

**АРХИВ
ЗА
ПРАВНЕ
И
ДРУШТВЕНЕ
НАУКЕ**

4
БЕОГРАД
2022.

АРХИВ ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ
ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

Основаан 1906.

ИЗДАЈЕ

Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и
Институт за политичке студије
Адреса: Крунска 74, Београд; Светозара Марковића 36, Београд
Телефони: 011/2446-910; 011/3039-380
Е-mail Редакције: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 УДК 34 Број 4/2022 Година 117

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.42022>

Главни и одговорни уредник
проф. др Владан ПЕТРОВ

Заменик главног и одговорног уредника
проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ

РЕДАКЦИЈА

проф. др Владан ПЕТРОВ, проф. др Бранко РАКИЋ,
проф. др Небојша ШАРКИЋ, проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ,
проф. др Сретен ЈУГОВИЋ, проф. др Вања БАЈОВИЋ, др Бојан ТУБИЋ,
проф. др Милош СТАНКОВИЋ, др Милош СТАНИЋ,
др Драган ТРАИЛОВИЋ, Ђорђе МАРКОВИЋ

Секретари часописа

др Богдана СТЈЕПАНОВИЋ, Јована МИСАИЛОВИЋ, Војислав БАЧАНИН

САВЕТ

председник Академије наука и умјетности
Републике Српске (АНУ РС) Рајко КУЗМАНОВИЋ,
академик АНУ РС Мирко ВАСИЉЕВИЋ, академик АНУ РС Витомир ПОПОВИЋ,
проф. др Гжегорж ПАСТУШКО, проф. др Рената ДЕСКОСКА,
проф. др Миодраг ОРЛИЋ, проф. др Драгор ХИБЕР, др Живојин ЂУРИЋ,
проф. др Зоран Томић, проф. др Милан ШКУЛИЋ, др Боса НЕНАДИЋ,
проф. др Саша БОВАН, проф. др Никола МОЈОВИЋ,
проф. др Маријана ДУКИЋ МИЈАТОВИЋ, проф. др Драгана КОЛАРИЋ,
проф. др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ, Ирена МОЈОВИЋ,
др Јован ЋИРИЋ, Катарина МАНОЈЛОВИЋ АНДРИЋ, Јелена ИВАНОВИЋ,
проф. др Александар В. ГАЈИЋ, проф. др Дарко СИМОВИЋ

ЧАСОПИС ИЗЛАЗИ ТРОМЕСЕЧНО

Прелом и штампа – Ситопринт, Житиште
Тираж: 50

Радове објављене у овом часопису није дозвољено прештампавати, било у целини, било у деловима, без изричите сагласности издавача. Оцене изнесене у чланцима лични су ставови њихових писаца и не изражавају мишљење уредништва, нити установа у којима су аутори запослени.

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

Established 1906.

PUBLISHERS

Union of Lawyers Associations of Serbia and Republika Srpska
and Institute for Political Studies
Address: Krunska 74, Beograd; Svetozara Markovića 36, Beograd
Phones: 011/2446-910; 011/3039-380
E-mail: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 UDK 34 No 4/2022 Year 117

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.42022>

Editor in chief

Prof. dr Vladan PETROV

Deputy of editor in chief

Prof. dr Milan JOVANOVIĆ

EDITORIAL BOARD

Prof. dr Vladan PETROV, prof. dr Branko RAKIĆ,
prof. dr Nebojša ŠARKIĆ, prof. dr Milan JOVANOVIĆ,
prof. dr Sreten JUGOVIĆ, prof. dr Vanja BAJOVIĆ, dr Bojan TUBIĆ,
prof. dr Miloš STANKOVIĆ, dr Miloš STANIĆ,
dr Dragan TRAILOVIĆ, Đorđe MARKOVIĆ

Secretary of Editorial board

dr Bogdana STJEPANOVIĆ, Jovana MISAILOVIĆ, Vojislav BAČANIN

COUNCIL

President of the Academy of Sciences and Arts
of the Republika Srpska (ASA RS) Rajko KUZMANOVIĆ,
academician of the ASA RS Mirko VASILJEVIĆ,
academician of the ASA RS Vitomir POPOVIĆ, dr. hab. Grzegorz PASTUSZKO,
prof. dr Renata DESKOSKA, prof. dr Miodrag ORLIĆ,
prof. dr Dragor HIBER, dr Živojin ĐURIC, prof. dr Zoran TOMIĆ,
prof. dr Milan ŠKULIĆ, prof. dr Bosa NENADIĆ, prof. dr Saša BOVAN,
prof. dr Nikola MOJOVIĆ, prof. dr Branislav RISTIVOJEVIĆ,
prof. dr Dragana KOLARIĆ, prof. dr Marijana DUKIĆ MIJATOVIĆ, Irena MOJOVIĆ,
dr Jovan ĆIRIĆ, Katarina MANOJLOVIĆ ANDRIĆ,
Jelena IVANOVIĆ, prof. dr Aleksandar V. GAJIĆ, prof. dr Darko SIMOVIĆ

THE JOURNAL IS PUBLISHED QUARTERLY

Print – Sitoprint, Žitište
Circulation: 50

Papers published in this journal may not be printed, either in whole or in parts, without the consent of the publisher. The observations given in the articles are the personal views of their writers and do not express the opinion of the editorial board or the institutions where the authors are employed.

АРХИВ

ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

БРОЈ 4

ОКТОБАР – ДЕЦЕМБАР 2022.

ГОД. 117 СТР. 1–199

САДРЖАЈ

УВОДНА РЕЧ УРЕДНИКА

ЧЛАНЦИ

1. Zehra ODYAKMAZ, Hakan HAKERI – MORAL COMPENSATION IN DISPUTES ARISING FROM HEALTH SERVICES OFFERED BY THE ADMINISTRATION IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE TURKISH COUNCIL OF STATE (PART II)..... 11
2. Слободан И. ПАНОВ – ПРАВОСУЂЕ:
НЕКИ ПРИМЕРИ ДИЛЕМА ДАНАШЊИХ..... 53
3. Снежана РАДОВАНОВИЋ – УЗ ДИЛЕМУ О ДОМЕТИМА
ФАКТИЧКЕ ПРОМЕНЕ УСТАВА 79
4. Саша ЂОРЂЕВИЋ – КРИВИЧНО ДЕЛО ПОРЕСКА УТАЈА
У СУДСКОЈ ПРАКСИ 103
5. Ива ЂОРЂЕВИЋ – КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОСИГУРАЊА 121

ИЗ НАШЕ БАШТИНЕ

1. Родолф Арчибалд РАЈС – ВЕШТАК ПРЕД СУДОВИМА
И У СУДСКИМ ИСТРАГАМА 145

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

1. Филип НОВАКОВИЋ, Маја МАЦУРА – ПОЈЕДИНА КРИВИЧНА
ДЈЕЛА ПРОТИВ ПРАВОСУЂА У БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОМ
ПРАВУ – НЕПРИЈАВЉИВАЊЕ ПРИПРЕМАЊА КРИВИЧНОГ
ДЈЕЛА, НЕПРИЈАВЉИВАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ИЛИ
УЧИНИОЦА И ДАВАЊЕ ЛАЖНОГ ИСКАЗА 153
2. Isidora FÜRST – СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО
ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 171

IN MEMORIAM

1. Владан ПЕТРОВ – IN MEMORIAM: ДР ЖИВОЈИН ЂУРИЋ..... 191

ARCHIVE

FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

№ 4

OCTOBER – DECEMBER 2022

YEAR 117 PAGE 1-199

CONTENTS

EDITOR'S WORD

ARTICLES

1. Zehra ODYAKMAZ, Hakan HAKERI – MORAL COMPENSATION IN DISPUTES ARISING FROM HEALTH SERVICES OFFERED BY THE ADMINISTRATION IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE TURKISH COUNCIL OF STATE (PART II)..... 11
2. Slobodan I. PANOVIĆ – THE JUSTICE SYSTEM: SOME EXAMPLES OF DILEMMAS OF TODAY..... 53
3. Snežana RADOVANOVIĆ – WITH THE DILEMMA ABOUT THE REACH OF THE FACTUAL CHANGE OF THE CONSTITUTION..... 79
4. Saša ĐORĐEVIĆ – CRIMINAL OFFENSE OF TAX EVASION IN JURISPRUDENCE..... 103
5. Iva ĐORĐEVIĆ – CRIMINAL PROTECTION OF INSURANCE..... 121

FROM OUR HERITAGE

1. Rodolphe Archibald REISS – EXPERT WITNESS BEFORE THE COURT AND IN JUDICIAL INVESTIGATIONS..... 145

STUDENT ARTICLES

1. Filip NOVAKOVIĆ, Maja MACURA – CERTAIN CRIMINAL OFFENSES AGAINST THE JUDICIARY IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – FAILURE TO REPORT THE PREPARATION OF A CRIMINAL OFFENSE, FAILURE TO REPORT A CRIMINAL OFFENSE OR PERPETRATOR AND PROVIDING A FALSE STATEMENT..... 153
2. Isidora FÜRST – SUSPENSIVE VETO OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SERBIA..... 171

IN MEMORIAM

1. Vladan PETROVIĆ – IN MEMORIAM: DR ŽIVOJIN ĐURIĆ..... 191

РЕЧ УРЕДНИКА

Број који је пред нама (4/2022) има посебну симболику. Говорим о *трајању* (вид. *Архив 1-2/2019*), о настајању, нестајању и (све)могућем обнављању и настављању – васкрсу, *као мери људских дела и творевина*, оних које одликују интелектуални и духовни садржаји. Овим бројем наш *Архив* завршава један „циклус“, окончава један „мандат“, једно „трајање“. И можда наставља. *Можда...*

Од прошлог децембра обновљени *Архив* никад више неће бити исти. Напустио нас је физички др Живојин Ђурић, наш Жика, човек немерљивих заслуга за живот данашњег *Архива*. Жика ме је пре четири године убедио да вреди „обрисати прашину“ са нашег *Архива*, удахнути му нов живот и наставити, после једног периода заборављања, његово трајање. Данас је *Архив* поново вредан, конкурентан и „тражен“ на, објективно посматрано, скромном „тржишту“ домаћих научних часописа из области правних и друштвених наука.

Не би био ни први ни последњи пут у нашим оквирима да општим циљем надахнуто интелектуално прегнуће неколицине људи нестане или се трансформише у неки други облик, садржину, са неким другим људима, у друкчијем амбијенту и атмосфери. А можда, такав обичан и уобичајен исход овог пута изостане. Ја верујем, као и моји најближи сарадници у *Архиву*, у победу необичног и неуобичајеног. Верујемо да *Архив*, суштински непромењен, чак унапређен, обогаћен новим идејама, потпомогнут добрим и вредним људима, може наставити свој живот, своје трајање. С тим уверењем, односно вером у победу трајања над нестанком, општег над посебним и појединачним, приводимо крају овај „мандат“ и улазимо у нов.

Мишљења сам да је *Архив* дело *интелектуалног патриотизма* (ко је познавао Жику Ђурића добро зна да је он био и интелектуалац и патриота у правом смислу тих речи). *Архив* је *часопис српског права, српског друштва и културе*, заснован на поштовању традиције, али

окренут другима, научним прегаоцима из свих држава региона и шире. *Архив* је окренут другима, јер није „плашљив“ него „неустрашив“; јер није дело приватно-сопственичких интереса него опште правне и политичке културе. *Архив* је, како је Жика говорио, *национално благо*, а ја бих додао да *Архив* мора бити неизоставни *део културног и научног идентитета модерне Србије* – Србије будућности. А наша будућност је већ почела, јер је садашњи моменат већ постао прошлост, а самим тим, садашњост је будућност, јер будућности и нема осим у садашњем моменту. Подсећам на мудре речи блаженопочившег нашег патријарха Павла: „Време је једно трајање које има прошлост, садашњост и будућност. Будућности такође нема, она ће бити. А шта има? Има само садашњост. А шта је садашњост? Док сат не откуца так-так, то је будућност. Кад откуца, то је прошлост. А шта је онда садашњост? Та категорија времена не односи се на Бога. На њега се не односи време. На њега се односи вечност, а вечност је стална садашњост. Нема ни прошлости ни будућности. Нема ни јуче ни сутра. Има само сада“.

Право трајање не познаје „можда“, али ни „мора“. Право трајање као мера (не)пролазности људских дела познаје само *веру* и *љубав*. Ако поступамо с вером и љубављу, онда ће наш и *Архив* и наша *Србија* трајати. Остаје ми да поручим: Идемо даље! На многаја љета!

У Београду, на Светог Саву, 27. јануара 2023. године.
проф. др Владан Петров

Zehra ODYAKMAZ*

Ufuk University Law School
Türkiye

Hakan HAKERI**

Özyeğin University Law School
Türkiye

УДК 613.86(560)

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.42022.1>

Оригинални научни рад

MORAL COMPENSATION IN DISPUTES ARISING FROM HEALTH SERVICES OFFERED BY THE ADMINISTRATION IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE TURKISH COUNCIL OF STATE (PART II)

Abstract

State-owned health institutions in Turkey sometimes have service faults while providing health services. When the injured victim files full remedy action for moral and material compensation, the administrative court asks the Forensic Medicine Institute, which often finds the health personnel to be faultless, saying “there are complications”, and the administrative court rejects the case based on this report. After the plaintiff appeals the refusal decision, the Council of State sees that there is an injustice, does not prefer using the principle of strict liability much, and orders moral compensation to compensate this situation. In this study, material damage, moral damage, material compensation, moral compensation, the characteristics of the damage, the scope of the damage,

* Author is professor at Ufuk University Law School, Chairwoman of Public Law Department, Head of Administrative Law Department. Email: odyakmaz.zehra@gmail.com.

** Author is professor of Criminal and Medical Law at Özyeğin University Law School. Email: hakan.hakeri@medeniyet.edu.tr.

the “rule of initial claim” and the correction will be briefly mentioned, and examples of the decisions of the Council of State on moral compensation will be given. The Council of State sometimes reverses the administration’s decision not to pay moral compensation, even if the administration is not at fault or in cases where a causal link cannot be established, or if the patient would die even if the late-functioning service was performed on time, if there is a lack of information on the patient even though there is no service fault of the administration, if the patient file is not kept, if the patient records are not properly kept, and sometimes finds the amount of compensation awarded by the administrative court less. Thus, the Council of State approves the payment of moral compensation and does not send the plaintiff empty-handed, who cannot prove the necessary conditions for obtaining material compensation.

Keywords: moral damage, moral compensation, initial claim rule, obligation to enlighten the patient, causal link.

1. INTRODUCTION

The subject of this study is about the compensation claims of state hospitals, state university hospitals and other public health institutions in Turkey, when they commit a service fault while providing health services or when they are held responsible even if they are faultless.

Courts of first instance generally give their decisions according to the report of the Turkish Forensic Medicine Institute. The Turkish Forensic Medicine Institute also evaluates the damages in the incidents mostly as “complications” and finds the health personnel to be faultless. The Council of State sees that there is an injustice following the decision of the first-instance court which rejects the case, but does not prefer using the principle of strict liability much, and rules for “moral compensation” to compensate for this situation. For this reason, the decisions of the Council of State on moral compensation will be briefly discussed.

Our aim in this study is to explain that in cases where the aggrieved plaintiff cannot prove that the administration has service fault, the administrative courts should decide to pay compensation by applying the “strict liability principle”, and that this is the fairest way.³

³ Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin, „Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Geçiş (Transition to the Perfect Responsibility of the Administration in the Delivery

The framework of our study is limited to state-owned health institutions.

2. DAMAGE AS ONE OF THE TERMS OF ADMINISTRATIVE LIABILITY

In order for the responsibility of the administration to arise in the provision of health services, first of all, there must be an administrative attitude and behaviour, this administrative attitude and behaviour must cause a damage, this damage must have various characteristics, and there must be a causal link between the damage and the action of the administration.

“The administrative act or action that causes damage must constitute a fault of service or must be suitable for the application of strict liability theories and principles”⁴. Then, in addition to these general conditions, the existence of some other legal conditions related to administrative act and action is necessary for the responsibility of the administration.

Damage is the negative changes, losses and deficiencies that occur in the material or spiritual existence of the person⁵. The definition of the word “damage” is not made in the Turkish Constitution and other laws. The concept is explained by doctrine and judicial authorities.

In the narrow sense, the concept of damage includes material damage; in a broad sense, damage includes both material and moral damage.

of Health Services)”, in: *Legal Liability for Bodily Damages*, (eds. S. Uçakhan Güleç, N. Basa), 1-2 November 2019 Cyprus, International Cyprus University of the Union of Turkish Bar Associations, Friedrich-Alexander Universitat and Cyprus Turkish Bar Association, Ankara 2020, pp. 533-596; Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin, „Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna Doğru“ (From Fault Responsibility of the Administration to Strict Responsibility in Health Services), in: *Bodily Damages in Non-Contractual Strict Liability International Congress*, (eds. S. Uçakhan Güleç, N. Basa), Ankara 2018, Union of Turkish Bar Associations, pp. 287-325.

⁴ Gürsel Kaplan, „İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler (New Developments in the Field of the Administration’s Legal Responsibility Resulting from the Execution of the Health Public Service)”, *Journal of the Supreme Military Administrative Court*, Book 1, No. 19/2004, p.180.

⁵ Hakan Hakeri, *Tip Hukuku* (Medical Law), Special Provisions, Updated 25th Edition, Seçkin Publications, Ankara 2022, p.1283; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Administrative Law), 11th Edition, İmaj Publications, Ankara 2017, p. 383; Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, *İdare Hukuku* (Administrative Law), Revised and Revised 25th Edition, Themis, Ankara 2022, p.136; Serkan Kızılyel, „İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu“ (Administration’s Responsibility for Compensation Arising from Health Services) in: *Ankara Bar Association Ankara University Faculty of Law Health Law Congress* 1-3 November 2007 Ankara, 1st Edition, Ankara Bar Association Publications, Ankara 2008, pp. 217-218.

In its broadest sense, damage can be defined as the unwilling and involuntary decreases and changes in a protected value of a person's property or personality, as a result of an unlawful act.⁶

2.1. Types of Damage

The types of damage include material and moral damage.

2.1.1. Material damage

2.1.1.1. Definition of material damage

Material damage is the decrease in the property of the person without his/her will. In liability law, the concept of property is used in a broad sense⁷. In terms of our subject, the economic future of the injured person, that is, the income and earning probability that will be gained in the future through working activities are also counted among the values that make up his/her assets.

Material damage can be in the form of a decrease in the assets of the property, an increase in the liabilities of the property, deprivation of earnings (deprived profit), expenses incurred as a result of the damage, treatment expenses before death, funeral and burial expenses due to death, deprivation of assistance of the deceased (deprivation of support), expenditures made in the house or apartment where a disabled person lives to meet the needs, interest on the debt that the victim received as a result of the fault of the administration.

Examples of damages caused by injury can be as treatment expenses, damages caused by the decrease or disappearance of working power, and damages caused by the difficulty of economic development.⁸

⁶ Gökhan O. Antalya, *6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (General Provisions of the Law of Obligations According to the Law of Obligations No. 6098), 2nd Edition, Beta Publications, Istanbul 2013, p. 449; Ahmet M. Kiliçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (General Provisions of the Law of Obligations), Expanded 15th Edition Prepared According to the New Code of Obligations, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, p. 287; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Law of Obligations General Provisions), Updated and Enlarged Twenty-Second Edition, with amendments to the Turkish Code of Obligations that will come into force on 1.7.2012, Beta Yayınları, Istanbul 2011, p.168; For detailed information see Serkan Çınarlı, *İdarenin Sağlık Hizmet Sunumundan Kaynaklanan Sorumluluğu* (The Responsibility of the Administration for Execution of Health Service), Orion Bookstore, Ankara 2013, pp. 160-161.

⁷ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.163-164.

⁸ Hakan Hakeri, *op. cit.*, p.1288; Serkan Kizilyel, *op. cit.*, pp. 218-219, pp. 222-227; Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.163-170, 176-180.

Loss of property caused by damages to physical integrity has an important place among material damages. The compensation to be awarded in the event of an accident that causes damage to the physical integrity, for which the responsibility of the administration is accepted, includes as material damages; medical treatment and drug costs, wage and monthly losses, temporary and possible labour losses, and major changes in current conditions.⁹

An issue that should be mentioned is whether material compensation can be ruled in cases where the victim cannot prove the material damage suffered, despite the existence of a defect arising from the provision of health care services¹⁰. Mostly, the patient or the relatives of the deceased cannot document the expenses incurred during the illness and therefore cannot prove it, the administrative court also rejects the material compensation and the Council of State approves the rejection decision. In that case, material damage should be documented. However, in practice, there may be different decisions about what to count as documents. The Council of State has also accepted the documents regarding the payment received by the plaintiff from private persons as valid in some of its decisions.¹¹

In a decision of the Council of State, it has decreed as “*The plaintiff, in whom gauze was forgotten at the operation area after the surgery, is not paid material compensation because he could not prove the expenses he incurred due to the removal of the gauze, but due to the same incident, moral compensation should be paid to the plaintiff in discretion in return for the pain and sadness he suffered during the period the gauze was left in the operation area.*”¹²

In this case, it is obvious and certain that the plaintiff incurred expenses for the removal of the gauze. We think that material compensation – in a broader interpretation – could have been decided. As a matter of fact, it is argued in the doctrine that the “burden of proof” in administrative cases arising from the provision of health services should be on the defendant administration in some cases.

⁹ For different and criticism tolerant decisions of the Council of State, see Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.164-170; For detailed information, see Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.160-161; Gökhan O. Antalya (2013), *op. cit.*, p.449; Ahmet M. Kiliçoğlu, *op. cit.*, p. 287; Safa Reisoğlu, *op. cit.*, p.168.

¹⁰ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.166-167.

¹¹ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 30.03.1998 and numbered E.1997/5583, K.1998/1311; II/C/2/c and footnote 34.

¹² For detailed information, see Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.166-170; The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 19.10.1999 and numbered E.1997/3565, K.1999/5224.

2.1.1.2. Definition and calculation criteria of material compensation

Material compensation is the debt that the person held responsible for the compensation of material damage will be liable for.

