када је експертиза добила коначни облик.

У сваком случају, већи степен одговорности вештака психијатра један је од битних предуслова за повећање квалитета судско-психијатријских вештачења, па на томе треба инсистирати како у правосудној пракси, али и при доношењу прописа који регулишу поступке вештачења, одређују неопходне квалитете вештака, утврђују како и ко бира психијатре за судске

вештаке, који су актуелно таквог садржаја да има доста места за суштинска и значајна унапређења.

Резиме

У раду је анализирана одговорност, као персонални атрибут и квалитет вештака који доприноси бољем квалитету судско-психијатријског вештачења. Такође, презентована су и најчешћа правна становишта како се гледа на одговорност вештака за обављено вештачење и указано на најчешће облике правне одговорности вештака психијатра.

Рад садржи приказ правне регулативе којом се одређује извођење доказа психијатријским вештачењем, законске поставке о начину и неопходним условима за именовање психијатра за судског вештака, а у делу који се односи на одговорност вештака за учињено вештачење и део прописа који се односе за могућност санкционисања вештака психијатра, као и његово разрешење.

Главни део рада односи се на битне психолошке особине које треба да поседује вештак психијатар како би обављао ову одговорну активност, одлике његове стручне оспособљености и односа са особама које се вештаче. Такође, презентовани су и начин организације рада у поступцима вештачења, карактеристике улоге вештака психијатра при обављању тимских вештачења, као и неопходни етички стандарди и особине које треба да красе вештака психијатра.

У контексту наведеног посебно је истакнуто да ће се са већим степеном одговорности вештака психијатра повећати се и квалитет судско-психијатријских вештачења. Због тога ове околности треба да усмеравају како саме вештаке психијатре, тако и правнике који критички сагледавају судско-психијатријске експертисе. Управо из ових разлога, говори се и о начину како се може садржајно побољшати законска регулатива о начину избора вештака психијатара, као и модалитети правне контроле у форми извођења и садржају овог доказа медицинске природе.

Литература

Ковачевић, Р. (2000). *Форензичка психијатрија*, Правни факултет у Бањој Луци-Центар за публикације.

Крстић, Б. (1996). *Судска психијатрија*, Ниш, Студентски културни центар.

Chiswick, D. Cope, R. (2001). *Seminars in practical Forensic Psychiatry*, Royal College of Psychiatry, Gaskell, London.

Ђирић, З. (2013). *Судска психијатрија*, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације, Ниш.

Кнежевић, С. (2006). *Практикум за кривично процесно право-општи део*, Свен, Ниш.

Ђурђић, В. (2014). *Кривично процесно право-општи део*, Правни факултет Ниш.

Goetz, E. (1981). Die Verantwortung des Gutachters, *Medizin sachverhalt*, 77-85, 6265, Berlin.

Јовановић, Љ. (1973). Одговорност и врсте одговорности у нашем савременом друштву, *Зборник радова Правног факултета*, Ниш. 12, 81-106.

Миливојевић, З. (2015). *Одговорност*, <http://www.politika.rs>, Politika online, Београд.

Хипократова заклетва, <http://svetmedicine.com/info/49-istorija-medicine/34-hipokratova-zakletva>.

Мрвић-Петровић, Н. Ђирић, Ј. Почуча, М. (2015). Медицинска вештачења и кривичном и парничном поступку, *Војносанитетски преглед*, 72(8), 729-735, Београд.

Мујовић-Зорнић, Х. (2011). Лекар као судски експерт-права, обавезе и одговорност. У Шћепановић, Г. Станковић, З. Петровић, З. *Судскомедицинско вештачење нематеријалне штете*, Службени гласник, Београд 535-562.

Zoran Ćirić, PhD,
Full Professor, Faculty of Law,
University of Niš

LIABILITY AS A PREREQUISITE FOR THE QUALITY OF FORENSIC PSYCHIATRIC EXAMINATIONS

Summary

The paper analyzes the responsibility, as a personal attribute and the quality of the expert who contributes to the better quality of forensic psychiatric expertise. Also, the most common legal views on how the expert's responsibility for the performed expertise is viewed and the most common forms of legal responsibility of a psychiatric expert are presented.

The main part of the paper refers to the important psychological characteristics that an expert psychiatrist should possess in order to perform this responsible activity, the characteristics of his professional qualification and relations with persons who are being examined. Also, the manner of organization of work in expertise procedures, characteristics of the role of psychiatric experts in performing team expertise, as well as the necessary ethical standards and characteristics that should adorn a psychiatric expert are presented.

In the context of the above, it was especially pointed out that the higher the degree of responsibility of psychiatric experts, the greater the quality of forensic psychiatric expertise, which is why these circumstances should guide both psychiatric experts and lawyers who critically consider forensic psychiatric expertise. Precisely for these reasons, we are talking about the way in which the legal regulations on the manner of selecting psychiatric experts can be substantially improved, as well as the modalities of legal control in the form of derivation and content of this medical evidence.

Keywords: *responsibility, forensic psychiatry, expertise.*

CIP - Каталогизација у публикацији

Народна библиотека Србије, Београд

347.4(082)

343.222(082)

172(082)

341.4:347.53(082)

347.7:172(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција Одговорност у правном и друштвеном контексту (2020 ; Ниш)

Одговорност у правном и друштвеном контексту : зборник радова са Међународне научне конференције 18. септембар 2020. године, Ниш, Србија / [организатор конференције Центар за правна и друштвена истраживања] = The Legal and social context of responsibility : collection of papers from the International scientific conference held on september 18, 2020, Niš, Serbia / [conference organizer The Center for legal and social research ; уредници, editors-in chief Горан Обрадовић, Анђелија Тасић]. - Ниш : Правни факултет Универзитета = Faculty of law, University, 2021 (Ниш : Медивест). - 442 стр. ; 25 cm

Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Сажети ; Abstracts.

ISBN 978-86-7148-275-2

а) Грађанскоправна одговорност -- Зборници б) Кривична одговорност -- Зборници в) Друштвена одговорност -- Зборници г) Међународно кривично право -- Одговорност -- Зборници д) Привредно право -- Одговорност -- Зборници

COBISS.SR-ID 32844041