In corporal damage - in terms of the incident, the course of the event, how the tortious act took place and the rate of working power loss of the injured person are revealed. In terms of fault, information is collected about the fault rates of the parties in the event. In terms of earnings and payments to be made, income status of the injured person is determined and it is investigated whether there is any benefit due to the event.

If it is a child who has been harmed, since the child will earn a minimum wage by the age of 18, this date is considered as the beginning of the active period. The probable duration of death is determined according to the national mortality table, taking into account the age of the injured person at the time of the incident.

2.1.2. Moral Damage

2.1.2.1. Definition of moral damage

Moral damage is the result of attacks caused by an act or action of the administration on a person's personal rights which are protected by law such as life, physical integrity, health, freedom, name, honour, dignity, commercial reputation, private life, professional secrets, sexual and spiritual integrity. It is the physical and mental pain, distress, tension and sadness experienced by the person due to this attack.

Moral damage is; without a decrease in a person's assets, the pain and suffering of the patient and/or the relatives, anguish, grief, decrease in the joy of life and the temporary or permanent mental changes that may arise due to faulty and unlawful behavior¹³.

Moral damage is the legal result of unlawful damage to the values related to personal rights. Damages that affect a person's feelings, personality and reputation are moral damages. It is not possible to determine the exact equivalent of moral damage by measuring it in money, but these losses are compensated in money.

¹³ Arslan Sevinç Hizal, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu* (Responsibility of Physician and Management Born from Medical Interventions), Turkey and Middle East Public Administration Institute - Public Administration Graduate Specialization Program, Ankara 1999, p.80.

Moral damage; according to the objective definition, refers to the decrease in a person's personality values that occurs against his/her will and against the law. According to the subjective approach; moral damage is the pain, suffering, loss of joy of life due to the attack, and a decline in psychology. The psychological changes that may occur in the person in case of feelings of pain, anguish, and permanent trace due to long-term treatment, suffering, enduring the operation, disability, loss of organ or loss of function, can be given as examples of moral damage.¹⁴

Moral damage can also be separated as “damage due to death” and “damage due to injury”. The subject of the damage caused by death is the pain, sadness and mental distress felt due to the death of a relative. Parents, siblings, spouses, children, grandparents and grandchildren of the deceased may also claim this compensation, provided that they are alive. The Council of State decided that this compensation should also be awarded in favour of the child who did not experience this spiritual suffering as he/she was a minor at the time of death, because the child will feel the pain of this event in the future.¹⁵

The moral damage caused by the injury includes the pain, suffering, sadness and the consequential mental problems of the person whose body structure and appearance is deteriorated. As a rule, this type of damage is in question individually for the injured person, but exceptionally, it may be possible for the relatives to suffer moral damage due to this. As an example, we can give the other spouse's grief due to the spouse who lost the chance to have a child as a result of faulty medical intervention, and the moral compensation request of the spouse of the injured person.¹⁶

2.1.2.2. Definition and calculation criteria of moral compensation

Moral compensation is the debt that the person held responsible for the elimination of this pain will be liable for¹⁷. In moral compensation, psychological reparation is intended, not economic. The aim in moral

¹⁴ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.180-181.

¹⁵ Hakan Hakeri, *op. cit.*, pp. 1289-1290; Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.180-181.

¹⁶ Hakan Hakeri, *op. cit.*, amw., p. 1290; Serkan Kızılyel, *op. cit.*, pp. 227-229.

¹⁷ Kemal Tahir Gürsoy, „Manevî Zarar ve Tazmini“ (Moral Damage and Its Compensation), *Ankara University Faculty of Law Journal*, No. 1/1973, pp.7-56; Nomer Halûk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (General Provisions of the Law of Obligations), Revised 8th Edition, Beta Printing Inc., İstanbul 2010, p.125; A. Şeref Gözübüyük, Tan Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar* (Administrative Law General Principles), Updated 11th Edition, Turhan Bookstore Publications, Ankara 2016, pp.782-783; For detailed information, see Serkan Kızılyel, *op. cit.*, pp.219-225; Serkan Çınarlı, Serkan, *op. cit.*, pp.170-174.

compensation is not to eliminate the damage, but to satisfy the victim's pain and sadness as much as possible¹⁸. In administrative law, while only material compensation was accepted earlier, moral compensation has also started to be decreed in time.

In our opinion, moral compensation should be deterrent for the perpetrator, that is, it should be painful enough to make the perpetrator be more careful. As a matter of fact, while moral compensation is ruled for moral damages, it is now accepted that moral compensation carries a deterrent element as well as satisfaction in developed countries.¹⁹

There is no regulation in Turkish administrative law regarding the calculation of moral compensation. Moral compensation is regulated in the Turkish Civil Code (art. 24-25) and in the Turkish Code of Obligations (art. 56).²⁰

It is not possible to calculate an economic value for the decrease in the personality values of a person, which occurs against will and against the law. For this reason, a wide discretion is given to the judge in determining the amount of moral compensation. The judge cannot act in a subjective and arbitrary manner while exercising this power.²¹

¹⁸ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.170-174.

¹⁹ Ayşe Almıla Pazarci, *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu* (Patient Rights and the Responsibility of the Administration for Health Services), Kırıkkale 2007, T.C. Kırıkkale University Institute of Social Sciences (unpublished master's thesis), p.183.

²⁰ Turkish Civil Code art. 24: "*The person subject to assault on his/her personal rights may claim protection from the judge against the individuals who made the assault. Each assault against personal rights is considered contrary to the laws unless the assent of the person whose personal right is damaged is based on any one of the reasons related to private or public interest and use of authorisation conferred upon by the laws.*".

Turkish Civil Code art. 25: "*The claimant may demand from the judge to take an action for prevention of assault, elimination of such threat and determination of unlawful consequences of the assault even though it is discontinued. In addition to such action, the claimant may also request publication or notification of the recovery or the judgment to the third parties. Right of the claimant to demand compensation for physical and moral damages and to request the transfer of gains incurred from unlawful assault in his favour under the provisions stipulating performance of business without requirement of proxy, is hereby reserved. Claim for compensation of moral damages may not be transferred unless it is accepted by the counterparty; also, it may not be transferred to the heirs by way inheritance unless it is expressly declared by the testator. The claimant may file an action in the probate court at his/her locality or at the settlement place of the defendant for the protection of his/her rights*".

Turkish Code of Obligations art. 56: "*In the event that a person's bodily integrity is damaged, the judge may decide for payment of an appropriate amount of money as moral compensation, taking into account the characteristics of the event. In case of serious bodily harm or death, it may be decided to pay an appropriate amount of money as moral compensation to the relatives of the injured or deceased person*".

²¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku* (Law of Obligations), General Provisions, 23rd Edition, Yetkin Publications, Ankara 2018, p. 821. For more information, see Ömer Şen, *Tam Yargı Davalarında*

While determining the amount of moral compensation, the characteristics of the concrete event, the severity of the faults of the parties in the event, the economic and social situation of the injured person, the magnitude of the moral damage (such as death, injury, just feeling sadness), purchasing power of money as of the date of the event, financial conditions of the parties, disability rate, the magnitude of the pain and suffering that will be felt in the future due to the loss of body strength is taken into account. For example, since the degree of disability of a person who has lost a finger is not the same as of a person who has lost an arm, the amount of moral compensation shall be different.

The amount to be determined as moral compensation should not impoverish the person responsible for the compensation, nor should it enrich the claimant. Since moral compensation cannot be a means of enrichment, it is ruled that a rich person should pay less if he/she harms a poor person, and more if he/she harms a rich person.

Those who can claim moral compensation in case of serious corporal damage are the same as those who can claim moral compensation in case of death.

As in compensation for deprivation of support, there is no need for a bond such as inheritance, affinity or kinship in order to claim compensation due to death. Kins who are emotionally close to the deceased, who have affection in between, shall be able to request moral compensation.

The deceased person's children, spouse, persons with whom he/she lives without a marriage union or with a religious marriage, siblings, and parents may claim moral damages, in case of death of the child.

In case of the death of the stepchild, the parents must prove that they are in pain and suffering. Two friends, who have been business partners for many years and love each other, aunt, uncle, grandfather, grandmother may claim moral compensation in case they can prove that they had affection in between.²²

Zarar Kavramı ve Tazminat Hesabı (The Concept of Damage and Compensation Calculation in Full Remedy Cases), 1st Edition, Adalet Publications, Ankara 2021, pp. 218-222; Antalya O. Gökhan, „Manevî Zararın Belirlenmesi ve Manevî Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevî Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi“ (Identification of Moral Damage and Calculation of Moral Indemnity - A Model Proposal for the Determination of Moral Damage in Two Stages in Turkish Law), *Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies*, No. 3/2016, pp. 217-246.

²² Ömer Şen, *op. cit.*, pp. 123-124. See also. Fikret Eren, *op. cit.*, p. 823; Çelik Ahmet, *İdarî Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları* (Lawsuits for Compensation Due to Death and Bodily Damages in Administrative Jurisdiction), Updated 2nd Edition, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, pp. 862-864; Hakan Hakeri, *op. cit.*, p. 1287.

The Council of State also reversed the decision of the first instance court, which rejected the parent's request for moral compensation because of their child, who could not walk as a result of the faulty medical intervention, and decided that moral compensation should be awarded in order to partially relieve the pain and suffering of the plaintiffs, who are parents.

In the moral compensation requested due to the violation of corporal integrity, moral compensation is ruled due to the pain and suffering of the aggrieved plaintiff, regardless of whether it causes economic damage or not.

According to the decision of the Council of State, there is no restriction for the injured person to suffer "grave corporal damage" in order to hold the administration responsible for the moral damage suffered by the relatives of the injured person. Such a condition is not included in the settled precedent of the Council of State.

2.1.2.3. Characteristics of the damage

2.1.2.3.1. There must be a certain, definite and real damage

The damage must be existent, definite and real. The damage does not have to have occurred to be certain. What is important here is the certainty that the damage will occur in the future. It is certain that the baby whose hand is amputated as a result of a medical error will be harmed in his later business and social life. However, damage that has not yet occurred, is based on estimation, is not certain to occur and is likely to occur, cannot be compensated. Compensation for the lost profit or gain should also be claimable.

2.1.2.3.2. The "initial claim" rule

Administrative courts, by strictly applying the "initial claim" rule for years which does not exist in law, have been limited to the amount of requests in lawsuit petitions. The excess amounts that were proved and calculated during the trial were not ruled in violation of the 7th paragraph of the 125th article of the Turkish Constitution of 1982²³, it always caused the administration to make underpayments, and it rendered decisions unfairly inflicting damage on those who were harmed by the acts and actions of the administration.

The most distinctive feature of human damages is that the damage and its extent can never be known in advance. There is an intense uncertainty

²³ Turkish Constitution 1982, art. 125/para.7 titled "Judicial Way": "The administration shall be liable to compensate for damages resulting from its acts and actions".

at the beginning in death and corporal damage. The fact of learning about the damage and its extent is very difficult, but it is possible at the advanced stages of the proceedings.²⁴

The Council of State could not develop a case-law that would allow the administration to pay the real damage in full. In compensation cases, the calculation of the actual damage suffered is solely on the plaintiff. The damage for which compensation is claimed is necessarily expressed in currency, and the loss of value due to inflation in Turkey, where the trial process last for many years, remains on the plaintiff.

Although it is not included in the Turkish Code of Administrative Judiciary Procedure No. 2577, by applying the “initial claim” with the case-law of the Council of State it has been accepted that the amount of dispute in the petition cannot be increased in full remedy cases. On the grounds that this case-law of the Council of State regarding the initial claim in full remedy cases hinders the exercise of the right to seek justice and the right to a fair trial, an application was made to the European Court of Human Rights and violation decisions were rendered against Turkey by the aforementioned Court.²⁵

2.1.2.4. Reclamation

The Turkish Code of Administrative Judiciary Procedure was amended on 30.4.2013 in order to eliminate the loss of rights caused by the initial claim rule in full remedy cases²⁶. According to this amendment, the amount subject to the lawsuit may be increased for once in full remedy cases. According to the new regulation, the reclamation request can be made at the stages of first instance appeal and appeal.

²⁴ Çelik Ahmet, *op. cit.*, p.40.

²⁵ Decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 17.2.2014 and numbered E. 2013/3669, K. 2014/760; For the violation decision of the European Court of Human Rights on the “on demand rule” in full remedy actions, see *Mikail Tüzün v. Turkey* decision of the European Court of Human Rights dated 27.11.2018 and application no. 42507/06.

²⁶ The new sentence added to the 4th paragraph of the 16th article of the Turkish Administrative Judiciary Procedure Law No. 2577 with the 4th article of the Law No. 6459 dated 11.4.2013: “*However, in full remedy cases, the amount specified in the petition may be increased for once, by paying the fee, until the final decision is rendered, regardless of the duration or other procedural rules and the petition regarding the increase of the amount is notified to the other party to be answered within thirty days.*”; Provisional Article 7 added to the Turkish Administrative Judiciary Procedure Law No. 2577 with Article 5 of the same Law: “*With the Law establishing this article, the provision added to the fourth paragraph of article 16 of this Law, including the legal remedy phase, is also applied in cases pending on the effective date.*”

2.1.2.4.1. *The damage must be unique*

In order for the liability of the administration to arise, the damage must be “unique”. The sphere of influence of the acts and actions of the administration is very wide. These administrative acts and actions show their effects on a large mass of society, so the scope of the damage is wide. The fact that the damage is unique means that only a certain person or persons suffer from these activities, not the whole society. The administration shall not be held responsible for a general damage that affects everyone. In short, the damage should not be for the general public, but should be unique.

2.1.2.4.2. *The damage should be for a legitimate interest*

In order for the administration to be liable for compensation for the damage arising from the provision of health care services, a legally protected right or a legitimate interest of the injured party must have been violated.²⁷

2.1.2.4.3. *Damage must be appreciable in money*

In order for the damage to be compensated, it must be of a kind that can be appraised and measured in monetary terms. Since there is no compensation “in kind” in administrative law and the principle of “in cash” compensation is applied, the damage subject to compensation must be measurable in money.²⁸

2.1.2.5. *The Scope of The Damage*

2.1.2.5.1. *Material damage caused by death*

In general, material damage is the decrease in the property of the person against his/her will. In terms of our subject, material damages due to death are grouped in three:

1) Treatment costs in case death does not occur immediately

Since the expenses made for the care of the patient before death cause lessening in the assets of the heirs, it is possible to request these expenses from the administration. However, if the treatment expenses were covered by a social security institution, it can no longer be requested from the administration. Nevertheless, expenses covered by private insurance companies can be claimed from the administration.

²⁷ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.175-176.

²⁸ *Ibid.*, p.176.

2) Funeral costs

Expenses incurred for works such as transporting the corpse, washing it, burying it, purchasing a grave are within this scope. If these costs are also covered by the Social Security Institution, they cannot be claimed. Expenses covered by private insurance companies can be claimed.

3) Losses suffered by those deprived of the support of the deceased

The damage suffered by those who continue their lives with the support of the deceased, that is, the loss resulting from the loss of support is a material damage.

Here, there is no regulation on how to calculate this material damage suffered by third parties – in terms of administrative law. It is generally tried to be determined according to the Turkish Code of Obligations (art. 53/ clause 3).²⁹

In this context, it is accepted that the deceased's parents, children and spouse are deprived of support. Exceptionally, it is possible for siblings, common-law spouse and non-marital child to qualify for this compensation. In the event of the spouse's subsequent marriage, this compensation cannot be awarded.

The administrative court refused to pay compensation to the family because of their children, who were harmed as a result of faulty medical treatment, on the grounds that compensation for loss of support would only be paid in the event of death. The Council of State reversed this refusal on the grounds that the plaintiffs' material rights would be violated due to the fact that the plaintiffs' child would not be able to walk, and that both the health expenses and the care expenses of the child who would not be able to walk throughout his life would increase.³⁰

This compensation is calculated by an expert, and issues such as the material situation and age of the deceased, the financial situation and age of the person seeking compensation, the degree of closeness between the deceased and the person seeking compensation, the nature of the assistance provided, the marriage chance of the surviving spouse, are taken into account.³¹

²⁹ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.176-177; 3rd paragraph of Article 53 of the Turkish Code of Obligations, titled "Death": "*Losses suffered by those who were deprived of the support of the deceased*".

³⁰ Decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 25.2.2009 and numbered E. 2006/2371, K. 2009/1339.

³¹ Turkish Code of Obligations art. 55/para.2: "*The provisions of this Law are also applied in claims and lawsuits regarding damages due to the partial or complete loss of bodily integrity or death of a person caused by all kinds of administrative acts and actions and other reasons for which the administration is responsible*".

If the deceased patient is a child, compensation for lack of support should be paid to the family. According to the Council of State, “...*The Administrative Court rejected the plaintiffs’ claim for compensation for lack of support on the grounds that due to the young age of the deceased child it is not possible for the child to provide financial support to relatives in the present and in the near future and therefore making the defendant administration pay compensation for lack of support would not be incompatible with the rules of right and equity... If the death of the plaintiff’s child, who died at the age of 6.5, had not occurred, it is highly probable that he would have been in the care and supervision of his parents until the age of 18, and that he would have been able to work in an income-generating job after the age of 18 in the normal course of life and events. Considering the traditions, lifestyle and conditions of the place where he lives, working and education-training situations from this age on, it is necessary to calculate the damage claimed due to the possible loss of support to his parents...*”³²

2.1.2.5.2. Damage caused by injury (Corporal damages)

Damages caused by the deterioration of corporal integrity can be gathered in three groups:

1) Treatment expenses

Treatment expenses include the medical interventions made to regain the physical integrity of the injured person, the transportation expenses he/she spends to receive this treatment, the doctor, the surgery, the hospital, the companion, the physical therapy, the care if medically necessary and other similar expenses.

2) Damages arising from loss or reduction of working power

The person whose physical integrity is deteriorated will no longer be able to do his/her job, profession, art, which he/she did before the event, either for a certain period of time or continuously, because his/her working power is reduced or completely destroyed. This situation will cause a decrease in the assets of the victim, and thus a loss of earnings.³³

3) Losses arising from the shaking of the economic future

Even if the deterioration of physical integrity does not affect the working power of the victim, it can undermine his/her economic future. The injured person may not be able to find a new job in the job market, in economic competition, or may have difficulty in keeping his/her old job.

³² The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 17.1.2001 and numbered E. 1998/1504, K. 2001/78.

³³ Serkan Çınarlı, *op. cit.*, pp.177-178.

Even if he/she continues to work in the same job, may have to spend more effort, attention and energy than before³⁴. As an example of this situation, we can give members of professions such as belly dancer, model, hotel staff.³⁵

The loss of workforce is not only the inability to continue the work in progress. Even if the work is continued, it should also be taken into account whether or not it is done more difficult than before. If the patient suffers 92% of labour loss due to faulty medical intervention, since it is not possible for a person in this situation to maintain his/her life alone, the financial compensation to be calculated over the minimum wage must be paid as the caretaker's wage.

Even if the plaintiff's disability rate (34% in the case subject to the decision) does not cause a decrease in his salary, it causes material damage. Yet this situation shall affect the daily life of the plaintiff and cause him to do his job with more effort.

Although the certificate of receipt obtained from a private person regarding that the patient who was harmed by the faulty medical intervention was taken care of, and the document regarding the payment received from a customer of the patient working as a daily cleaning service, were not considered as concrete documents in the calculation of material compensation by the local courts (first instance administrative courts), the Council of State has accepted both documents as valid.³⁶

The European Court of Human Rights, in its decision regarding the HIV-positive blood transfusion patient, ruled that the scope of material compensation should be broader: *"The Court accepts that the domestic courts had a sensitive and positive approach to the determination of the responsibilities of the Red Crescent and the Ministry of Health and to the payment of compensation to the applicants. It considers that the most appropriate remedy in these circumstances would be to award the defendants moral compensation, in addition to reimbursement of the first applicant's treatment and medication costs throughout his/her life. The Court therefore concluded that the compensation offered to the applicants was far from satisfactory within the meaning of the positive obligation under Article 2 of the Convention"*.³⁷

³⁴ *Ibid.*, p.178.

³⁵ Fikret Erem, *op. cit.*, p.776.

³⁶ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 20.2.2013 and numbered E. 2013/149, K. 2013/1397; The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 10.11.2008 and numbered E. 2006/6098, K. 2008/7590; Gökcan Hasan Tahsin, *Tibbi Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluk* (Legal and Criminal Liability from Medical Intervention), 3rd Edition, Seçkin Publications, Ankara 2017, p.1411 et al.; II/A/1/a and footnote 9.

³⁷ *Oyal v. Turkey* decision of the European Court of Human Rights dated 23.3.2010 and application no. 4864/05.

2.1.2.5.3. Damages to property

Body-worn prostheses can be given as an example of property damage in terms of health services.³⁸

3. EXAMPLES OF THE DECISIONS OF THE TURKISH COUNCIL OF STATE ON MATERIAL DAMAGES

3.1. The Attitude of the Turkish Council of State in General

While moral compensation used to have various functions such as compensation, satisfaction, punishment and prevention in administrative justice, today the deterrent function has begun to be emphasized henceforth.

The aim of moral compensation is not just to give the victim a sense of relief. At the same time, it is to warn the administration, which has damaged by its service fault, to show the necessary attention and care.

Moral compensation should be determined in a way that does not lead to enrichment. However, the amount to be appreciated by the court at the end of the full remedy action should also be in an amount that will show the gravity of the administration's fault.³⁹

3.2. Decisions of the Turkish Council of State on Moral Compensation

3.2.1. *The Council of State sometimes finds the amount of moral compensation decided by the administrative court to be too low and reverses the decision of the administrative court*

According to the Council of State, “*Moral compensation is not a means of compensating for a decrease in patrimony but a means of satisfaction. It aims to alleviate, even partially, the pain and suffering felt due to the incident. Although the moral compensation should be determined in a way that will not lead to enrichment due to its stated nature, the amount to be appreciated due to the nature of full remedy cases should also be at a rate that reveals the severity of the administration's fault...*”⁴⁰ So, according

³⁸ For detailed information, see Serkan Çinarlı, *op. cit.*, p.180.

³⁹ See The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 29.9.2016 and numbered E. 2016/3335, K. 2016/4715; Decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 12.2.2019 and numbered E. 2018/3317 K. 2019/515.

⁴⁰ Decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 21.02.2017 and numbered E. 2016/7912, K. 2017/841.

to the Council of State, it is seen that the amount of moral compensation determined by the court is not at a level that will partially relieve the pain and suffering and reveal the severity of the fault of the administration.

A lawsuit was filed demanding a total of 100,000 TL for material compensation and 400,000 TL for moral compensation on the grounds that the defendant administration was at fault in the death of the plaintiffs' baby while he was in the new-born unit of a university's medical faculty.

In the report of the Forensic Medicine Institute, it was stated that there was a service defect in the death of the babies of the plaintiffs who were treated in the premature unit, since it was understood that an infection occurred as a result of not taking adequate protective and preventive measures in the hospital environment.

In line with the report of the Forensic Medicine Institute, the administrative court ruled for a total of 17.000 TL of material and 20.000 TL of moral compensation due to the service fault of the administration.

The Council of State decided as follows; "...*The moral compensation to be appreciated should be in the amount that will reveal the severity of the fault of the administration, and the accepted part of the decision should be upheld, and the moral compensation should be reversed in terms of the rejected part.*"⁴¹

The plaintiff had to undergo a second operation because forceps were forgotten in her body after an operation. As she used to go for house cleaning with a daily wage, she filed a lawsuit demanding material and also moral compensation for the calculation of the days she was deprived of work. The Council of State did not find the amount of moral compensation assessed by the court of first instance at a level that would partially relieve the pain and suffering felt, and reveal the severity of the fault of the administration, and finding the assessed amount of moral compensation insufficient, decided for modification of it.⁴²

⁴¹ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 12.6.2014 and numbered E.2013/3974, K.2014/5127; We would like to quote here a contrary decision of the Council of State, which found the amount of non-pecuniary compensation exorbitant: "*A live baby was delivered to the mother by normal delivery, the baby was taken to the newborn service with the complaint of groaning and then sudden bruising, was intubated and died, due to the fact that the responsible doctor does not show the necessary care and attention - also with the report of the Forensic Medicine Institute - moral compensation...is a means of satisfaction...that the amount of moral compensation appreciated is exorbitant.....reversal of the decision...*". Decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 1.7.2019 and numbered E.2019/1175, K.2019/5184.

⁴² The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 10.11.2008 and numbered E.2006/6098, K.2008/7590.

While the birth of a baby weighing 5 kilograms should have been done by cesarean section, it was delivered normally and the baby was disabled. The amount of moral compensation appreciated by the court of first instance was not at a level that would relieve the pain and suffering even partially, and reveal the severity of the administration's fault. According to the Council of State, moral compensation needs to be modified.⁴³

*3.2.2. The Council of State sometimes decides
that the moral compensation claim rejected by
the first instance court should be paid*

The plaintiff got sick and went to a state hospital, his/her left leg lost its function as a result of the wrong injection, and he/she filed a lawsuit for material and moral compensation for the damages suffered.

Administrative court decided to reject the case based on the Forensic Medicine Institute's assessment saying that "...*There is no finding that the defendant administration has committed a fault of service*", "...*neuropathy is an expected complication of injection practices*".

According to the Turkish Patient Rights Regulation dated August 1 1998; the patient's right to seek diagnosis, treatment and care in accordance with medical requirements (HHY. art.11) and the right to medical care (HHY.art.14) have been violated.⁴⁴

The valuable opinion of the examining judge of the Council of State at the appeal stage, which we think very neatly expressed, is as follows: "...*Regarding injection neuropathy, it is evaluated in the reports of the Forensic Medicine Institute that neuropathy is an unpreventable and unpredictable complication that can develop even if the procedure is performed on the right area. It is understood from these reports that intramuscular injection is an application that is applied for the treatment of other ailments,*

⁴³ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 4.12.2012 and numbered E.2008/6628, K.2012/6278.

⁴⁴ Article 11 of the Turkish Patient Rights Regulation dated August 1 1998, titled "Diagnosis, Treatment and Care Appropriate for Medical Requirements": "*The patient has the right to demand diagnosis, treatment and care in accordance with the requirements of modern medical knowledge and technology.*

Diagnosis and treatment cannot be made contrary to the principles of medicine and the provisions of the legislation related to medicine."

Article 14 of the Turkish Patient's Rights Regulation, dated August 1 1998, titled "Medical Due Diligence": "*Personnel show the medical care which the patient's condition requires. Even if it is not possible to save the patient's life or preserve his health, it is obligatory to try to reduce or relieve his suffering."*

but can cause symptoms that are not previously present in the patient, and that carries a serious risk in this sense. This practice, which is one of the ways of giving medicine to patients, is frequently preferred in health institutions, the decision to follow this method is taken by the physicians, and the patient does not have the control in selection of this method. It is clear that in cases where the application error of the healthcare personnel is detected in injection practice, the administration will be responsible for the service fault and there will be a possibility of recourse to the relevant personnel. In the event that a medical error cannot be detected, the damage arising as a result of such a risky but indispensable practice must be compensated in accordance with the principle of strict liability as a requirement of being a social state of law and equity. For this reason, in the dispute that is the subject of the case, although it cannot be determined that the health personnel has a fault in the injection practice, it is thought that since the plaintiff's claims for material and moral compensation should be evaluated within the framework of the principle of strict liability, the appealed court decision regarding the rejection of the case should be reversed".

We do not agree with administrative court's decision regarding the rejection of the claim for material compensation based on the Forensic Medicine Institute's report stating as "...expected complication of injection practices....".

According to the Council of State, service fault shall be pursued first. If there is no service fault of the administration, it should be examined whether the principle of strict liability shall be applied. In addition, the existence of moral damage does not depend only on honour, dignity and dishonourable acts and actions, or on the disability that occurs in the physical integrity of the person, or on the condition of experiencing severe pain and sadness due to death. For the existence of moral damage and the judgment of moral compensation, it is sufficient for the persons concerned to feel sadness and distress due to lack of receiving adequate service caused by the inability of the administration to provide the public service that it is obliged to carry out in full.

The decision of the Council of State is as follows: "... The record on injection application (perpetrator, application time) could not be found....it could not be determined by whom it was practised....Considering that the failure of the administration to determine whether there is a service defect or not is due to deficient medical records, it is clear that the plaintiff will not be able to reach the material truth (the cause of the disorder) regarding the events that developed during the treatment process due to deficient

*medical records that will enable the plaintiff to learn about the treatment applied and the cause of the harmful result and will have a lifetime of doubt.... While the moral damage suffered by the plaintiff due to the fact that he will not be able to learn the cause of his illness should be compensated, taking into account the principle that moral compensation cannot be a means of enrichment, there is no lawfulness in the rejection of the moral compensation claim.... reversal of the part of the administrative court's decision regarding the rejection of the moral compensation claim....*⁴⁵ We agree on The Council of State's mentioned decision.

The inheritor passed away while trying to be treated in the state hospital where she was taken due to her illness... The device that measures PTZ does not exist in the hospital... The blood taken was sent to a private hospital, the result was delayed, and the patient died. The heirs filed a lawsuit seeking compensation on the grounds that the defendant administration had a service fault. The Forensic Medicine Institute stated that there was no fault to be attributed to the health institution since the patient's recovery was not certain.

According to the Council of State: "... *It is clear that the health service is not carried out properly due to the lack of a device to measure PTZ in the hospital. According to the plaintiffs, it is claimed that due to the inability to measure PTZ, the measurement was made in a private hospital, the time was wasted and so their relatives died....The service fault is obvious and although this situation did not cause the death of the plaintiffs' decedent, it was seen that it caused suspicion, anxiety and sadness in the plaintiffs that the treatment of their descendants was not carried out properly.... While it was required to decide on moral compensation in favour of the plaintiffs.... the reversal of the court decision regarding the rejection of the request....*"⁴⁶

The relatives of the deceased patient, considering that the death was the result of an injection to which the patient was allergic, filed a lawsuit for moral compensation against the administration with the allegation of the existence of administration's service fault.

The administrative court first stated that "...*According to the principles of administrative law and the established case-law of the Council of State, in cases where the service benefited by the harmed person has a*

⁴⁵ For the opinion of the examining judge of the Council of State, see The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 5.4.2018 and numbered E.2013/12141, K.2018/3369.

⁴⁶ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 24.12.2015 and numbered E.2015/7924, K.2015/9158.

risky nature, the administration is not obliged to compensate for the damages that were caused during service and not arising from a serious fault, that the health service is one of the risky services.” Administrative court had an expert examination done in order to determine whether the defendant administration had a serious service fault in the death event. The expert summarized in the report as follows: “*The treatment applied to the victim before and after the injection is appropriate and sufficient.... It is thought that if the necessary action for the patient was taken earlier death might not occur, but monitoring and follow-up of the patient after streptomycin injection is not a routine practice, therefore, the reflection of the patient’s complaints to the physician and nurse is late according to the statements, and it would be useful to determine the time between the application of streptomycin and the emergency response*”.

The administrative court did not consider the objection made by the plaintiff’s attorney to the expert report appropriate, and considering that the expert report was of the nature to be taken as a basis for the decision, decided as follows: “*...According to the information and documents in the case file and the expert report, the defendant administration did not have a gross service fault in the death of the plaintiffs’ relative, and the incident does not fall into the cases of strict liability specific to the administrative law.... To the rejection of the request for moral compensation.....to the rejection of the case...*”.

The plaintiff party appealed the decision of the administrative court, and the Council of State made the following decision by focusing on the expert report on which the administrative court based its decision in the appeal review: “*In the expert report, it is stated that since the patient does not mention his/her drug allergy, it is not a deficiency to do a drug test on the skin, and although the drug trial test on the skin is negative, anaphylaxis may develop during the injection of the drug and death may occur.... Thus, it has been accepted that the injection in question can cause death. Although a drug test on the skin is required, the patient must be followed up after the injection, even if the drug test has not been performed on the skin.... Since it was understood that sufficient observations were not made.... in the death event, the defendant administration had a gross service fault.... Administrative court’s decision to reject the moral compensation claim was not considered legally accurate...*”. The Council of State reversed the decision of the administrative court on the grounds that enough observation was not made on the patient.⁴⁷

⁴⁷ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 1.6.1994 and numbered E.1993/363,

Without getting the patient's consent, even though the patient warned the doctor about the wrong tooth extraction and it was possible for the dentist not to extract the teeth, the doctor extracted the healthy teeth without a new examination. The Council of State ruled for the reversal of the administrative court's decision regarding the rejection of the moral compensation claim.⁴⁸

3.2.3. The Council of State can sometimes rule for moral compensation even though the administration is not at fault

In some of its decisions, the Council of State rejects the request for material compensation because the expert report does not attribute a fault to the physician, but can rule for moral compensation.

During the curettage procedure in a health centre, the plaintiff's uterus was perforated and removed. With the diagnosis of missed abortion, curettage was performed twice, during examination it was observed that the fetus and sac were not removed, and curettage was performed again.

Based on the Forensic Medicine Institute's report stating that "..... *During the curettage procedure uterine perforation may develop, there is a complication that is not caused by fault or neglect there is no defect attributable to healthcare staff....*" administrative court rejected the case.

The Council of State decided as "... *In order to alleviate, even partially, the pain and sadness of the plaintiff, who lost her ability to have a child, due to the incident, considering the principle that moral compensation cannot be a means of enrichment, it should be decided to pay moral compensation, but there was no legal appropriateness in the decision to reject the case. to the dismissal of the case....*"⁴⁹

3.2.4. The Council of State rules for moral compensation in cases where a causal link cannot be established between the faulty health care service and the death or injury of the patient

The Council of State rejects the claim for material compensation in cases where a causal link cannot be established between the faulty health care service and the death or injury of the patient. However it rules for moral

K.1994/2502.

⁴⁸ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 13.7.2010 and numbered E.2007/6322, K. 2010/5981.

⁴⁹ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 3.12.2019 and numbered E.2019/6435, K.2019/9191.

compensation on the grounds that the faulty execution of the service alone causes moral damage to the plaintiffs.

The child with fever and pain was treated as an outpatient in the hospital and sent home, was taken back to the hospital, transferred to another hospital, and since there was no pediatric department, was transferred to another hospital. The child died half an hour later. According to the Forensic Medicine Institute, healthcare staff are not at fault. Although a causal link could not be established between the deficiencies in the execution of the health service and the death of the child, the fact that the service was not carried out properly caused the plaintiffs to suffer and decided to award moral compensation in order to alleviate this pain and sadness, even partially.⁵⁰

The child was taken to the hospital due to an eye disorder, the assistant doctor recommended occlusion treatment, glasses were prescribed, the child's complaints continued, he was taken to another hospital, coats disease was detected, he was operated on, the cyst could not be removed due to its enlargement, the child lost his sight to a large extent. The Forensic Medicine Institute stated that the treatments applied to the minor were in compliance with the medical rules, and that if the diagnosis was made on time, it would not be medically known whether his vision would improve or not, and reported that a causal link could not be established between the damage and the action of the administration.

According to the Council of State; "...*There is hesitation about whether there is a causal link between the health service provided by the administration and the decrease in the child's level of vision ... It is necessary to clarify the extent to which improvement could be achieved or the extent to which the progression of the disease could be prevented if early diagnosis was made..... A decision should be made by obtaining a report from the Supreme Council of Forensic Medicine, in which the stated issues are answered in a clear and understandable way... As a result of incomplete inspection.....to the dismissal...*"⁵¹

If there is no connection between the action of the administration and the damage caused, the administration does not have an obligation to indemnify.

Even if the probability of recovery of the patient is low if there was no erroneous medical intervention, the existence of a causal link, if any, should be accepted.

⁵⁰ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 19.4.2018 and numbered E. 2013/11764, K. 2018/3886.

⁵¹ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 8.5.2019 and numbered E.2019/1200, K.2019/3697.

The expert's report stating that the probability of recovery is low and that the result will not change much even if treatment is started on time, is sufficient for a causal link.

A public hospital decided to "transfer" the patient to another location, but did not allocate an ambulance. Relatives of the patients had a traffic accident while taking the patient in a private car, and the patient died. The Council of State rejected the claim for compensation on the grounds that "there is no proper causal link between death and health care".⁵²

We do not agree with the narrow interpretation of the causal link, on the grounds that if the absence of an ambulance is a service defect, the link between this behaviour of the administration and the result is not very indirect.

According to a decision of the Council of State: "*In terms of the responsibility of the administration for the health service provided, although existence of a direct causal link between the damage caused by the direct medical practice and the action of the administration is necessary for material compensation claims, there is no such requirement in terms of moral compensation, some deficiencies in the health service provided shall be sufficient for moral compensation to be adjudicated.*"⁵³

For this reason, in cases where the causal link is unclear and where the Council of State rejects material compensation, it can rule for moral compensation.

In another incident, the Forensic Medicine Institute decided in its report that although the actions of the physician and midwife were wrong, the contribution of these missing or faulty actions to death could not be known. Therefore, a causal link between the administrative act and the damage cannot be established. So, the circumstances for material compensation did not develop. However, in the decision to be rendered as a result of the ongoing criminal case against the officials of the defendant administration, in case of an examination that will lead to the establishment of a causal link between the damage and the administrative activity, it is clear that this matter will need to be evaluated by the administrative court.⁵⁴

There are many decisions made by the Council of State in this direction recently: "*In the light of the scientific reports included in the file,*

⁵² The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 31.3.2009 and numbered E.991, K.2009/2519.

⁵³ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 21.1.2016 and numbered E.2015/613, K. 2016/150.

⁵⁴ The decision of the 10th Chamber of the Council of State dated 26.6.2012 and numbered E. 625, K. 2012/3090; For another decision of a similar nature, see The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 30.12.2011 and numbered E. 2008/950, K. 2011/6169.

*although the appropriate causal link could not be established between the death event and the medical practices within the scope of the health service; it is seen that this situation caused, led to doubts, concerns and sadness in the claimants that the treatment of the deceased is not carried out properly.... in order to alleviate the pain, suffering and sorrow suffered by the plaintiffs, moral compensation should be awarded in favor of the plaintiffs.... the decision of the first instance court to reject this request is not in compliance with the law.*⁵⁵

Since a causal link could not be established in a case, the criminal court ruled for acquittal for manslaughter, but ruled for imprisonment for misconduct (malfeasance). The Council of State, on the other hand, decided that material compensation could not be awarded because a causal link could not be established, but moral compensation would be awarded due to inadequate health care services.⁵⁶

3.2.5. Even if the late-functioning service is performed on time, the Council of State decides on moral compensation in cases where it is not possible for the patient to recover

The patient, who was transferred to another hospital late, died. The Forensic Medicine Institute reported that there was no possibility of the patient's recovery as the patient had other accompanying diseases even if timely transfer and early intervention had been made. The local court dismissed the claim for compensation. Since the causal link could not be established, the Council of State decided that the claim for material compensation should be rejected, but that a moral compensation should be awarded to compensate the moral suffering of the plaintiffs due to late-functioning of the service.⁵⁷

⁵⁵ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 29.9.2016 and numbered E. 2016/2388, K. 2016/4714.

⁵⁶ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 17.12.2015 and numbered E. 2015/4214, K. 2015/8979; The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 5.3.2014 and numbered E. 2013/4312, K. 2014/1436.

⁵⁷ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 7.5.2018 and numbered E. 2013/10719, K. 2018/4518. For similar decisions of the Turkish Council of State, see The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 4.3.2014 and numbered E. 2013/3258, K. 2014/1371; The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 5.3.2014 and numbered E. 2013/4312, K. 2014/1436.

3.2.6. *Despite the absence of service fault, the Council of State rules for moral compensation due to the deficient “informed consent of the patient”*

The Forensic Medicine Institute no longer considers the cases where symptoms such as weakness appear after the injection, as faulty.

The Council of State, on the other hand, decided that poor clarification in such an event would cause concern and sadness in the claimant that the health service was not properly operated, and therefore moral compensation should be paid to the patient.⁵⁸

According to a decision of the Council of State: “..... *In the Forensic Medicine report, the symptom developed on the plaintiff should be considered as a complication of injection practices.. there is no evidence in the file content that the injection was applied to the wrong place. In the face of this situation, since a causal link cannot be established between the administrative action and the damage, the circumstances for awarding material compensation did not develop. However, before the injection application, the risks were not explained and written consent was not obtained from the plaintiff. In this case, pursuant to the provisions of the legislation mentioned above, the plaintiff’s right to be informed and right to give consent is taken away. The fact that the health service provided is not properly operated causes anxiety and sadness in the plaintiff. The claimant’s request for moral compensation should be evaluated by considering the principle that moral compensation cannot be a means of enrichment.....the refusal of the moral compensation claim was not found to be in compliance with the law...*”⁵⁹

In fact, in the report of the Forensic Medicine Institute, it was stated that it could not be determined that the injection was made in the wrong place, but that the said complication could occur even if the injection was made in the right place. In this respect, unlike the last two decisions above, there is also no service fault here. However, the Council of State considered non-fulfilment of the obligation to enlighten as a separate service fault and ruled that moral compensation should be evaluated. Thus, the Council of State stated that failure to fulfil the obligation to inform is a service fault and, although there is no causal link between

⁵⁸ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 9.5.2018 and numbered E.2018/1434, K. 2018/4646.

⁵⁹ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 3.4.2018 and numbered E.2013/13008, K.2018/3265.

this service fault and the disability, it has ruled for moral compensation due to service fault.⁶⁰

As is seen, the Council of State decides that even if there is no causal link, that is, even if the poor or late-functioning of the service does not cause death or injury, an appropriate moral compensation should be awarded in favour of the plaintiffs on the grounds that it increases the sadness of the plaintiffs.

3.2.7. In cases where the patient file is not kept, the Council of State decides on moral compensation

In one of its decisions, the Council of State approved the first-instance court's decision rejecting material compensation on the grounds that medical negligence could not be detected. It reversed the judgment rejecting the request for moral compensation. The Council of State evaluated the failure in keeping the patient's file as incomplete and defective in terms of health care. However, the Council of State accepted that this defect only causes moral damage. This case was taken to the Constitutional Court through individual application.

The Constitutional Court on the other hand criticized that the decision of the Council of State did not include a justification, as to why the service fault committed due to the failure to preserve the file caused only moral damage and why it did not cause any material damage.⁶¹

Material and moral compensation was demanded on the grounds that the plaintiff was infertile after the varicocele surgery in a state hospital, due to administration's service fault. In the report of the Forensic Medicine Institute, although no patient file of the plaintiff exists, it is stated that the plaintiff was diagnosed with varicocele in the patient registry, there is no document showing that there was an error in the diagnosis and treatment, there is no causal link between infertility and the operation, and there is no service fault of the administration. The administrative court decided to reject the case on the grounds that, the defendant administration did not have any conditions indicating the existence of a service fault, it was understood by the decisions of the Forensic Medicine Institute and the Supreme

⁶⁰ Halil Altındağ, „Sağlık Hizmetlerinde Hizmetin Kusurlu Yürütülmesinin Tek Başına Manevî Zarar Sebebi Olarak Görüldüğü Haller“ (Conditions in which the Faulty Execution of the Service in Health Services is Seen as the Only Reason for Moral Damage), in: *International Medical Law Congress Proceedings Book*, (eds. H. Hakeri, C. Doğan), Ankara, 2019, p. 102.

⁶¹ The decision of the Constitutional Court dated 19.7.2018 for Hamdullah Aktaş and others with individual application of no. 2015/10945.

Health Council that there was no service fault, and that the administration was not obliged to indemnify.

The decision of the Council of State is as follows: “...*The fact that the records of the treatment of the plaintiff in the hospital service are not kept shows that the health service is carried out incompletely. While the claim of the plaintiff for moral compensation should be evaluated by taking into account the principle that moral compensation cannot be a means of enrichment, in order to partially relieve the sadness and suffering caused by the incomplete and faulty operation of the health service by the administration, there was no legal ground in the court decision on its refusal... The reversal of the part of the decision regarding the rejection of moral compensation, the approval of the part regarding the rejection of material compensation...*”⁶²

3.2.8. *The Council of State accepts improper record keeping as a ground for moral compensation*

Improper record keeping properly is a service fault. However, such service faults, which will constitute a ground for material compensation, can sometimes not be revealed. In such cases, the Council of State considers incomplete records to be a reason for moral compensation.

The plaintiffs’ premature baby died on the same date. They filed a lawsuit in the administrative court for material and moral compensation. According to the report of the Forensic Medicine Institute: “...*There is no defect in the treatment and examinations of the mother before and after the birth..., no fault can be attributed to the health personnel...*”.

The decision of the Council of State is briefly as follows: “*Although it was stated in the report of the Forensic Medicine Institute that there was no defect in the treatment, the plaintiff mother had suffered traumas after the delivery to the hospital, during and after labour. These traumas should be shared with the society within the scope of the principle of being a social state in the Constitution (art. 2) – without seeking the principle of fault or strict liability in the health care that the state should provide to its citizens – A moral compensation ofliras must be paid separately for the mother and the father....*”.

In the decision of the Council of State, the birth process is explained in great detail, and it is stated that “... *Since the trauma experienced by the*

⁶² The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 7.6.2018 and numbered E.2014/2517, K. 2018/5756.

plaintiffs during this process caused suspicion, anxiety and sadness in the plaintiffs that the pregnancy follow-up was not carried out properly, moral compensation should be covered...”⁶³

According to the Council of State: “...Due to the incomplete medical records, the plaintiff will never be able to reach the cause of his illness, namely the material truth, and will have doubts for the rest of his/her life. Therefore, compensation for the moral damage suffered is obligatory. It is a requirement of the patient’s rights that information such as the day and time the patient applied to the health institution, the treatment administered to the patient, the name of the doctor and health personnel who administered the treatment, and the medication used should be included in the patient’s file (in the polyclinic booklet). Failure to keep these records properly constitutes a service fault since it will prevent the person’s right to learn the truth. This defect only makes it possible to compensate one’s sorrow for not being able to learn the truth...”⁶⁴

4. EVALUATION AND OUR SUGGESTIONS

The decisions that the Council of State rules for moral compensation even if there is no causal link, are criticized in the doctrine. The Institute of Forensic Medicine states that the causal link “could not be established” rather than “not exist”, and that it could not be determined whether there was a causal link between the defective service and the damage. In such cases, we agree with the decision of the Turkish Council of State to pay moral compensation.

When the Forensic Medicine Institute prepares its reports for criminal proceedings, it only evaluates whether the physicians are at fault or not, and does not refer to “organizational fault”. Based on these reports, the Council of State sometimes rejects the claims for compensation and ignores the organizational fault.⁶⁵

In cases where a causal link cannot be established in the reports of the Forensic Medicine Institute, the Council of State prefers to reject the responsibility instead of applying the “principle of strict liability”, but,

⁶³ Article 2 of the Turkish Constitution of 1982, titled “Characteristics of the Republic”: “*The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law, within the notions of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the preamble.*”; The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 29.9.2016 and numbered E. 2016/3335, K. 2016/4715.

⁶⁴ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 9.7.2012 and numbered E. 2010/111, K. 2012/3358.

⁶⁵ Halil Altındağ, *op. cit.*, p. 104.

considering that it would be unfair to send the plaintiff empty-handed, it rules for moral compensation.⁶⁶

We can list our suggestions as follows:⁶⁷

4.1. The principle of strict liability should be based on the principle of the social state

In our opinion, instead of looking for service fault, the use of the principle of strict liability based on the “social state principle” in the Turkish Constitution of 1982 (art. 2) shall relieve both the plaintiff victim, the physicians, and the health personnel.

4.2. The criteria for material and moral compensation should be regulated in further details

The subjects of material and moral compensation and the criteria to be considered in compensation calculation should be examined in the works of civil law experts. In our opinion, as we have mentioned before, moral compensation should be deterrent for the perpetrator (wrongdoer), that is, it should be painful enough to make the perpetrator more careful. The perpetrator should consider how he will pay the compensation awarded, or should really have difficulty in paying it.

4.3. The “reclamation” should also be used for the amount of moral compensation

With the 4th article of the Law No. 6459, which entered into force on 30.04.2013, the Code of Administrative Judiciary Procedure No. 2577 was amended, and reclamation was introduced into the administrative judiciary procedure.

In the sample case, the plaintiffs ask for the acceptance of the amount calculated in the report since the caregiver’s fee was calculated after the necessary discounts were made by the account expert, acceptance of the moral compensation that was reclaimed considering the length of the proceedings, the interest to be charged for all the receivables under the

⁶⁶ *Ibid.*, p. 101.

⁶⁷ For detailed information, see Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin, *Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde Idarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği* (The Necessity of the Administration’s Strict Liability in Health Services in the Light of the Constitutional Court and the Council of State Decisions), Yetkin Law Publications, Ankara 2020, p. 517 et al.

judgment from the date of application to the administration, and claiming that the defendant administration should be held responsible for the residual judgment fee, they demand the rectification of the decision given by the 15th Chamber of the Council of State.

Rectification of the decision of 15th Chamber of the Council of State is requested by the defendant administration, claiming that in the expert report received from the K...University, it was determined that the administration did not have any service fault in the child's disability, that the claims of the plaintiffs should not be met, and that the claims mentioned at the appeal stage were not evaluated.

The Council of State decided to reject the request for rectification by majority of the votes.

The dissenting vote in this decision touches on important points. To summarize: *"..... Reclamation is envisaged for the compensation of plaintiff's implied loss of rights arising from the adherence of administrative judiciary law to form and time. In order to compensate for the loss of rights caused by the adherence to initial claim rule in full remedy cases, the amount specified in the petition is allowed to be increased for once, by paying the fee, until the final decision is rendered, regardless of the duration or other procedural rules.*

Since there is no clear regulation preventing the increase in the amount of moral compensation in the Code of Administrative Judiciary Procedure, it should be accepted that the plaintiff who pays the fee can also increase the amount of moral compensation through correction. This interpretation shall also fit the purpose of the full remedy action, the aim of which is the realistic compensation and reimbursement of the real damage.

Moral compensation is a means of moral satisfaction aimed at partially meeting the pain and suffering due to administrative act or action. Although the moral compensation should be determined in a way that will not lead to enrichment due to its stated nature, the amount to be appreciated due to the nature of full remedy cases should also be in an amount that will reveal the aggravation of the administration's fault.

The deterrent factor of moral compensation is also taken into the foreground by removing it from its old patterns in universal law. This approach in the developing law reveals the need to appreciate moral compensation in unjust acts directed against the body and soul of individuals, at rates that create deterrence as well as satisfaction, and emphasizes the importance of individual rights, including mental health as well as bodily integrity.....I do not agree with the majority decision."⁶⁸

⁶⁸ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 15.01.2019 and numbered E. 2018/3082, K. 2019/80.

4.4. Over the amount of compensation refused a fixed attorney's fee should be awarded instead of a proportional attorney's fee

According to the Council of State, since awarding of a proportional attorney's fee instead of fixed attorney's fee over the rejected compensation amount restricts the freedom of claim and the right of access to court, the fixed attorney's fee should be ruled.

We think that the issue of fixed-proportional attorney's fees is a very important issue in our administrative justice system, where severe service fault is sought, compensation is not awarded for simple faults, and strict liability is almost never considered.

When the administrative courts partially accept the claimed material-moral compensation, they usually decide on the proportional attorney's fee in favour of the defendant administration for the part they reject. The Council of State, on the other hand, reverses the decisions in which the proportional attorney's fee is determined instead of the fixed attorney's fee on the ground that "...it has a nature of preventing access to justice..."⁶⁹

At its meeting held on 05.11.2018, the Grand Committee of the Council of State made the following assessment regarding the attorney's fee to be awarded in favour of the defendant administration, in case of complete or partial rejection of the request in full remedy lawsuits claiming material compensation:

In full remedy actions with a claim for material compensation⁷⁰, in cases where the claim for material compensation is completely or partially rejected, the Grand Committee of the Council of State evaluated whether the attorney's fee to be awarded in favour of the defendant administration in terms of the amount of compensation rejected is fixed or proportional.

The Grand Committee of the Council of State first referred to the 1st paragraph of the 36th article of the Constitution⁷¹ with the heading "*Freedom to claim rights*" and the 1st paragraph of the 6th article of the European Convention on Human Rights⁷² with the heading "*Right to a fair trial*" and also stated that these rights also include the "right of access to the court".

⁶⁹ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 19.9.2019 and numbered E.2019/6160, K.2019/5862; The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 15.4.2019 and numbered E.2019/3458, K.2019/2889.

⁷⁰ For detailed information, see Çelik Ahmet, *op. cit.*, p. 84 et al.

⁷¹ Article 36/para.1 of the 1982 Turkish Constitution titled "Freedom to seek rights": "*Everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures.*"

⁷² Article 6/para.1 of the European Convention on Human Rights titled "Right to a fair trial": "*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him,*

It is not a fair decision for a plaintiff, who is found to be partially or completely wrong in his case by the court, to pay an attorney's fee due to the lawsuit he has filed, contrary to the essence of the right of access to the court and in a way that restricts the use of this right. It has decided that the fixed attorney's fee is more fair, as such a decision would be contrary to both the right to a fair trial, the right to claim justice, which is guaranteed by the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights as well as contrary to equity⁷³.

In administrative judiciary law, the administrative courts' decision to charge the attorney's fee to the plaintiff is generally considered as an interference with the right of access to the court.

Therefore, ruling on a relative attorney's fee in favour of the administration in full remedy cases is contrary to the right of access to the court. The suggestion of a researcher that we also agree with is that, in this respect different arrangements should be made for the defendant administration and for the plaintiff individual.⁷⁴

4.5. Failure of the health institution to maintain the necessary information and documents should not be interpreted against the plaintiff victim

Hospitals sometimes do not keep the information and documents they need to keep about the patient, or lose them or do not send them to the court deliberately. In such cases, the absence of information and documents in the hands of the powerful administration should not be interpreted against the injured or aggrieved plaintiff or their relatives. On the contrary, it should be evaluated in their favour. Moreover, not keeping or losing the information and documents related to

everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."

⁷³ According to the decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 3.4.2018 and numbered E.2013/13008, K.2018/3265: "...The part regarding the awarding of the relative attorney's fee over the amount of moral compensation that was rejected has been reversed..."

⁷⁴ Oğuzhan Güzel, "İdare Lehine Vekâlet Ücretinin Mahkemeye Erişim Hakkına Etkisi", Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi (The Effect of Attorney Fee in Favor of the Administration on the Right to Access to Court)", International Necmettin Erbakan Law Congress, 10-12 April 2021, Abstract Booklet, pp. 35-36.

the patient who applied to or brought to the health institution is an example of the administration's service fault, in other words, the malfunctioning of the service related to the delivery of the health service. In the form of keeping and preserving patient records, the Council of State states that the deficiency of records related to those who benefit from health services, the failure to record the treatments performed, the failure to preserve the results of the examinations⁷⁵, and the loss of the patient's file⁷⁶ are sufficient for the acceptance of the faulty operation of the service⁷⁷.

It is considered that the principle of strict liability can be applied in also such cases if a causal link can be established.

4.6. Consent should be obtained after the information is given in a way that really enlightens the patient

In one of its decisions, the Council of State decided as: *".....On the grounds that, when the results of the injection to be made and possible complications are explained to the plaintiffs, it is necessary to investigate whether there is a written and signed consent for obtaining their consent, and a decision should be made according to the result..... the part of the decision regarding the denial of moral compensation should be reversed due to incomplete examination ..."*⁷⁸

Another decision of the Council of State is as follows *"...The moral damage the plaintiff suffered due to the fact that his/her consent was not takenshould have been remedied in a way that would provide moral satisfaction.....the court's decision of reversal does not comply with the law..."*⁷⁹

⁷⁵ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 27.10.2009 and numbered E.2007/305, K.2009/183.

⁷⁶ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 29.4.2008 and numbered E.2007/3301, K.2008/2939.

⁷⁷ Aydın Akgül, „İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı“ (Compensation Responsibility of the Administration arising from Health Services and the New Approach of the Council of State), *Gazi University Faculty of Law Journal*, No. 1/2016, pp. 290-291.

⁷⁸ The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 7.6.2018 and numbered E.2016/639, K.2018/5728 (decision rectification).

⁷⁹ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 15.4.2019 and numbered E.2019/3458, K.2019/2889.

5. CONCLUSION

Judges approach every case file that includes hospital incident, assuming that there is really technical and incomprehensible medical information in the case, or rather, they cannot approach at all – because it is compulsory with the case-law of the Council of State – they send it to the Forensic Medicine Institute, and by taking the path of least resistance they comply with the incoming report. They also make that report the basis, ground for their own decisions.

The judge, who performs a very honourable profession - when faced with an expert report prepared as if giving a court decision - should not comply with this report, should not allow the expert to act like a judge.

LITERATURE

Akgül Aydın, „İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı“ (Compensation Responsibility of the Administration arising from Health Services and the New Approach of the Council of State)”, *Gazi University Faculty of Law Journal*, No. 1/2016, pp. 269-302.

Altındağ Halil, „Sağlık Hizmetlerinde Hizmetin Kusurlu Yürütülmesinin Tek Başına Manevî Zarar Sebebi Olarak Görüldüğü Haller“ (Conditions in which the Faulty Execution of the Service in Health Services is Seen as the Only Reason for Moral Damage), in: *International Medical Law Congress Proceedings Book*, (eds. H. Hakeri, C. Doğan), Ankara 2019, pp. 99-104.

Antalya O. Gökhan, „Manevî Zararın Belirlenmesi ve Manevî Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevî Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi“ (Identification of Moral Damage and Calculation of Moral Indemnity -A Model Proposal for the Determination of Moral Damage in Two Stages in Turkish Law), *Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies*, No. 3/2016, pp. 217-246.

Antalya O. Gökhan, *6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (General Provisions of the Law of Obligations According to the Law of Obligations No. 6098), 2nd Edition, Beta Publications, Istanbul 2013.

Çelik Çelik Ahmet, *İdarî Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları* (Lawsuits for Compensation Due to Death and Bodily

Damages in Administrative Jurisdiction), Updated 2nd Edition, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

Çınarlı Serkan, *İdarenin Sağlık Hizmet Sunumundan Kaynaklanan Sorumluluğu* (The Responsibility of the Administration for Execution of Health Service), Orion Bookstore, Ankara 2013.

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Law of Obligations General Provisions), 23rd Edition, Yetkin Publications, Ankara 2018.

Gökcan Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluk* (Legal and Criminal Liability from Medical Intervention), 3rd Edition, Seçkin Publications, Ankara 2017.

Gözübüyük A.Şeref, Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar* (Administrative Law General Principles), Updated 11th Edition, Turhan Bookstore Publications, Ankara 2016.

Günday Metin, *İdare Hukuku* (Administrative Law), 11th Edition, İmaj Publications, Ankara 2017.

Gürsoy Kemal Tahir, „Manevî Zarar ve Tazmini“ (Moral Damage and Its Compensation), *Ankara University Faculty of Law Journal*, No. 1/1973, pp.7-56.

Güzel, Oğuzhan: „İdare Lehine Vekâlet Ücretinin Mahkemeye Erişim Hakkına Etkisi“, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi (The Effect of Attorney Fee in Favor of the Administration on the Right to Access to Court)“, International Necmettin Erbakan Law Congress, 10-12 April 2021, Abstract Booklet, pp. 35-36, Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=gU-S46hyiZQ>.

Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku* (Medical Law), Special Provisions, Updated 25th Edition, Seçkin Publications, Ankara 2022.

Hızal Sevinç Arslan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu* (Responsibility of Physician and Management Born from Medical Interventions), Turkey and Middle East Public Administration Institute - Public Administration Graduate Specialization Program, Ankara 1999.

Kaplan Gürsel, „İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler“ (New Developments in the Field of the Administration’s Legal Responsibility Resulting from the Execution of the Health Public Service), *Journal of the*

Supreme Military Administrative Court, No. 19/2004, Book 1, pp.173-199.
Available at: www.idare.gen.tr (Turkish Administrative Law Site).

Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (General Provisions of the Law of Obligations), Expanded 15th Edition Prepared According to the New Code of Obligations, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Kızılyel Serkan, „İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu“ (Administration’s Responsibility for Compensation Arising from Health Services) in: *Ankara Bar Association Ankara University Faculty of Law Health Law Congress* 1-3 November 2007 Ankara, 1st Edition, Ankara Bar Association Publications, Ankara 2008, pp. 203-240.

Nomer Halûk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (General Provisions of the Law of Obligations), Revised 8th Edition, Beta Printing Inc., Istanbul 2010.

Odyakmaz Zehra, Keskin Bayram, „Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna Doğru“ (From Fault Responsibility of the Administration to Strict Responsibility in Health Services), in: *Bodily Damages in Non-Contractual Strict Liability International Congress*, (eds. S. Uçakhan Güleç, N. Basa), Ankara 2018, Union of Turkish Bar Associations, pp. 287-325.

Odyakmaz Zehra, Keskin Bayram, „Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna Geçiş (Transition to the Perfect Responsibility of the Administration in the Delivery of Health Services)“, in: *Legal Liability for Bodily Damages*, (eds. S. Uçakhan Güleç, N. Basa), 1-2 November 2019 Cyprus, International Cyprus University of the Union of Turkish Bar Associations, Friedrich-Alexander Universität and Cyprus Turkish Bar Association, Ankara 2020, pp. 533-596.

Odyakmaz Zehra, Keskin Bayram, *Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği* (The Necessity of the Administration’s Strict Liability in Health Services in the Light of the Constitutional Court and the Council of State Decisions), Yetkin Law Publications, Ankara 2020.

Odyakmaz, Zehra, Kaymak Ümit, *İdare Hukuku* (Administrative Law), Revised and Revised 25th Edition, Themis, Ankara 2022.

Pazarci Ayşe Almıla, *Hasta Hakları ve İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu* (Patient Rights and the Responsibility of the Administration for Health Services), Kırıkkale 2007, T.C. Kırıkkale University Institute of Social Sciences (unpublished master’s thesis).

Reisođlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Law of Obligations General Provisions), Updated and Enlarged Twenty-Second Edition, with amendments to the Turkish Code of Obligations that will come into force on 1.7.2012, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Şen Ömer, *Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı ve Tazminat Hesabı* (The Concept of Damage and Compensation Calculation in Full Remedy Cases), 1st Edition, Adalet Publications, Ankara 2021.

LEGAL SOURCES

European Convention on Human Rights, Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 20/11/2022.

Turkish Constitution 1982, Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Turkey_2017.pdf?lang=en, 22/11/2022.

Turkish Civil Code, Available at: https://www.tusev.org.tr/usrfiles/files/Turkish_Civil_Code.pdf, 22/11/2022.

Turkish Administrative Judiciary Procedure Law No. 2577.

Turkish Code of Obligations, Available at: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=88938&p_classification=01.03, 20/11/2022.

Regulation on Patients' Rights, Official Newspaper No. 01.08.1998.

CASE LAW

Oyal v. Turkey, Decision of the European Court of Human Rights dated 23.3.2010 and application no. 4864/05.

Mikail Tüzün v. Turkey, Decision of the European Court of Human Rights dated 27.11.2018 and Application no. 42507/06.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 30.03.1998 and numbered E.1997/5583, K.1998/1311.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 19.10.1999 and numbered E.1997/3565, K.1999/5224.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 17.2.2014 and numbered E. 2013/3669, K. 2014/760.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 25.2.2009 and numbered E. 2006/2371, K. 2009/1339.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 17.1.2001 and numbered E. 1998/1504, K. 2001/78.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 20.2.2013 and numbered E. 2013/149, K. 2013/1397.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 10.11.2008 and numbered E. 2006/6098, K. 2008/7590.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 29.9.2016 and numbered E. 2016/3335, K. 2016/4715.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 12.2.2019 and numbered E. 2018/3317 K. 2019/515.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 21.2.2017 and numbered E. 2016/7912, K. 2017/841.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 12.6.2014 and numbered E.2013/3974, K.2014/5127.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 1.7.2019 and numbered E.2019/1175, K.2019/5184.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 4.12.2012 and numbered E.2008/6628, K.2012/6278.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 5.4.2018 and numbered E.2013/12141, K.2018/3369.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 24.12.2015 and numbered E.2015/7924, K.2015/9158.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 1.6.1994 and numbered E.1993/363, K.1994/2502.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 13.7.2010 and numbered E. 2007/6322, K. 2010/5981.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 3.12.2019 and numbered E.2019/6435, K.2019/9191.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 19.4.2018 and numbered E. 2013/11764, K. 2018/3886.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 8.5.2019 and numbered E.2019/1200, K.2019/3697.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 31.3.2009 and numbered E.991, K.2009/2519.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 21.1.2016 and numbered E.2015/613, K. 2016/150.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State dated 26.6.2012 and numbered E. 625, K. 2012/3090.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 30.12.2011 and numbered E. 2008/950, K. 2011/6169.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 17.12.2015 and numbered E. 2015/4214, K. 2015/8979.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 5.3.2014 and numbered E. 2013/4312, K. 2014/1436.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 7.5.2018 and numbered E. 2013/10719, K. 2018/4518.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 4.3.2014 and numbered E. 2013/3258, K. 2014/1371.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 9.5.2018 and numbered E. 2018/1434, K. 2018/4646.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 3.4.2018 and numbered E.2013/13008, K.2018/3265.

The decision of the Constitutional Court dated 19.7.2018 for Hamdullah Aktaş and others with individual application of no. 2015/10945.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 7.6.2018 and numbered E.2014/2517, K. 2018/5756.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 9.7.2012 and numbered E. 2010/111, K. 2012/3358.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 15.01.2019 and numbered E. 2018/3082, K. 2019/80.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 19.9.2019 and numbered E.2019/6160, K.2019/5862.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 15.4.2019 and numbered E.2019/3458, K.2019/2889.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 3.4.2018 and numbered E.2013/13008, K.2018/3265.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 27.10.2009 and numbered E.2007/305, K.2009/183.

The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 29.4.2008 and numbered E.2007/3301, K.2008/2939.

The decision of the 15th Chamber of the Council of State, dated 7.6.2018 and numbered E.2016/639, K.2018/5728 (decision rectification).⁸⁰

* Рад је примљен 05.08.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

ПРАВОСУЂЕ: НЕКИ ПРИМЕРИ ДИЛЕМА ДАНАШЊИХ**

Сажетак

Принцип најбољег интереса детета јесте правни новум који одувек постоји у праву и који је имплицитан у животном хоризонту. Бројна правосудна разматрања могу да се анализирају у контексту овог начела (од одлуке о поверавању детета једном од родитеља и других судских одлука о лично-правним и имовинским последицама престанка брака). У раду смо поменули само питање кохабитације. Очигледно је како суд одлучује о примени овог начела: шампионски површно, неоригинално, употребом готових репетитивних стилизација, предвидљивости фаворизованих субјектата/субјектица... Вапијућа површиност, офанзива бесмисла завршиће у стиху да неправду разум не може да игнорише.

Кључне речи: брак, најбољи интерес детета, кохабитација, судска пракса.

Лагана, експресна и не неистинита спознаја јесте семантика као последица етимолошког приступа. Предрасуде, и као фикцијска могућност/сазнајни ексклузивитет пута сазнања (Хегел је говорио и да је пут до истине – истина) ипак, нису у „природном савезништву“ са истином. Тим пре, ако у научној конструкцији сазнања истина је сва погурена/импрегнирана/условљена/дозвољена, углавном или само, као рационална конструкција. Један од научних аксиома јесте да је нешто

* Аутор је редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: panov@ius.bg.ac.rs.

** Чланак је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2022. годину.

ван, независно, непостојеће, неегзистирајуће, ако претходи разуму, разумној провери и осветљавању и повезивању ласерским зрацима разума. Иако метафизика није бесплодна методологија сазнавања истине (Платон је говорио да је поезија природније ближа истини), предрасудност је стил посвађанији, даљи од расудности, пловидби на таласима разума или пострасуда, чак и послеразумности (термин који укључује и емотивну/психолошку небрзоплетост, нехитрост/несрљање у брзу нетачност³).

Негована или олако/опако створена је илузија о дистанци, несупстанцијалном јединству тзв. теорије и праксе, тј. правне норме и судске праксе. Овај двокомпонентни акт сазнања и вештине чак има не само хармонизовање кроз образовани разум два аргументацијска топоса, два вектора, две димензије, већ и нужност целовитости и суптилности у комплексном респекту обе интелектуалне и професионалне компоненте. Једнокомпонентно храмљање, интелектуална и професионална шепавост је неопростива, недостојна за прелазну оцену идеал-типског, узорног законописца и судије. Онтологија и аксиологија, архитектура зграде Породичног права, понајвише или шампионски одређују породичноправну материју у сталном и нужном вибрирању те две искре, две варнице сазнања: сазнања значења норме и вештине примене *in concreto*.

Рецимо, само као наговештај/слутња те деликатности може да илуструје каквоћа полисемичности правног стандарда најбољег интереса детета, те акварелних, тзв. безобалних супстанцијалности код института вршења родитељског права до стилизација сложеније или сложене структуре код установе деобе заједничке имовине или издржавања или права становања (хабитације)...

Судска пракса: *Остварење права становања*

За остварење права становања (habitatio) потребно је да буду испуњени услови: да је то у најбољем интересу детета и да постоји стамбени простор на коме је могуће конституисање права становања.

³ Академик В. Јеротић је управо, и по темпу спознаје и казивања, чинио разлику између генијалности и мудрости. Ако би темпо у музици био у симболичкој компарацији са предрасудама онда би то било *presto* (брзо) или *vivo* (живо) или *allegro* (весело), док би прикладно темпу и суштини генијалности било могуће у оквиру *moderato* (умерено) до *andante* (кораком). Мудрост као музички термин/темпо би звучала *adagio* (лагано, отетуће) до *largo* (најспорије).

Из образложења: “Према утврђеном чињеничном стању, тужиља и тужени су живели у ванбрачној заједници од 1996. године, а венчали су се 2000. године. У тој заједници рођен је малолетни Ћ. 1997. године. Тужиља је са малолетним дететом 2003. године напустила ову заједницу и отишла да живи у стану своје мајке. Странке су се развеле 18.1.2005. године. Дете је поверено мајци и утврђен модел виђања са туженим као оцем. Односи између родитеља малолетног Ћ. су озбиљно поремећени и као такви компромитују и његово здравствено стање. Према извештају Градског центра за социјални рад, уочен је изузетан и дубок поремећај у партнерској и родитељској релацији, што угрожава све аспекте развоја малолетног Ћ, заједничко становање би доносило посебан ризик за дете, имајући у виду и у међувремену нарушено здравствено стање туженог. По мишљењу Института за ментално здравље, постоји лоша комуникација између родитеља са угрожавањем емоционалних интереса малолетног детета. Свако заједничко становање родитеља није у интересу малолетног детета, и његов живот у заједници са оба родитеља би угрозио његове интересе. Увиђајем на лицу места утврђено је да не постоји засебна грађевинска целина која би евентуално омогућавала тужиоцима засебно становање без комуникације са туженим који живи у стану који је предмет спора са својим сином из претходног брака. Код овако утврђеног чињеничног стања, правилно су нижестепени судови применили материјално право када су одбили тужбени захтев. Право становања је право детета конституисано Породичним законом у најбољем интересу детета којим је суд увек дужан да се руководи у смислу чл. 266. Породичног закона. Тужиоци полажу право на *habitatio* у смислу чл. 194. Породичног закона. Међутим, да би се то право и остварило потребно је да је пре свега могуће и да је у најбољем интересу детета. Имајући у виду да не постоји посебна грађевинска целина у којој би тужиоци засебно становали без комуникације са туженим, те да заједничко становање родитеља, према мишљењу стручних установа, није у најбољем интересу детета јер би се на тај начин компромитовало његово здравствено стање, правилна је оцена нижестепених судова о неоснованости тужбеног захтева.” (Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев.1443/10 од 13.05.2010. године, утврђена на седници Грађанског одељења 13.09.2010. године).

Можемо да приметимо колико непостављених а нужних питања и градивних аспеката/елемената појма начела најбољег интереса детета је пропуштено/непостављено. Колико је тај појам/начело у

судској пракси осиромашен⁴ брзоплетошћу пресуђивања, како би то једна судија рекла можда и тиме да су судије *изакани* великим бројем предмета (видети интервју Д.Б. 15. јула 2022. на телевизији *Euronews*)?

Раније⁵ смо писали, мање него што тема омогућава и наређује, о овом снажно промовисаном/рекламираном правном начелу.

Најкраће речено, вечито враћање истог, уз Вергилијеву модификацију/варијацију о репризи греха незнања.

Занимљива је кратка анализа термина/правног стандарда „најбољег интереса детета“ промовисаног у време правне *постмодерне* (вид. *Жељко Симић, Уликс и пост-постмодерна*). Иако и овај аспект анализе јесте плоносан и сазнајно интригантан, ми ћемо, „кочећи перо“ услед и зарад примерености квантума рада, констатовати неке очигледности. Писали смо да за „орден части“ оригиналност није довољна. Оригиналност није довољна, оригиналност није синоним квалитета. За аксиос – достојни опстанак, оригиналност мора да буде у савезу са врлином, смислом, логиком, непорецивошћу. Термин/правни стандард/правило „најбољег интереса детета“ има бројне, лако уочљиве „несавршености.“ Овај термин *храмље*, одлично је погодан и за стилске и за логичке/искуствене/суштинске примедбе.

Најпре, термин „најбољи интерес детета“ исказује синтетизован грех. Његов аутор (етаблирани правни оркестар) је *homo peccator*. Тежња ка оригиналности, намера специфичности није постигнуће ни врлине саме, а ни саме оригиналности.

Дијагноза стилске грешности термина најбољег интереса детета је дуална: плеоназам и редунданција.

Постмодерна (и правна мисао/успавана језичка матрица, како то сјајно дијагностикује проф. др Жељко Симић) фреквентно сведочи о офанзивни плеоназама. Један од њих, локално и универзално присутан, јесте употреба „стилизације“ *драги пријатељи*. Као што термин

⁴ *Best interests factors*/чиниоци најбољег интереса детета: приближно 22 државе у САД наводе факторе које судови морају узети у обзир при изради одлуке у вези са најбољим интересима детета. Најчешће се наводе емотивна релација детета и родитеља и других блиских лица; капацитет родитеља да обезбеде сигуран дом и адекватну храну, одећу и медицинску негу (10 држава); потребе за менталним и физичким здрављем детета (девет држава); ментално и физичко здравље родитеља (девет држава); одсуство насиља у породици (девет држава)... Ајдахо не дозвољава дискриминацију по основи инвалидитета родитеља... (Determining the Best Interests of the Child, www.childwelfare.gov, june 2020).

⁵ Милош Станковић, Слободан Панов, Најбољи интерес детета у породичном и наследном праву, у: *Зборник радова са међународног научног скупа „Право и вриједности“* (ур: Радмир В. Лукић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2019, стр. 329-359.

„дијаметрално супротно“ одише/зрачи/контаминира плеоназмом (супротно супротно)⁶, тако, у мало дубљој а ипак врло површној, лако уочљивој тачности, атрибуција/квалификатив драгости пријатеља је, осим плеонастичности, и карикатурална у искреној, логичној комуникацији. Зар постоји недраги пријатељ или, у сазвежју пароксизма, да ли, по *дијалектичкој логици* овог термина, постоји драги непријатељ?⁷ Узгред, у историји идеја, у историји термина, у историји чињења/пракси, важно подсећање да је све могуће: познат је Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. 4. 1941 и за време *непријатељске окупације (италиком С.П.)*. Да ли постоји и пријатељска окупација? Вероватно/сигурно има оних, оригинарно или деривативно склоних колаборацији одбране *врлине*, који одговарају потврдно. Ипак, то није став, већ дијагноза. Или историјска константа једног тужног страдалног народа.

Бесмисленост модерних правних синтагми је богата примерима. Наводимо још само један: родитељи своје право врше заједнички и споразумно, веле Породични закони Републике Србије и Српске.⁸

Греховност модерног законског „писатеља“ (у следу ознака писца Породичног закона Србије гледе усвојитеља, старатеља, не и поверитеља или јавног тужитеља...) поводом језичке форме „најбољег интереса детета“ је и *редунданција*. Овај грех редунданције се дефинише и као сувишност, непотребност речи, бесмисао придевне конкретизације... Језичка конструкција „најбољег интереса детета“ је стилска експресија најновије правне цивилизације. Ово начело није, по природи ствари, сазнајни новум или оригинални *изум* (неприменост речи је очевидна ако се подсетимо да реч треба да проистиче из ума) актуелне правне цивилизације.⁹ Неоригиналност, и њена непотребност, је евидентна и непорецива и у пракси и у сазнајној сфери.

⁶ Реч различито и реч супротно сасвим лако илуструју ову стилску бесмисленост.

⁷ Овај стилски грех је присутан, тачније, овај стилски грех је доминанта официјелне комуникације и на нелокалном нивоу. Било је званичника и то у прошлом веку који су знали да тачно, *једнословно* користе термин пријатељи. Без индивидуалне, односно личносне конкретизације.

⁸ О довољности и смислености термина споразумно, вид. Слободан И Панов, *Породично право, дванаесто издање*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2022, стр. 228.

⁹ Подсећамо на различиту, може се без повреде мере, без огрешења о опрезност, рећи и супротну архитектуру, супротну онтологију, супротну мелодију, супротну духовност ова два термина. Писали смо да цивилизацију схватамо као скуп техничких постигнућа, скуп „сокоћала“ нереперентних за суштаство бића и света, а да културу разумемо да скуп духовних постигнућа које радују онтологију и есхатологију бића и света. Субјективизација ове наше тезе о разлици: један врло угледан сенатор цивилизације пре десетак година

Са оба аспекта, најбољи интерес детета је константа у сфери биологије човека. Најбољи интерес детета нема оригиналност, нема онтолошко утемељење у сфери фактицитета живот и(ли) аксиологије друштва или правне аксиологије. Најбољи интерес детета је не сазнајни¹⁰, већ животни императив. Најбољи интерес детета је природни закон, а не правно начело. Најбољи интерес детета је нужни животни императив, то је иманенција животне (и биолошке) логике а и доминантне праксе... Право је карикатуралне амбиције, а свакако без ефекта, ако природне законе језички рестилизује у правна „оригинална“ „хумана“ начела. Можда најкраће речено, начело најбољег интереса детета је сувишна, бесмислена вербализација нужности. Зашто? Суштина, и са аспекта историјата животне праксе, јесте да је живот савез предака и потомака, презентни сојуз перфекта и футура¹¹. Животни ток је један: и издан и исход, и извор и утока. Монизам животног репертоара поступања предака јесте да се о потомцима брину најбоље што знају (то је код човека монизам саздан и од морално-духовних супстанцијалности, а код животиња од, искључиво или доминантно, нагонских компоненти). Преци, следствено свом разумевању интереса потомака у хоризонту своје повесности, тако и поступају према деци/потомцима.

Без таквог поступања нема им живота у блиском футуру.¹² Рђаво поступање предака према свом потомству без дилеме и алеаторности им гарантује *фрактурисани футур*. Фрактурисани футур који им не увећава комодитет, ни духовни, а свакако, још јасније, живот им не би учинио нити могућим нити дужим...

Дакле, поступање предака у добром/најбољем¹³ интересу детета је на ползу и претку и потомку. Разумевање мере родитељске пажње/

позива Гетеа да дође на неки скуп, док један слуга културе са Чајковским расправља о уметничком делу.

¹⁰ *Best interests definition*, иако не постоји стандардна дефиниција, овај појам се односи на разматрање судова када одлучују о услугама, акцијама, мерама ко ће најбоље и како да се најбоље брине о детету (*Determining the Best Interests of the Child*, нав. дело).

¹¹ Да само подсетимо на мисао Светог Јустина Поповића да будућност одређује историју, да наша аксиологија личносног есхатона дефинише наше поступање које већ идуће секунде је и прошлост и наша заслужена будућност.

¹² „Срце родитељско је природно на љубав према дјетету... Да није тога нестала би људска врста... самилост према дјечи је Алахов дар људима“ (вид. Abdullah Nasih Ulvân, *Odgoj djece u islamu*, Aktivna islamska omladina, Zenica, 2003/1424, стр. 42, 46).

¹³ Стилизација актуелних правних времена није коначно решење. Иако одише максимумом хуманитета, термин „најбољег интереса детета“ може да буде отворен за реформацију: на пример, у правцу „начела најбољих интереса детета“ (богаћење у пољу плуралитета интереса) или у правцу „начела савршених интереса детета“ (може да постоји начело добрих интереса, али по градацији може да буде и респект најбољег, а по даљњој градацији и начело респекта савршеног интереса детета) – богаћење стандарда по степену, по

топлине и других лепих атрибуција јесте у обзорју/хоризонту мисли и осећања конкретног историјског стања. Свако време има своје мере лепоте, доброте, смисла..., као што постоје и надвремена, ванвремена филозофија и аксиологија живота. *Можда* су у ранијим временима чинодејствовали мудраци који у поређењу са актуелним мислиоцима не би осећали некомпетенцију. Рецимо, Платон, Аристотел, Христ...

Има ли неких *мислитеља* са неким осећајем комплекса вредности према неким поверитељима?

Подсећамо на констатацију Ничеа о илузији прогреса, о илузији да је наше време ближе врлини, истини... од ранијих времена. Говоримо

задатој градацији, стална дијалектичност садржине најбољег интереса, хармонизација различитих аспеката/аргументацијских топоса...

На први поглед, који није синоним истине, а истина није за духовно лење који практикују само први поглед, а не и поглед који гледа у истину, чини се да је стилизација о најбољем интересу детета врх или крај доброте. Има ли бољег од најбољег? На ово логички заводљиво питање, подсећамо на мисао спасиоца православаља од Фирентинске уније, епископа Марка Ефеског који је питао да ли постоји мање од ништа. Иако је мера идентична, уз разлику смера – од силазног до узлазног, одговор је позитиван/могућ са аспекта права: ако је ништа одраз рђавости етаблираног оркестра правосочинилаца, ако је ништа неуспех закона да лечи друштвену патологију, мање од ништа је модерни ефекат закона који не само да не лечи патологију, већ је, бројем и грозоморношћу, увећава. Користили смо у нашим радovima метафору о лекаrima/правницима који не лече, већ шире болест.

Утемељење у правном језику за ову метафоричку могућност налазимо у чл. 5 ст. 1 Породичног закона Хрватске (вид. *Obiteljski i nasljedno pravni odnosi u praksi : Obiteljski zakon : Zakon o nasljeđivanju : s sudskom praksom, primjerima podnesaka i zbirkom propisa*, priredila Ana Kristofić, Vizura, Zagreb, 2014, str. 80). Овај члан закона има специфичну стилизацију: Судови и јавноправна тела која воде поступке у којима се (не)посредно одлучује о правима детета морају понајпре штитити права детета и његову добробит.

Овај закон неснабдевен идеалистичким лексичким амбицијама за најбољи или савршени интерес детета, сматра сасвим довољним и реалним да се води рачуна о добру/добробити детета. Дакле, не користи се максимум (савршени) или блиски максимуму (најбољи) термин. Уочавамо још једну, не само језичку, специфичност. Законописац налаже временски приоритет евиденције и поступања у интересу детета („понајпре“). Из ове језичке матрице добијамо још један сигнал поимања: интерес детета није јединовредан, није монистичка, а није ни дивинизирана, апсолутно фаворизирана категорија. Интерес детета се тачно, и скоро саморазумљиво, поима не у ескапистичком модулу, већ у реално животном модулу неизбежности, мање или више референтних, интереса и других субјеката (рецимо, браће и сестара, родитеља...).

Не на крају, још једна констатација: у сфери бонтона, стилизованих манира, критеријум редоследа навођења има своје значење. Евидентирамо да се у чл. 5 Породичног закона Хрватске говори о начелу првенствене заштите добробити и права детета, а у члану 4, дакле претходном члану, можемо слободно рећи не мање важном, се говори о начелу солидарности, поштовања и помагања свих чланова породице/обитељи, док се у члану 6 говори о начелу првенства права родитеља да се брину о детету и о дужности органа да им се у томе пружи помоћ. Неспорно је да је оваквим примењеним концептом законописац послао поруку/наложио да се добробит детета тумачи у контексту других наведених начела и да добробит детета није монистичко, „дивинизирано“ начело у актуелној правној цивилизацији.

о култури, не о бесмислу „сокоћала“, о бакама и декама прасади који су власници културних референци.

Констатација о греху редунације, о евидентној, историјски показаној нужности старања о детету/потомству, није без могућности приговора. Иако је право онтолошки слабашно/немоћно, неделатно, безефектно када за тему има природне законе, ипак је са аспекта животне педагогије, животне праксе корисно знати те законе. У сфери начела најбољег интереса, ова иманентност се зна и без читања закона (вера се, на пример, дефинише као сазнање без доказивања, као сазнање без знања/књига, речи, вера је мисао срца, ми Боговерни знамо и ко ће победити и да му савезници не требају: довољно је да они буду савезници Бога), али је можда корисно да се човек, не подсети (јер човек/човечица/ субјекат и субјектица права, бригу о детету не да не заборавају, већ, као дисање, не могу да забораве), већ да има помоћника/компас у животу. Чини нам се, а не само да нам се чини, адекватном метафора о оправданости сврхе компаса у људском животу. Наиме, фарисеји су сматрали норму о греховности погледа према другој жени као дисонантну природи човека, па су ту заповест Бога сматрали неизвршивом. Узгред, иако им то није била намера, нема боље похвале од ове: само велике идеје захтевају сталну жртву испуњења у вери, док се рђаве идеје лако остваре (план о криминалу се лако оствари, а идеја Бога се стално, и чешће, у жртви остварује као неперфектуирани глагол). Грешка је двојака: Реч Новог Завета Исуса дефинише, не као судију, већ као лекара. Поврх тога, проф. Сергије Троицки каже да ниједна лађа (човек) не плови по равној линији.

У правој сфери, са аспекта сигурности/сигурније правне праксе, тачна је констатација, у духу германске правне казуистике, да се најбоље подразумева када се изричито каже. Дакле, ради умањења непрецизности, неспоразума у нивоу правне праксе – педагошки, и психолошки, има одређене користи да се понови сазнање основних принципа живота.

Поновићемо: можемо да приметимо колико непостављених а нужних питања и градивних аспеката/елемената појма начела најбољег интереса детета је пропуштено/непостављено. Колико је то појам/начело у судској пракси осиромашен брзоплетошћу пресуђивања, како би то једна судија рекла можда и тиме да су судије *изакани* великим бројем предмета (видети интервју Д.Б. 15. јула 2022. на телевизији *Euronews*)? Можда је тачнији одговор у популарности практичног манира из, не судске праксе, већ праксе судија, тзв. пелцера (одомаћени/

популарни плагијатски стил «мишљења», манир чиновничког понашања неискреност (неамбициозних судија) и масовној склоности ка недостатку времена/цајтнота, небогатству радног ентузијазма, дипломатском, почетној степену и ни минималног дара, ескивирања деликатних, варничавих тема и аргумената.

Историја идеја може да се посматра и са Бећковићевог аспекта: идеали човечанства били су и остали правда, слобода, равноправност... Човечанство се од памтивека бори за идеале против којих није нико. Упркос идеалима, будућност још није таква да „ће се трешње слободно обликовати, да неће робовати старим и преживелим формама, да за љубав неће бити потребно двоје... да ће деци ницати златни зуби, да ће на универзитету предавати онај коме се предаје, да ће сваки човек објављивати своје новине, снег ће падати и лети, да ће се у школи деци предавати разни предмети у виду поклона, да ће сваки град бити главни, да ће кавези бити бежични, да ћемо сви добијати на лутрији, да ће сви путеви водити до циља, сви ће бити паметни, бол ће бити пријатан... прво ће се подизати мостови, па онда доводити реке, новац ће се куповати за мале паре, питања ће бити непотребна, одмах ће се одговарати... Тако ће бити“, шали се М. Бећковић.¹⁴

У *Јеванђељу по Матеју* каже се: „Чувајте се лажних пророка, који вам долазе у оделу овчијем, а изнутра су вуци грабљиви. По плодовима њиховим познаћете их...“ (*Мат.*, 7, 15 и 16). Сваки историјски догађај има покушај оправдавања неким апстрактним хуманизмом. И убијања деце од Вијетнама до Србије и бањалучких беба је чак и од истих добротвора и злотвора чињено због среће, најбољег интереса детета... Осим лажи, други методолошки конститутивни елемент је апстрактност, непоткрепљеност, *беспочвенност*-неукорененост... Свака епоха има своју убиствену идеју, своју идеолошку фразу којом се користе титулари неврлине: од еготизма до демократије или неког изабраног субјекта (рецимо, у хумористичкој варијанти стилска фигура „добар дан, што би рекао Маркс“, како су говорили позери, амбициозни неталенти, чланови увек исте партије – владајуће, Нушићеве константе - његови стални јунаци... Или данас енглеске евет ефендије европских вредности који тако неиздрживо смешно климају главом и енглеском и другим парламентима).

Свет, живот, Човек, историја, будућност осликана је, прожета и опстајава на разликовању, надамо се у све богатијим суптилностима,

¹⁴ Матија Бећковић, *О међувремену – записи*, БИГЗ, Београд, 1985, стр. 23, 37 и даље.

у разликовању Доброг и недоброг, рђавог, злочестог, трагичног, атрофичног, са мирисом фосфора (што би рекао председник Чавез у УН), бесмисленог,... Толеранције ове пулсирајуће искре живота и смисла, ове енергије целомудрености сâм живот чини и деструктивним и немогућим. Третман моралних и етичких питања као дангубу за ову цивилизацију је катастрофално. Рецимо, код одговора на питање шта је најбоље за дете, осим мудре и свеобухватне анализе сваког и свих субјеката, нужно је анализовати у ваљаној мери и дијалектички, нестатично, ко је, у овом конкретном случају, узроковао или блаже казано, допринео престанку заједнице. Багателисање, ирелевантност узрочника рђавости атмосфере или амбијента у партнерској или родитељској заједници никоме није на ползу, а јесте свакоме на дуготрајну или трајну штету, услед херeditарности непријатности, несреће или патологије по дете. У конкретном примеру нисмо прочитали да је суд констатовао да је тужиља/мајка детета отерана, избачена, принуђена услед злочињења тужиоца, већ да је тужиља отишла, својом вољом, из те заједнице. То је факт који је не фаворизује ни код хабитације ни ти може да буде неважна и код синтетичке одлуке суда о вршењу родитељског права... Поврх тога, чињеница да је тужилац здравствено оболео након својевољног одласка некадашњег партнера, није од извесног утицаја на доношење судске пресуде.

Ни материјални/финансијски ефекат оваквог чињеничног стања не треба запоставити. Зашто? Чињеница да тужиља нема решено стамбено питање, захтева да се обезбеде финансије за плаћање стана, а то је износ који може да буде усмерен на подмирење потреба и мајке, а пре тога и самог детета. Ако је алиментација питање које није важно у архитектури судске одлуке, онда нека суд или, још боље судија, та средства сам обезбеди из приватне хуманитарне делатности или других извора, попут *радосног невидника*. Чињеница, из судског тзв. образложења, да нема свилене, безтрзајне комуникације родитеља детета и партнера, уопште се не анализује кроз призму етиологије те несрећне комуникације. Можда је то само практичан, проверен начин комуникације која може да фаворизује и грешника? Да ли овакав стил „размишљања“ судија одолева провери једнаке оданости уставном начелу равноправности полова? Свако фаворизовање противно врлини и *lege artis* има своје име у најгорим страницама историје нечовека. Свеједно колико тај нациманир траје и чиме се *образлаже*. Подсећамо на још једну околност: брак је разумеван, не увек и само у еквидистанци, и у светлу уговора и у светлу јавног права. Ниједан

уговор, његово извршење и одговорност за неиспуњење не може да буде правно-етички и суштински, теоретски и практично, посматрано са позиције неексклузије. Ниједна јавноправна норма не може да се посматра у етичком безтежинском стању, стању космичке независности посматрано без морала као елемента јавног поретка.

Не можемо ни да покушамо да, на пример, размишљамо о кривичном делу ван категорије и мисли о етици. Морал је темељни елемент, нужни градивни елемент светог правног тројства. Тзв. модерно, а тачније је рећи актуелно Брачно право се нормира у лично-правној димензији у потпуној независности, ирелевантности од етичко-моралног просуђивања (не и у лично-имовинској сфери, код, на пример, издржавања и код установа које садрже дисквалификациону одредбу о очигледној неправди – нпр. код права становања). Оваква тумачења законске норме, такав редукован приступ, монизовано финално тумачење суда добија нетачну атрибуцију као једино могуће, као монополизована¹⁵ истина.

Веома занимљивим нам се чини истраживање о различитим перцепцијама у судској пракси и примени начела најбољег интереса детета. Сматрамо, не само нетачним већ и врло штетним, убитачним по поверење грађана у правосуђе и начело равноправности грађана пред законом, да се појединачна судска одлука дарује атрибуцијом аксиома, непотребности провере и аргументовања.

¹⁵ У књизи једног врло образованог политичара постоји следећа поучна и занимљива прича: након паузе од политике, млади политичар одлази у САД где има приватан разговор са господином Рокфелером. На молбу за савет чиме да се бави надаље у својим пословима, Рокфелер га саветује да се бави монополем. Још једна потврда да је мудар савет скоро увек и једноставан. Једноставно је бити најбољи, са најбољом позицијом на тржишту ако се бавите монополем као једини „такмичар“. Као кад није тешко бити непобедив у дијалогу, у интелектуалном дуелу где сте једини судионик звани учесник. Ипак, добити атрибут најбољег некад није и комплимент. Рецимо, када муж саопшти брачном партнеру да је најбољи: то дозвољава семантику да ако је неко најбољи, ако је власник златне медаље да има и оних који су власници и ..бронзане медаље, а и оних који су учесници квалификација, претквалификација... Опасни, штетни и злонамерни су и неки други, често рабљени и неразумни, атрибути и похвале да су постсредњошколци/студенти наша елита, најбољи део друштва. Незгода овог обожавања, што би се демонском терминологијом рекло, овог дивљења, осим подобности за политичко-социјалне манипуције, је и у томе да се тиме жели нешто лоше тој деци. Да статус елите постоји док имају статус студирајућег живља. Чим заврше студије, тик по дипломирању, они губе статус елите. Каква радост за родитеље и саме студенте. Овај језички фаул, себична *несмотреност* старијих, случајна грешка, ипак има и једну врло ретку, могућу корист: добијање статуса провереног кадра, статуса ентузијасте опште праксе, драматурга у два «различита» режима, утицајника у владавини експерата, практиканта сензација, сигурних водича до наше пропасти, љубитеља хемије не као школског предмета, члана управног одбора теретана, нељубитеља пешачког...

Једна од доминантних црта портрета правосуђа јесте начело противречности као озрачје и сведочење његове језгровитости и суштинских историјско-правних константи. Противречност није опозиција, већ онтологија истине о праву и правосуђу.

Већ смо писали о томе: право, а и живот, темељи се на нужности филхармоније. Песимистички/реално посматрано, праву је слична педагогија у смислу поменутог онтолошког хендикепа. У радосној верзији, сличност права и педагогије јесте и у томе да су обе дисциплине духа – уметност аргументовања. Уметност валоризовања снаге једног аргументацијског топоса и покушај њиховог симфонијског садејства, композиције у оправданом степену. Право и педагогија треба да теже филхармонији (љубав према складу. Музичком лексиком речено, Породично право је тежња ка *филхармонији*, а породица је *акорд* – пријатно сазвучје три или више тона: родитеља и детета/деце). Очигледно да то није лак интелектуални посао. Ипак, само смо у једно сигурни: у таленат судије свих и сваког да о томе кажу коју смислену реч. Што би рекао Дракче. Уставно право захтева грађење/сочињавање пријатне мелодије од нота власти и нота слободе, као што у Породичном праву треба ускладити ноте слободе верности и верности слободи, аутономију породице и дисциплиновање/послушање/корекцију у случају дисхармоније са нормом/вредностима. Закон енантидромије, мирења супротности, важи свугде.

Противречност је одлика истине, а не њена опозиција.¹⁶ Свети Сава је биолошки син свом оцу, а и духовни отац своме оцу; Павле на грчком јесте мали човек, а свако ко је мали човек пред Богом – јесте велики човек; према Делакроу, сва оригиналност Рафаела, принца сликарства, јесте у плагирању других; Сава Шумановић је био у снажној депресији а слике су му биле радосне и пуне ватреног колорита; радни сто Чехова је био у тзв. безуредном поретку; Гагарин је могао више (пионир космоса), али није могао мање (да се правилно служи сложеним системом есцајга на пријему у енглеском двору); Свети Николај вели да без смрти нема васкрса, без греха нема врлине, а без Мојковца нема

¹⁶ Вид. Слободан И. Панов, *Породично право*, нав. дело, стр. IXX. Детаљније о противречности вид. Слободан И. Панов, О противречности и другим принципима Породичног и Наследног права, у: *Годишњак Правног факултета Јустинијан Први у Скопљу посвећен проф. др Љиљани Спиновић Трпеновској* (ур: проф. др Дејан Мицковик), Правни факултет Јустинијан Први, Скопље, 2013, стр. 317–338. О другим контрапунктовима вид. Слободан И. Панов, Милош Станковић, Владавина права у Наследном и Породичном праву, у: *Зборник радова Владавина права и правна држава у региону* (ур: Горан Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2014, стр. 457–486.

Кајмакчалана; следствено речима Св. апостола Павла (Римљ. 6,17–20), проф. Троицки вели да су чланови Цркве слободни јер су робови права¹⁷; пријатељи својим похвалама могу да нас погорде и улење, а непријатељи чине највећу услугу, јер нас мотивишу да активирамо своје таленте и да радом побољшамо себе. Иако то није била њихова жеља, то је објективно финале њихове зле намере... Раскољникова су звали *свети ђаво*¹⁸. По Лутеру, *simul justus et peccator* (Истовремено и праведник и грешник, импутирање праведност Христа, без наше личне заслуге).

Ниче¹⁹ је говорио о вечитом враћању истог. Неискусни, несклони промишљању у овој мисли су видели неизбежну, имплицитну досадност/монотоност. Као што је говорио чувени професор Марко Младеновић, највећи мушкарци имају једну жену. Као студент сам, без позе чуђења, у том стиху ишчитавао само монотонију. Касније сам слутио монолитност, једносуштаство, Једност, ЈедноБожство... Некада све завршава ближе болу, некада, у варницењу *Vita Activa vs Vita Contemplativa*, све заврши у созорцењу Истине. Созорцењу Правде²⁰...

Ако останемо и даље у казивању музичком терминологијом, можемо чинити и сазнајне метафоре, корисне за разумевања феномена правосуђа. Користићемо се термином *Рондо – Rondo* (најчешће као означење музичке форме и обележје карактера/супстанцијалности музике). У

¹⁷ Вид. Сергије Викторович Троицки, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2011, стр. 38.

¹⁸ Вид. Рене Милер, *Распућин и жене : свети ђаво*, Ново дело, Београд, 1991, стр. VIII.

¹⁹ Постоји и поетска варијанта ове мисли о вечитом враћању истог. Код Вергилија (у *Енеиди*) систем метампсихозе омогућава продужење људске расе: након смрти, свака људска душа пролази кроз чишћење од нечистоће стечене током земног живота. Већина душа заборављају своје искуство, чим почну да постоје у новим телима, постају игнорантни, не сећајући се онога шта су радили током претходног постојања, па и све казне у предстојећем животу односно све казне које следе. Зато су осуђени да понављају све грешке, несвесни цене колико ће их ово коштати. Заборав омогућава наставак живота.

Јован Дучић је писао да је памћење услов културе, да незаборав богати и узвисије културни хабитус бића. Чињење вредности је гравивно за етичку димензију човека. У овој посматрачкој позицији је заборав услов самог живота/постојања, не и његове садржине и вредности. Фридрих Ниче у *Тако је говорио Заратустра* темељно начело филозофије живота сматра противречјем: тачном, тамном-највеће тежине и у привидном ефекту парализом. Али истовремено ултимативном афирмацијом живота: некапитулантском, већ борбеном, не само прихватање терета, већ волети неопходност *amor fati*/љубав судбине.

Албер Ками има есеј о „Сизифовом миту”, где репетитивна природа «очајног» постојања је апсурдност живота. Очита бесмисленост гурања камена уз брдо, захтева врхунски напор срца и ума – уздржавање од очаја, чак и покушај са „неко мора да замисли Сизифа срећног”, трагање за зрном смисла у бесмислу.

²⁰ Кад се кроз врлину очисти од страсти, молитвама откривати надумне тајне, кретање од сложености до једноставности, виђење светлости која се излива из почетка...

време барока, ова реч је, следствено латинској речи *ritornello* (*ritonare* – што значи враћати се, понављати основну тему).²¹

Правосуђе се, према народним предрасудама, које су тешко рушиве/несрушиве попут планина, и разуме као понављање, механичка, неоригинална, репетитивна, понављајућа мисао или садржај нормe. Ипак, има и нечег новотвореног и код ронда (тј. правне аналогije правосуђа). Рондо увек подразумева и више контрастних тема – тзв. епизода. Оригиналност има музичку форму тзв. епизоде. Видљив облик тога је када оркестар свира а контрастира групи солиста који свирају епизоде.

Rondo је музичка²² форма, а некада је појам допуњен и нотом, дефиницијом карактера музике. Често је тај карактер у стилу веселости. Често оригиналност правосуђа, у односу на садржај, вредности и ниво нормe, нема баш весели, већ елегични карактер. Врло често, да не кажемо, увек а и чешће. Некада оригиналност правосуђа је онтологија греха²³, посебно када различитост, боље казано супротност судске праксе, рађа онтолошки грех – већи грех, тј. неравноправност грађана пред законом.

²¹ Слично и термин редунација-непотребност, сувишност, непрецизирајуће понављање, појашњавање јасног, плеоназам...

²² Постоји и један југословенски филм *Рондо у А молу* из 1966. године, у режији З. Берковића. Филм је, осим (не)обичности, врло занимљив и за материју Породичног права, јер опште познате животне и антрополошко-социолошке константе приказује на занимљив начин. Неизненађујући животни факти имају занимљиву дијалектику: случајни сусрет једног уметника и судије, стално играње шаха и разговор о уметности и праву, и шаху и жени, инцидентни сусрети који добију карактер безизузетка, апсолутне сталности, присуство младе супруге уметника, њено жељење потомства, жар погледа изванбрачних и брзо учињена прељуба, смирај страсти код мушког прељубника, вечита константа, скоро безизузетно финале о садржини релације пријатељства особа супротног пола и секса/љубави...

²³ Постоји причање Јефрема Аризонског о томе да *нема спасења ако се укине искушење*; да је врлина из борбе: сатана нас доводи у заблуду, а мене најпре, јер не показујемо трпљење и тако губимо корист коју доноси свако искушење. Постојао је један монах који је преклињао Бога да га ослободи од страсти. Бог га је лишио страсти и подарио му бестрашће. Монах је тада отишао код једног опитног рекао му: „Старче, отпочинио сам од страсти и сад сам миран (био је још увек млад).“ Слушај чедо моје, рекао му је велики старац, иди и преклињи Бога да ти врати страст, јер човек не стиче душевну корист у бестрашћу него у борби. Бестрашће није труд него починак. У искушењима се човек усавршава и постаје духован, док без искушења човек неће постати мудар, образован и користан. Буди трпелив, дакле, ма са чим да се бориш. Овим последњим временима у којима живимо не очекујмо ништа друго осим искушења и оно ће нас спасити. Уклоните искушења и нико се неће спасти. То наравно не значи би намерно требало да падамо у искушења. Међутим, будући да се боримо по Богу и да мотримо на себе, морамо сматрати да искушења долазе од Његове Очинске привржености, од сатанске зависти, од нашег немара и неопитности, од људске подмуклости...

Према томе, потребно је трпљење и благодарење.

У актуелном, трајућем, а ипак неподношљиво погрешном и врло штетном, октроисаном маниру тумачења, читања, разумевања појма, козметички максималном површном, бесмисленом финалном садржају, начело најбољег интереса детета се показује не као дика, како би то говорио чувени проф. Антић, нашег правног поретка. Сигурно летално финале/завршетак бивања ове правне фразе је врло лако речено, а претешког срца и ума, извесно. Без етике и морала, као призме, духовно-правне позиције, беспотребно, а и немогуће, је градити тежњу ка лепшим брачно-правним и породично-правним односима. Папа је, према некима, непогрешив. Он је „*врховни судија верних и у свим случајевима који потпадају под црквено судство случај може бити поднет његовом суду*”. „*Пресуда апостолске столице (од које нема вишег ауторитета) није подложна ничијој ревизији, нити ико може правно донети другу пресуду*” (канон 331 дефинише моћ папе као „*врховну, потпуну, непосредну и опиту моћ у Цркви, коју може слободно испољавати*”). Такође је догматски дефинисана и доктрина папске непогрешивости:

„Кад римски понтиф говори ex cathedra¹, то јест, када у функцији своје службе као пастира и учитеља свих хришћана, у смислу његовог врховног апостолског ауторитета, он дефинише доктрину по питању вере или морала којих треба да се држи цела Црква, он поседује, божанском помоћи обећаном њему кроз благословеног Петра, ту непогрешивост коју је божански Искупитељ желео да Његова Црква поседује у дефинисању доктрине вере или морала. Стога, такве дефиниције римског понтифа су саме по себи, а не по вољи Цркве, непроменљиве.”

Суд је данас непогрешив као и папа. Суд мисли, суд умишља, суд има фантазму да је тачан у правном мишљењу. Суд се данас, у неком институционалном степену, и у греху тумачења овог начела, сматра безгрешним, сматра се еманицијом папске непогрешивости, папске увек истините речи. Илузија безгрешности је видљива у бројним историјским примерима, и пре и после Другог светског рата.

И сада: на пример, према ТАСС агенцији, папа је у интервјуу за амерички медиј *Језуитски преглед* рекао да «су најокрутније оне трупе које нису етнички руске, али баштине руско наслеђе, попут Чечена и Бурјата». Какав таленат да концизно саопшти и субјекте и етиологију врхунске округности. И то папе које имају озбиљне вековне, историјске интактности. Русија је примила званичну изјаву Ватикана у којој

се папа извињава, за ову расистичку изјаву. Одговорио је, поводом ове папине непогрешивости, и Рамзан Кадилов: срамота је да папа не зна како се муслимани односе према непријатељу. Пророк Мухамед каже да се никад битка не почиње док се непријатељу не да мировна понуда. Председник парламента Чеченије Магомед Даудов ову папину изјаву сматра примитивном.²⁴

Већ смо констатовали, не само у анализи овог конкретног случаја, једну дисциплиновану склоност суда за редукцијом у промишљању примене правне норме. Сигурни смо да постоји опроштај греха, вољних и невољних. Нисмо сигурни да трајни, неразрушиви, горди савез са грехом је опростив. Држава је изграђена по принципу световности (чл. 11 Устава Србије каже да је Република Србија световна држава, да су цркве и верске заједнице одвојене од државе и да ниједна религија не може да се успостави као државна или обавезна). Ипак, када смо у овом теоријско-аналитичком концепту, никоме не користи одвајање од мудрости, вековима проверених аксиома и корисности за душевно и свеколико здравље. Опроштај има своју вредност, и религијску и световну, и личносну и саборну, и ефемерну и вјековечиту... И животну и у пракси, па и у судској пракси и животу... Конкретно, да ли је икада у судској пракси као релевантна утврђивана околност аутора, ако не греха, онда бар *culpe*? Макар као обавеза суда да примени истражно начело и у брачном спору (чл. 205 Породичног закона Србије).

Ствар лако, по нарочито хитном поступку како би то казао ПЗС, доспева, завршава у апсурду у бројним чињеничним конструкцијама/композицијама. Рецимо, ако је у овом случају тужени у греху, а тужиља му опрости. Ко ће то оспорити, суспендовати или забранити? Је ли то процесна диспозиција јавног тужитеља? Због чега? Јер његово етичко узнемирење и сећање овог брачног или породичног инцидента га возбужује, депримира, обеспокојава, јер државног чимбеника више боли та непријатног него инволвираног брачног субјекта/партнера? Зашто се селективно примењује ПЗС? Ко је суд ослободио обавезе прописане законом да се тај закон примени или што би писмени казали да се не крши? Што би се, папски рекло, ко је овластио суд да не утврди да ли се и како се очитује воља брачног партнера/субјекта? Да ли је та околност непорецива, неподобна за утврђивање не до преклузије, него одувек и заувек? Има ли краја овим папско/судским

²⁴ Вид. Oslobođenje, Kadirov odgovorio papi Franji: Sramota je da ne zna kako se muslimani odnose prema neprijatelju, on je žrtva propagande, *Danas*, 01.12.2022.

бесмислицама? Нећемо још пуно на ову тему, јер нам је глупост досадна. Ипак, неодољиво нам је да поставимо још једно питање: како се овакво судско мишљење слаже са начелом најбољег интереса детета? Да ли искуство детета, инцидентно, дуже и патолошки трајно, у *несвиленој* брачној/породичној комуникацији, говори истовремено и о петрифицираности/окамењености/неизмени/неподобности реформе овакве садржине у комуникацији?

Које још појавности, по мњењу оваквих судова, исказују апсолутну неподобност за реформу? Да ли ратови искрених непријатеља, према повелји УН, забрањују преговоре о миру или поверење или дескалацију? Ако то не постоји на макро плану, да ли је једино смислено да постоји на микро плану или у породичном амбијенту? Где је учена та логика и етика? На високој правној школи, курсу или код интересних лобија драгих пријатеља финансијера судства у *Намбији*? Или *Nambaiid*? Јер је појединачни и национални интерес да се људи сложе или је интерес руковођење хаосом у коме се клања принципу преклузије мирења? Још боље, непостојања мирења.

Да ли бољи и мудрији суд који веран врлини смирује немире/сукобе судске и социјалне или суд финансиран од драгих пријатеља сукобе чини већим и опаснијим. Не треба знак питања. Дијабофилима/дијаболичним треба. Реална анализа је катастрофално елегична/адска. Кад провинцијални судови масовно не умеју да примене члан 10 Устава о томе да је у службеној употреби српски језик и ћирилично писмо, онда је ствар јасна. Можда због финансијера и старог градског манира да је Гестапо у Београду морао да објави да „чини паузу“, да неће примати денунцијације од *драгих* пријатеља за драге пријатеље.²⁵ Не постизава чак ни ефикасни чиновник фашистичке Немачке.²⁶

Детаљ није погодан багателисању. Детаљ је одраз суштине, за оне који су обдарени благословом посматрања и размишљања. Детаљ је фина илустрација, снажно сведочанство истине, суптилно и

²⁵ Активиста такве традиције *елите* је био и отац једне београдске дорђолске списатељице и недићевски чиновник.

²⁶ Историја има безброј различитих записа/повести. На пример, за време „непријатељске окупације“, што би рекао закон о неважности...из 1946. године, програм радио Београда је штампан на ћирилици и, за немачке војнике, на немачком латиничном писму. Фашистички квислингшки лист *Ново Време* је штампан на ћирилици, уз финансијску помоћ Рибникара и „Политике“.

Шеф КГБ и председник СССР је био и Андропов и Либерман ((Јекатерина Синелшчикова, Зашто су совјетски лидери одбацивали своје и узимали руско име и презиме?, *Russia beyond*, 25.11.2022). Осим Андропова, Бориса Суварина алијас Борис Лифшица, то је учинио и Стаљин, уз суштинску почетну, финалну разлику).

хиберболом осветљено огледало онтологије. Нисмо замјетили честе протесте лица која су упуслена у том службеничном корпусу, таквих слугу народа. Иначе, сама синтагма слуга народа има озбиљну склоност ка елегичном финалном самонегирању. Зашто таква игноранција чл. 10 Устава Србије? Да ли је то нека константа, нужност у дефиницији судске неовисности – како би креатори то рекли. Или је то један, заправо, врло талентован, скоро безболан/анестезиран педагошки метод? Или, тачније, метода?

Да ли је то педагошка радионица да се популус имлицитно навикне и научи на новине унутрашњег и међународног права? Са аспекта унутрашњег права: да ли ако за суца, суткињу и судију не важи један члан Устава и то чл. 10, лако памтљив, историјски и бројчано, то значи независност судске функције и од других чланова Устава Србије и других извора права? Да ли је читање и сазнање закона дангуба за Волтеровог Кандида/наивка? Каква радост за студирање права?

Да ли оваква педагошка радионица служи томе да се популус имлицитно навикне и научи на новине и међународног права? Да ли се, стасавањем нових правних генија, мења и правило *pacta sunt servanda*. Да ли поверење, законска снага уговора релевантна за, најмање, једног саговорника. Да ли то поверење подразумева неотклоњиву или отклоњиву илузију/заблуду/превару? Како се безболно отклања та заблуда/превара? Како преварена уговорна страна може да констатује ту потврду и која је одговорност несавесног? Да ли је негована превара, припремљена, осмишљена превара дозвољена равноправно за сваку уговорну страну? Да ли ова европска и ваневропска превара је уговорна привилегија свих или само изабраног саговорника? Да ли ексклузивност монопола права на превару снажи европско начело равноправности? Да ли неоптерећивање начела равноправности је лепота, неодољивост, дакле и непотребност (тежине) избора европских вредности? Да ли независност од вредности равноправности имплицитно сведочи о статусу више расе и изабраног народа? У чему је разлика у тој пракси и правно-педагошкој радионици и искуства фашизма? Колико је погрешно Фидел Кастро Руз 1992. године: *La proxima guerra en Europa sera entre Rusia u el fascismo, solo que el fascismo se llamara democracia.*/Следећи рат у Европи биће између Русије и фашизма, а фашизам ће се звати демократија.

Да ли се тиме увећава хармонија у свету и човеку?

Само кратко подсећање: бивши председник Француске Франсоа Оланд рекао је да Украјина сада има много боље обучену и опремљену војску него што је имала 2014. године, а Кијев је добио могућност да ојача војне капацитете захваљујући Минским споразумима.

Оланд, који је био председник Француске у периоду од 2012. до 2017. године је у интервјуу за „Кијев индипендент” потврдио раније тврдње Ангеле Меркел да је циљ Минских споразума из 2014. био да Украјина добије на времену. Он је навео да је садашњи успешан отпор украјинске војске резултат дипломатске умешности Француске и Немачке.²⁷ Да крај није на видуку, потврђује тачна самопохвала господина председника Француске да је ова генијалност резултат *дипломатске умешности* Француске и Немачке, мада ову онколошку самопохвалу нисмо прочитали приликом изјаве канцеларке Немачке²⁸. У српској језику постоји краћа и тачнија формулација Оландове успешности: лагање.²⁹

Раније³⁰ смо писали о онтолошком хендикепу права. Поставља се врло занимљиво питање о могућности, односно, начинима *јуризације врлине*? Право је трагично јасно и лако за дефиницију, са помало егзистенцијалистичке позиције: право је несавршени покушај санирања несавршености човека и света. Право има онколошки онтолошки хендикеп. Најпре, право је сведочанство несавршености човека и друштва. Да су субјекти и субјектице права добри, не би било потребе за Кривичним правом, а да су мудри не би било потребе за Породичним правом... Затамљени, облачни, заспали, анестезирани, успавани, хибернирани морални механизам компензује се правним механизмом: претњом санкцијом. Овакво дејство хетерономног карактера правног механизма суштински није лековито у сфери узрока отклањања личне/

²⁷ Вид. Немачка и Француска су превариле Русију – Мински споразуми су дали Украјини време за јачање војске, *Политика*, 31.12.2022.

²⁸ Ф. Лукјанов то сматра признањем преваре или свесном преваром. Ово рече Меркел. Узгред, то је и добровољна изјава јер Меркел није била приморана, нити може да има корист, од овакве изјаве. Карактер добровољни ове изјаве Меркелове је тим пре очигледније ако се подсетимо да њено прислушкивање од стране драгих преководних/*прекобарских* пријатеља. Постоје паузе, врло инцидентне, и у колонијалном статусу.

²⁹ Члан 8 Српског Грађанског Законика: Смисао закона нико да не изврће, и криво да не тумачи. Сваки да пази на речи, и њихово право значење, па ако му се не би тако разумети дало, онда нека погледа на друге овде изложене подобне законе, и нека испита намеру законодавца, па сравнивши га с овима нека га тако протумачи, како да се са основима здравога разума и природне правце слаже.

³⁰ Вид. Слободан И. Панов, *Породично право*, нав. дело, стр. XVIII.

социјалне патологије. Као што човек не може да се храни лековима, тако ни суштаство човека се не може хранити/сачувати правом. Мудри говоре да *основ права није закон, него морал*. Ипак, несавршени свет/човек не може да оздрави третманом права, али може да се контролише или коригује несавршеност која је социјално опасна. Врлина је, ипак, чедо слободе, врлина не настаје декретом/правом, а слобода има смисла само ако је слава врлине.

И још једна онтолошка несавршеност права: *квантитативна ексклузивност противправности/правног греха*. Наиме, право може да има појмовног смисла и практичну примену само ако је могућа апсорпција „правног греха“. Право капитулира/немоћно је пред масовним неправом. У прецизној метафори речено: право је као „јунак“ који нас штити од слабог зловника, а „јунак“ који нас не штити, бежи од снажног зловника. Конкретно, у форми хиперболе због педагошке/сазнајне ползе помињемо примере који нису засновани на истинитим догађајима: ако појединац пређе улицу ван пешачког прелаза, ако појединац запали парламент, ако појединац узме сувенире, слике Лубарде или Коњевића из народне куће-парламента, ако појединац линчује, удара у главу директора телевизије – биће, највероватније, санкционисан. Ако то уради скуп финих, слободоумних правних субјеката – то је већ чин који се не санкционише у Данској, како би, због личне безбедности, рекао Шекспир. Ми смо раније писали да је врлина аристократског а не демократског порекла и атрибуције. Право без врлине, морала, истине је безвредна карикатура.

Право је постало духовна дисциплина за лаковерне, сумасишавше, што би рекао СГЗ³¹. У западним мислима до сада је Косово и Метохија било прецедент, јединствени случај, док је глумљена, лажно спасавајућа или искрена наивност била резервисана пракса за друге. Право је поверење наивних, најблаже речено. *Moral insanity* је појам и пре Ничеа.

У великој палети мишљења о овом појму, каже се да је морално лудило хронично одступање здравог и природног стања ума. То су поремећају из сфере осећања и навика особе, а не из његовог интелекта. Сматрано је видом владавине себичности над персоном, маниром у друштву индустријализације или капитализма или цивилизације (подсећамо на наше разликовање цивилизације и културе) или репертоаром

³¹ Члан 40 СГЗ: Закони узимају у заштиту и оне, који су разума и слободне воље или сасвим или од чести лишени, као што су згранути, бесомучни, луди, суманути.

племенитих (европске господе Глембајевих, часника/одличника блуда и криминала), репертоаром више класе која разликује добро и зло, али не може да се понаша пристojно и поштено у пословном животу. Вероватно се ова превара сматрала нужном или честом и дозвољеном менталном резервацијом код закључења уговора.

Хендикеп права се увећава: примери Оланда и других јесу основа тврдње да је право и идиотска привилегија наивних. Поклонити актом поверења је знак најближег сродства са Кандидом. И другим угледницима. Када се не може на основу свих примера да се верује у законе или међународне уговоре, у коју форму одлуке може? У независне експерте чије мишљење нам је познато и пре експертизе.

Има и других сталних несавршености: врхунски српски интелектуалац проф. др Жељко Симић пише о (правној) судбини Лајбница, коме је у спору са Исаком Њутном око ауторства за инфинитезимални рачун, правду делио суд који је „привидно независан/објективан и истинољубив, суд који је симулант неутралности и објективности, суд хуманистички мутиране инквизиције, суд западног идејног тоталитаризма, лажни трибунал међународне научне јавности, суд који не истражује истину већ довршава егзекуцију, суд гносеолошког и когнитивног догматизма“... У овом суду енглеске краљевске академије, чији председник је био Њутн, аутор види креацију идентичну модерном пријатељском трибуналу.³²

И на основу ове чињенице, још једно подсећање на константу модерног правосуђа, Опет констатујемо да нема реакције овом згодом. Пред нову годину сазнајемо следеће занимљиве константе модерног, европског, хрватског правосуђа: заменик војног тужиоца Младен Бајић 1992. године покреће истрагу против Срба из села око Сплита због оружане побуне против демократске нд власти и непријатељског деловања. Следи и детаљно сведочење Петра Новаковића против *србочетника*. Након мучења и смрти у Лори, високоштовани Бајић напредује у служби и постаје сплитски државни јавни одвјетник 2001. године, а након што је поднео оптужницу за мучење у Лори 2002. године, скоро одмах постаје то и на републичком нивоу. Србочетници постају цивилне жртве рата због претрпљене тортуре државних *узвишених* чимбеника.

Новаковић признаје да је под принудом оптужио људе и да је све то конструкција традиционално, истинољубивог и зависника од

³² Вид. Жељко Симић, *Медитације над Лајбницом*, Београд, 2016, стр. 55–69.

правде и европских вредности (наш цинизам). Још две финалне околности: Марко Ливаја, учесник такмичења у Катару, ватрени ногометах је унук једне од жртава у овој причи. Главно следи: главни јунак ове приче, осим великог брата, Младен Бајић Племенити наставља, никако не завршава, каријеру где другде до у Украјини, као саветник тамошњег тужилашта³³ у поступку за не своје ратне злочине.³⁴

Очекивали смо или дивљење оваковој каријери угледника или још веће дивљење коморе правосуђа са Кубе или других релевантних форума. Што би интелектуалци рекли, чак шта више. Шутња.

Након непомињања/избацивања неприкладних термина/вредности љубави и верности из Брачног права, по први пут у српској породично-правној историји, како тек сада звучи могуће, тачно разумевање чл. 25 Породичног закона о међусобном поштовању и помагању брачних лица. Ватромет, тачније експлозија, склада и поверења дизајнираног од законописца у Србији.

Када смо писали предговор за Породични закон Србије, написали смо, поводом присутних несувислости, какво време, такав и закон. Максимално посвећена пропадању, државе и народа, дат је и допринос овакве власти и у легислативи. Држав(нич)инско чињење као Сабора, Раде или Думе на крају 20. века. Ипак је и Србији поверена функција рекогносцирања бесмисла.

Питање је једноставно: које искуство са применом начела у макроравном космосу заслужује неко поштовање у микроправној димензији? Да ли начело заштите суверенитета државе? Да ли начело развоја сваке државе и народа? Да ли начело најбољег интереса детета у свакој држави? Да ли начело мира или нулте толеранције на насиље у међународним односима или начело нулте толеранције за насиље у породици? Овом приликом нећемо о бесмислу/шампионској глупости садржаја појма *in fine*. Да ли евро-америчку вредност рушења надгробних споменика... Да ли случај када је једно прасе дало већи допринос култури од Вука и Доситеја?

Да ли постоји право без етике? Да ли америчка демократија може без сарадње тридесетих година прошлог столећа са немачким фирмама и фашистима БОС, ЈМ, Форда, Опела...

³³ Саво Штрбац, Како је угушена измишљена побуна „србочетника” са сплитског подручја, *Политика*, 29.12.2022.

³⁴ На почетку је реч. Писали смо о лепоти и хармоније језичке и правничке стилизације. Још један пример томе у прилог: Једно од министарстава у свом допису вели за Бајића да је списак оружја у предмету ексвојног државног одветништва КТ-676/92 „са потписом особе која се одазива на име Младен Бајић”.

Да ли историја људског освјешћивања, да ли људско друштво постаје све непознатије подручје?³⁵ Да ли је опасан привид чињеница?³⁶ Да ли је све³⁷ подложно разматрању или најбољи интерес детета нуца од јасноће?

Да ли је енформел, необавезни садржај појма овог начела свезник његове јасноће у судској пракси?

Да ли најбољи интерес детета заслужује забрану оспоравања? Да ли мистериозност садржаја појма овог начела оправдава његов аксиом.

Да, у демократском актуелном друштву.

³⁵ Fridrih Engels, Karl Marks, *Sveta porodica ili Kritika kritične kritike protiv Bruna Bauera i drugova* (predgovor Predrag Vranicki), Beograd, Kultura, 1964. стр. V; Занимљиве су реченице аутора, не само метафорично примењиве и на рекламирани стандард о најбољем интересу детета: Реални хуманизам нема у Немачкој опаснијег непријатеља од спиритуализма или спекулативног идеализма који наместо стварног индивидуалног човека ставља самосвест или дух и учи да је дух срчан а тело слабо. Разуме се да овај бестелесни дух има духа само у свом уображењу (исто, стр. 5). Различита перцепција марксизма данас сведочи и да је тежак пут од савремености до Православља, од идеализма ка Православљу (вид. Сергије Булгаков, *Православље : преглед учења Православне цркве*, Књижевна заједница Новог Сада, Нови Сад, 1991, стр. 274 и 275). Протојереј Сергије је умро „заситивши се дана“ (исто, стр. 283).

Начело најбољег интереса детета, у садашњој судској интерпретацији, разбије се о противречје, о хриди лажи и неправде. А тек ако не искључимо мистичност Соловјева, иманентну несазнатљивост Православља (Саборна свест је надлична, истина се не открива у појединачном разумевању, него црквеном јединству у љубави. Саборна свест је тајновита и несхватљива у својим путевима, као спуштање Светог Духа у срца људи (исто, стр. 130)).

Начело најбољег интереса детета има у једној својој интерпретацији и основу кривице. Наиме, према Н. Фјодорову који је имао врло посебну мисао, туге због несреће људи, због цивилизације која се гради на костима очева, обавезност васкрсавања очева, живот свих умрлих људи у историји, живот свих умрлих рођењем које не значи смрт него и живот очева... (вид. Nikolaj Berdajev, *Ruska ideja : osnovni problemi ruske misli XIX i početkom XX veka*), Prosveta, Beograd, 1987, стр. 187-201).

Само у сфери теоретске дефиниције појма лако се евидентира комплексност начела најбољег интереса детета, а камоли у сфери, у нивоу оперативности, конституисања појма...

³⁶ Тзв. софистициране апликације у Кини довеле су до осуде возача који се почешао по лицу а вештачка интелигенција је реаговала и тај потез возача нетачно препознала као коришћење мобилног телефона. Код ових аутоматизованих поступака повређује се начело слободног судијског уверења, гиљотина судске расправе (Александра Петровић, Алгоритам не може да замени судију, *Политика*, 22.1.2023).

Занимљиво је направити истраживање судске праксе у примени овог начела најбољег интереса: да ли постоји слутња обавезних и релевантних елемената проматрања овог питања; начин доказивања; време коришћено за доказивање; различитост проматрања судова... Ако је пракса врло уједначена, недисонантна, то значи да је или све савршено у консензусу или да све има исти степен површности. Тзв. диктат пелцера.

³⁷ И секс има своју спорну димензију, и секс има етичну компоненту. Постоји на пример и сирови и сировији секс и бројне друге занимљиве дилеме (вид. Igor Primorac, *Etika i seks*, Službeni glasnik, Beograd, 1999).

Најбољи интерес детета у својој сиромашној, лењој, нетачној интерпретацији доводи до цвата патологије и, што би песник рекао, све завршава ближе болу.

ЛИТЕРАТУРА

- Бећковић, Матија, *О међувремену – записи*, БИГЗ, Београд, 1985.
- Berđajev, Nikolaj, *Ruska ideja : (osnovni problemi ruske misli XIX i početkom XX veka)*, Prosveta, Beograd, 1987.
- Булгаков, Сергије, *Православље : преглед учења Православне цркве*, Књижевна заједница Новог Сада, Нови Сад, 1991.
- Engels, Fridrih, Marks, Karl, *Sveta porodica ili Kritika kritične kritike protiv Bruna Bauera i drugova* (predgovor Predrag Vranicki), Beograd, Kultura, 1964.
- Милер, Рене, *Распућин и жене : свети ђаво*, Ново дело, Београд, 1991.
- Obiteljski i nasljedno pravni odnosi u praksi : Obiteljski zakon : Zakon o nasljeđivanju : s sudskom praksom, primjerima podnesaka i zbirkom propisa*, priredila Ana Kristofić, Vizura, Zagreb, 2014.
- Панов, И, Слободан, О противречности и другим принципима Породичног и Наследног права, у: *Годишњак Правног факултета Јустинијан Први у Скопљу посвећен проф. др Љиљани Спиновић Трпеновској* (ур: проф. др Дејан Мицковик), Правни факултет Јустинијан Први, Скопље, 2013, 317–338.
- Панов, И, Слободан, *Породично право, дванаесто издање*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2022.
- Панов, И, Слободан, Станковић, Милош, Владавина права у Наследном и Породичном праву, у: *Зборник радова Владавина права и правна држава у региону* (ур: Горан Марковић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2014, 457–486.
- Primorac, Igor, *Etika i seks*, Službeni glasnik, Beograd, 1999.
- Симић, Жељко, *Медитације над Лајбницом*, Београд, 2016.
- Станковић, Милош, Панов, Слободан, Најбољи интерес детета у породичном и наследном праву, у: *Зборник радова са међународног*

научног скупа „Право и вриједности“ (ур: Радомир В. Лукић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2019.

Троицки, Викторович, Сергије, *Црквено право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2011.

Ulvân, Abdullah Nasih, *Odgoj djece u islamu*, Aktivna islamska omladina, Zenica, 2003/1424.

ИЗВОРИ

Determining the Best Interests of the Child, www.childwelfare.gov, june 2020.

Немачка и Француска су превариле Русију – Мински споразуми су дали Украјини време за јачање војске, *Политика*, 31.12.2022.

Ослобођење, Кадиров одговорио папи Франји: Срамота је да не зна како се муслимани односе према непријателју, он је жртва пропаганде, *Danas*, 01.12.2022.

Петровић, Александра, Алгоритам не може да замени судију, *Политика*, 22.1.2023.

Синелшчикова, Јекатерина, Зашто су совјетски лидери одбацивали своје и узимали руско име и презиме?, *Russia beyond*, 25.11.2022.

Штрбац, Саво, Како је угушена измишљена побуна „србочетника“ са сплитског подручја, *Политика*, 29.12.2022.

Slobodan I. Panov

THE JUSTICE SYSTEM:
SOME EXAMPLES OF DILEMMAS OF TODAY

Resume

The principle of the best interest of the child is a legal innovation that has always existed in law and is implicit in the horizon of life. Numerous judicial considerations can be analyzed in the context of this principle (from the decision to entrust the child to one of the parents and other court decisions on the personal-legal and property consequences of the termination of marriage). In the paper, we only mentioned the issue of cohabitation. It is obvious how the court decides on the application of this principle: superficially, unoriginally, using ready-made repetitive stylizations, predictability of favored subjects...Screaming superficiality, offensive nonsense will end in the verse that reason cannot ignore injustice.

Keywords: marriage, the best interest of the child, kohabitation, court practice.

* Рад је примљен 15.12.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

УЗ ДИЛЕМУ О ДОМЕТИМА ФАКТИЧКЕ ПРОМЕНЕ УСТАВА

Сажетак

Промена устава је тежак и компликовани задатак и уобичајено се обавља према уставом прецизно прописаној процедури. Промена устава је акт правног карактера а истовремено и политички акт и зато би требало да почива на широком друштвеном консензусу, који укључује најважније државне органе, разне друштвене чиниоце као и сам народ. Промена устава је најчешће у надлежности законодавног органа али је неретко предвиђено референдумско изјашњавање, а негде је у надлежности највишег суда. Дешава се, међутим, да су носиоци промене устава грађани, на грађанским протестима, као и да се ревизија устава врши путем уставних обичаја или путем уставног закона а мењање устава може бити такође последица непримењивања устава или погрешне примене устава од стране чак и највиших државних органа и тада се говори о фактичкој промени устава. Иако је неко сматра донекле нужном, фактичка промена устава је појава која може да угрози правну државу и принцип владавине права и зато је сигурнији пут правни начин промене устава у складу са уставом предвиђеном процедуром.

Кључне речи: непромењљивост устава, правна промена устава, фактичка промена устава, референдум, судска процедура контроле промене устава.

* Ауторка је доценткиња на Правном факултету Мегатренд Универзитета у Београду. Електронска адреса ауторке: snezana.ra26@gmail.com.

1. УВОД

Промена устава је тежак и озбиљан подухват који се из тог разлога ретко предузима. У иницијалној фази уставности је, управо зато, често било прихватано и становиште о непромењивости устава, засновано на природноправним идејама. Ипак, развој уставноправне теорије и социолошког појма устава указао је на потребу разликовања емпиријског и нормативног појма уставности, при чему се ова два појма не морају у пракси нужно поклапати. Наиме, нормативна уставност је садржана у самим правним актима и резултат је употребе правног метода. Насупрот томе, емпиријска уставност је одређена оним што се дешава у стварности и резултат је употребе емпиријског метода. Може се приметити да се у стварности норме не примењују онако како је прописано и то је резултирало емпиријским схватањем уставности.² Зато је промена устава и начин да се саобразе нормативна и емпиријска уставност. Међутим, није свако непоклапање нормативне и емпиријске уставности разлог за промену устава. Најчешће су органи надлежни за контролу уставности и законитости у процесу контроле уставности и законитости дужни да омогуће правилну примену устава, да се не би догодило да се одредбе устава не примењују или да се погрешно примењују, и они могу указати на потребу промене устава. То такође може захтевати и сам народ, а најпозванији у тој оцени, по многим мишљењима, а најпре по мишљењима заговорника судске контроле уставности и законитости, је суд. Процедура промене устава је, уобичајено, део самог уставног текста и прецизно је регулисана. Међутим, промена устава има и политички катактер, јер је сам устав правно-политички акт. Зато би промена устава требало да почива на базичном друштвеном консензусу, али емпиријски посматрано, не дешава се у друштвеној пракси увек таква промена устава. Наиме, непримењивање или погрешна примена устава често се дешава услед делатности различитих друштвених чинилаца, као што су обичаји, поступање неких органа и организација, па неретко и државних органа, мењањем уставних одредби законима и сл., када се може говорити о фактичкој промени устава. Ова појава се донекле може разумети ако се има у виду, такође теоријско, разликовање правне и социолошко-политичке уставности, које може егзистирати и у

² Радомир Лукић, *Појам уставности и законитости и средства за њихово остварење*, Институт политичких наука Правног факултета у Београду, Београд, 1983, стр. 12.

самој друштвеној реалности.³ Међутим, саображавање правне и друштвене реалности које се одвија мимо прописане уставне процедуре, без обзира какав да је мотив и интерес иза тога, може имати штетне последице по спровођење принципа уставности и законитости и саму владавину права у једном друштву. Промени устава се приступа услед непримењивања или његове погрешне примене или услед проширивања номенклатуре људских права као и промене овлашћења носилаца власти, потребе елиминисање евентуалне уставне кризе и сличних разлога. Зато је важно да се промена устава одвија на уређен начин, дакле, применом одговарајућег уставно-правног поступка. То показују и искуства земаља које су у поступку европских интеграција нужно морале приступити потребним уставним променама.

2. НЕПРОМЕНЉИВОСТ, ДЕЛИМИЧНА НЕПРОМЕНЉИВОСТ УСТАВА И САВРЕМЕНИ УТИЦАЈИ

Крајем XVIII и почетком XIX века, владајућа је била теорија либералне буржоазије, а то је природноправна теорија о непроменљивости друштвеног и политичког система. Она је била резултат тежњи да се тек освојена власт након буржоаских револуција сачува и онемогући повратак на старо.

У САД је, међутим, услед поштовања уставне традиције, на снази *модерно природно право*, а његови затупници се називају пост-хобсовци (*post-Hobbesian*). То модерно природно право акцентује независност нације. Наиме, амерички правни теоретичари (Блекстон, Пуфендорф, Балкин) истичу да је у људској природи „самоочување“ (*self preservation*)⁴. Они наводе, као пример за то, да су људи, управо да би се осећали сигурно и да би сачували своју слободу, природом дату и својствену људима, и то самим рођењем, део својих природних права уговором преносили на власт односно државу. Тим уговором су обезбеђивали да им нова власт односно држава не може дати мање слободе од онога што су они уговором већ обезбедили. Зато су, за разлику од Енглеске, у Америци били од почетка за писану уставност, а не за уставне гаранције путем обичаја.⁵ Амерички теоретичари признају потребу уважавања друштвеног развоја, јер је то у складу са

³ Исто, стр. 10.

⁴ Philip A. Hamburger, *The Constitution's Accommodation of Social Change*, Michigan Law Review, Volume 88, Issue 2, 1989, стр. 260, 261, 262, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5342&context=mlr> 23.06.2022.

⁵ Исто, стр. 260, 261, 262.

самим појмом права. Међутим, они инсистирају на разликовању устава од закона и других прописа, подвлачећи да је устав и уставно право *трајније и ригидније*, док су други прописи много флексибилнији.⁶ С друге стране, енглески теоретичари, као што је Едмунд Бурк, наводе да је предност уставних обичаја као *common law*-а⁷ управо у њиховој флексибилности, јер се они лагано и са посебном осетљивошћу прилагођавају промењеним околностима. И амерички теоретичар Балкин у центар својих анализа о уставним променама ставља социјалне покрете а не активност судова, сматрајући да су управо социјални покрети који доприносе уставним променама и обликују их.⁸

Не занемарујући значај грађанских и социјалних покрета у процесу уставних промена, Венецијанска комисија посебно разматра утицај и улогу судова, пре свега уставних судова, тамо где их има, на поступак промене устава. Наиме, у неким правним системима уставни судови имају надлежност разматрања предложених уставних промена, пре него што предлог за уставне промене буде дат на усвајање пред парламент (*a priori judicial review*). О таквој надлежности уставних судова *мишљења су подељена*. С једне стране, сматра се да таква надлежност може бити корисни допринос поступку уставних промена као водич за предстојећу парламентарну и јавну дебату. Са друге стране, оваква *априорна надлежност суда уноси додатну ригидност у поступак промена*, посебно када је реч о минорним уставним променама које, дакле, морају проћи најпре судску процедуру, а потом усвојена ревизија и *комплетни пречишћен текст опет морају бити поднети суду* на поновну контролу. Неки сматрају да априорно учешће суда у поступку промене устава ограничава парламент али и демократску дебату.⁹ Венецијанска комисија закључује да, имајући у виду искуства конституционализма Европске уније (ЕУ) али и кандидата за интеграције у поступку транзиције, поступак уставних промена мора бити *довољно флексибилан да уважи постојеће политичке и социјалне промене али и ригидан у мери у којој обезбеђује уставноправни*

⁶ Исто, стр. 241.

⁷ Исто, стр. 326.

⁸ Douglas NeJaime, *Constitutional Change, Courts, and Social Movements*, Michigan Law Review, Volume 111, Issue 6, 2013, стр. 877, 878. <https://core.ac.uk/download/pdf/232685432.pdf> 23.06.2022.

⁹ Venice commission (European commission for democracy through law), Strazbourg, 19. January 2010, *Study No. 469/2008, Report on constitutional amendment*, стр. 38,39. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e) 23.06.2022.

легитимитет.¹⁰ То значи да се у тај поступак морају укључити како политички актери тако и цивилно друштво.

Из разлога уважававања утицаја друштвених промена, идеју самоочувања и природноправни приступ нису сви уставни схватили униформно, тако да неки уставни предвиђају његову непроменљивост, а негде су непроменљиве само поједине његове одредбе.

Као пример одредбе о непроменљивости устава може послужити Устав Шпаније од 1812¹¹, а чешћи су уставни у којима су непроменљиве само поједине његове одредбе. Такав је случај са чл. V Устава САД од 1878, јер би таква промена онемогућила једнаку заступљеност држава чланица у Сенату. Слично је и са Основним законом Немачке од 1949. године, који не дозвољава измене одредби којима се дира у поделу територије савезне државе на државе чланице, као и одредби које се тичу учешћа држава чланица у доношењу закона или принципа који се тичу основних права.¹²

Такав је и одредба (чл. 89) француског устава која гласи: „Републикански облик владавине не може бити предмет било какве промене.“¹³ Венецијанска комисија је мишљења да, уколико уставни не садрже посебне одредбе које забрањују променљивост устава, то би требало тумачити *argumentum a contrario* да су промене дозвољене. Ово из тог разлога што је правило о непроменљивости устава или појединих његових одредби, историјски посматрано, услед промењених околности или појачаних политичких притисака, бивало, на овај или онај начин, промењено зато што су одредбе о непроменљивости имале само негативни ефекат продужавања конфликта и јачања притисака за неопходним реформама. Чак и када постоје експлицитне уставне одредбе о непроменљивости устава или појединих његових одредби, оне се *не сматрају* императивним (*hard law*). А у сваком случају, препорука је да је парламент „арена“ и најбоље место за дебату по питању уставних промена али уз обавезну јавну дебату и јавно мишљење за сваку такву промену.¹⁴ И најзад, како се друштво стално налази у кретању,

¹⁰ Исто, стр. 39, 40.

¹¹ Јован Ђорђевић, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд, 1975, стр. 508.

¹² Pierre Gaborit et Daniel Gaxie, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1976, стр. 26.

¹³ Ова одредба је уведена у француском уставу III Републике. Вид. Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, нав. дело, стр. 508. Venice commission (European commission for democracy through law), Strazbourg, 19. January 2010, *Study No. 469/2008, Report on constitutional amendment*, стр. 41. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e23.06.2022](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e23.06.2022).

¹⁴ Исто, стр. 43,44.

одредбе о непроменљивости устава или његових појединих одредби не би требало да гуше слободу друштва „да се изврше неопходне институционалне промене“,¹⁵ и зато се такве одредбе сматрају као *soft law*. Такве одредбе, још од Томаса Цеферсона и француске револуције, вређају и начело „народне суверености“.¹⁶

3. ПРОМЕНЕ УСТАВА – ПРЕТПОСТАВКЕ И НАЧИНИ

3.1. Претпоставке за уставну ревизију

Једна од основних претпоставки за ревизију устава је уставом прописана посебна процедура и то је редован начин за промену устава, за чије изгласавање се тражи посебна, квалификована већина, а техника промене устава је доношење амандмана. Тако је, дакле, код већине савремених устава, али то није био случај у почетним фазама уставности.

Процедура за промену устава је тешка и компликована. Тако се за Споразум из Мастрихта (*The Treaty establishing European Community/ The Treaty in European Union*) захтевала међународна конференција држава чланица и консензус истих, као код „тврдих“ устава.¹⁷ Изузетак од правила да већина устава садржи одредбе о промени устава је енглески устав, као историјски устав, састављен од писаних и неписаних правила, обичаја и конвенција од XIII века па до данас.

Са друге стране, и када уставне одредбе дозвољавају ревизију устава, постоји стална потреба за усавршавањем устава, *са развојем друштва, политичког система и демократије*, што су, такође, *претпоставке* за ревизију савремених устава. Венецијанска комисија у својим мишљењима и препорукама често разматра ову проблематику, посебно наглашавајући потребу *јачања демократије и демократских институција*. Том приликом се нарочити акценат ставља на што већу репрезентативност демократских структура (органа и институција), подразумевајући тиме и укључивање облика директног изјашњавања грађана¹⁸ (референдуми, плебисцити, народне иницијативе и вета). У том смислу се нарочито препоручује „управљање на више нивоа“

¹⁵ Мирослав Живковић, *Уставно право*, Мегатренд универзитет, Београд, 2015, стр. 19.

¹⁶ Исто, стр. 21.

¹⁷ Pierre Gaborit et Daniel Gaxie, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, нав. дело, стр. 26.

¹⁸ Venice commission (European commission for democracy through law), Strazbourg, 30. November 2012, *Study No.646/2011, Revised draft report on democracy, limitation of mandates and incompatibility of political functions*, стр. 3,4. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2012\)050rev-e 26.06.2022](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2012)050rev-e 26.06.2022).

(*multilevel governance*)¹⁹ као начин да се у процес доношења одлука, поред владе и институција, укључе и грађани и омогући њихова интеракција, што такође спада у облике директне демократије, поред референдумског изјашњавања и сл.

Подржавање директне демократије је и начин да се схвати активизам суда који се огледа у томе што судске одлуке, нарочито нпр. одлуке Врховног суда САД, уважавају *грађанске покрете и њихове захтеве*, па неки аутори, како наводи М. Форкош, сматрају да судови на тај начин „охрабрују насиље“. Ипак, они релативизују овакву квалификацију, негирајући и сами апсолутно дејство уставног принципа владавине права.²⁰

Генерални је закључак, дакле, да се у многим савременим системима примећује *одсуство директне демократије*.²¹ Ни сами избори нису увек начин да институције рефлектују у свом раду и одлучивању интересе оних који су за њих гласали. Зато су, нпр. у САД, демократе (присталице Демократске партије) али и поједини републиканци (присталице Републиканске партије), противно општем демократском захтеву за *ограничење мандата* изабраних представника, *оптирала да подрже већ изабране и «искусне»* уместо новоизабраних представника, предлажући утвростручене, учетворостручене мандате од по две године за своје представнике у представничком телу, а понегде је било предлога за шест пута две године (укупно дванаест година трајања мандата) за своје једном изабране представнике.²²

Редовна претпоставка за промену устава јесте и чињеница да постоји потреба за променом граница овлашћења носилаца власти, па и органа који врше контролу уставности и законитости. Ревизија устава је неопходна и у случају проширења уставом гарантованих слобода и права и настанка нових слобода и права, или у случају промене њихове садржине. Промена устава је, дакле, начин да се саобразе „нормативна“ и „емпиријска“ уставност.

¹⁹ Вид. Снежана Радовановић, „Доношење одлука и захтеви демократизације“, *Бранич*, Београд, бр. 4/2020, стр. 56-59.

²⁰ Morris D. Forkosch, «Attacks on the Constitution, Violence, and necessity of Disobedience», *Fordham Law Review*, Volume 35, Issue 1, 1966, стр.86. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1883&context=flr> 22.06.2022.

²¹ Venice commission (European commission for democracy through law), Strazbourg, 30. November 2012, *Study No.646/2011, Revised draft report on democracy, limitation of mandates and incompatibility of political functions*, стр. 6. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL\(2012\)050rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL(2012)050rev-e) 26.06.2022.

²² Исто, стр. 6.

3.2. Начини за промену устава

Циљ промене устава, а често и главни циљ, јесте постизање политичке и правне стабилности.²³ Зато се за промену устава предвиђа тежа и сложенија процедура него за промену других нормативних аката. Такав је и захтев да се уставна ревизија изгласава квалификованом (најчешће двотрећинском али и 3/5-ом или 3/4-ом) већином, управо да се „онемогуће олаке и учестале промене устава“.²⁴ У савременим државама за процедуру промене устава је најчешће задужен законодавни орган или се промене изгласавају на референдумима, а негде се са значајним надлежностима за оцену предлога и нацрта ревизије устава појављује и судски орган:

1. *Законодавни орган* – могуће је да то буде обичан законодавни орган односно редовна законодавна скупштина или посебна уставотворна скупштина. Када је реч о надлежности «обичне» скупштине за промену Устава, овај начин може имати различите модалитете. Тако Устав САД од 1787. предвиђа да се Устав мења конвенцијом (*convention*) већине делегираних представника изабраних у скупштини. Међутим, неке промене захтевају већину делегата у за то посебно организованим изборима а неке већину гласова грађана (*third vote*). Такође, овај Устав предвиђа да иницијативу за промену Устава може поднети одређен број грађана, а неке промене је могуће изгласати већином гласова на референдуму (*popular majority*).²⁵ Један од модалитета може бити и да предлог за промену устава мора бити усвојен двотрећинском већином чланова скупштинских домова (нпр. Устав Шпаније од 1978. године), или да промена устава мора бити изгласана у оба скупштинска дома после два узастопна претреса у размаку од најмање три месеца и то апсолутном већином на другом гласању (Устав Италије од 1947. године), а слично је и у Уставу Француске од 1946. године.²⁶ Посебну уставотворну скупштину која у надлежности има доношење или

²³ Мирослав Живковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 19.

²⁴ Исто, стр.19.

²⁵ Вид. George A. Bermann, „The Constitutional Amendment process“, *L'espace constitutionnel Européen*, Shulthess Polygraphischer verlag. Publication de l'Institut Suisse de droit Compare, Zuerich, 1995, стр. 293-301.

²⁶ Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 54; Вид. Мирослав Живковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 22.

промену устава предвиђа такође Устав САД од 1787, само у случају када то захтева две трећине законодавних тела држава. Формирање уставотворне скупштине карактеристично је када се доноси први устав или када се успоставља нови политички режим. Претходно се расписују избори, па неки теоретичари овај начин називају „прикривени референдум“.²⁷

2. Учешће народа путем референдума – *Референдум* може бити обавезан и факултативан. Обавезан може бити за промену свих уставних одредби, или факултативан, само за промену појединих уставних одредби (нпр. Устав Шпаније од 1978, Устав Аустрије од 1920).²⁸ У Уставу Републике Србије од 2006. године референдум је обавезна фаза за одређена питања, нема промене Устава „без уставотворног референдума“.²⁹ Неки устави предвиђају „диверсификовани процес“, дакле, комбиновани процес, у зависности од поља уставних промена, као што је то случај са Уставним актом Канаде од 1982.³⁰
3. *Највиши судови* - јер се сматра да таква надлежност, обзиром на стручност и професионалност судија, може бити корисни допринос поступку уставних промена.³¹ Иако је несумњиво да су судови најкомпетентнији за контролу спровођења уставом прописане процедуре за ревизију устава, има и мишљења да таква надлежност уводи додатну ригидност у иначе сложену и компликовану уставом предвиђену процедуру за промену устава.

Набројани органи, такође, могу бити надлежни и за ратификацију промене устава, ако је она процедурално предвиђена, као што је то случај са Уставом Француске од 1946, којим је уведена ратификација уставних промена путем народног референдума.³²

²⁷ Мирослав Живковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 22.

²⁸ Исто, стр. 22.

²⁹ Ратко Марковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 53.

³⁰ George A. Bermann, „The Constitutional Amendment process“, нав. дело, стр. 301.

³¹ Venice commission (European commission for democracy through law), Strazbourg, 19. January 2010, *Study No. 469/2008, Report on constitutional amendment*, стр. 38, 39. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e) 23.06.2022.

³² Paul Drevet, *La procedure de revision de la Constitution du 27 octobre 1946*, Biblioteque Public de Droit, Tome XVI, Paris, 1959, стр. 49.

3.3. Фактичка промена устава

Када се говори о начинима промене устава подразумевају се модалитети правних процедура који се могу пронаћи у важећим прописима савремених демократских држава. Међутим, тиме се не исцрпљује ова проблематика, јер у теорији постоје различити приступи владавини права, па и дејству највиших правних аката. Наиме, разматрања о владавини права враћају нас античким филозофима Платону и Аристотелу и укључују питање да ли је то владавина људи (Платон) или владавина закона (Аристотел). Чувени правник тога доба, Улпијан, творац је максиме да воља владоца има снагу закона, а то значи да је он истицао да *у једној држави суверена (највиша) власт није и не мора бити везана законом.*³³

Овакав Улпијанов став предмет је разраде либерално–демократског схватања, базираног на учењу природноправне школе. Наиме, владавина права је нешто више од владавине важећег устава и важећих закона. Веома познат заступник оваквог схватања закона као мета-права тј. правног и политичког идеала је Фридрих Хајек. За њега владавина права, дакле, није владавина неког конкретног закона, већ се она тиче тога какав би закон требало да буде (идеал права). Разлог за то је увиђање *да неки закон може представницима власти (законодавној или извршној) дати неограничену власт*, тако да ће све радње те власти бити законите али се свакако не би могле подвести под принцип владавине права.³⁴

Иако је несумњиво да владавина позитивних прописа уноси толико потребну правну сигурност у правни поредак једне државе, такође је чињеница да у друштвеном развоју долази до успостављања фактичког стања које овај пожељни правни принцип не може одмах да обезбеди, као што је случај са сменама власти и успостављањем новог поретка. С тим у вези је карактеристично да ниједан устав не садржи одредбе *о доношењу новог устава*, што се може објаснити чињеницом да сваки устав доносе одређене друштвене снаге, прилагођавајући га сопственим потребама и схватањима. *Те друштвене снаге полазе од уставне «еволуције» и скупа појединачних промена уставним путем.*³⁵

³³ Радомир Зекавица, Мирослав Живковић, *Увод у право*, Криминално-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 295.

³⁴ Ратко Марковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 500.

³⁵ Јован Ђорђевић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 508.

Нови устав се, међутим, у пракси доноси и приликом успостављања нове државе после ослобођења од колонијалне власти или после сецесије, када по природи ствари, не постоји правна везаност уставотворца. Са таквим ситуацијама се изједначава и доношење новог устава у случају „унутрашњег правног дисконтинуитета односно револуционарне промене политичког режима“ војно-политичком акцијом, уз успостављање новог политичког режима и новог устава. (...) „У свим овим ситуацијама нова уставотворна власт је оригинална, што значи да није везана одредбама претходног устава.“³⁶ Међутим, данас већина устава не прави разлику између установљавајуће (уставотворне) власти и установљене власти.³⁷ Ова разлика се темељи на идејама француске револуције, при чему установљавајућа власт уз учешће народа *ствара установљену власт, која је, дакле, везана уставом и поступком који он предвиђа за своју промену*. „Мењање устава може да подразумева чак и измену целокупног текста али оно ипак остаје у оквиру духа постојећег устава и његових основних принципа. Уколико се, пак, мења карактер устава тј. његове основне институције, такву промену може извести само уставотворна власт.“³⁸

Ако се ово узме у обзир, онда примедбе које поједини аутори износе на рачун технике промене устава амандманима а у корист промене устава путем уставног закона чини се да нису довољно аргументоване. Наиме, по њима, форма промене устава није само техничко питање. Тако, И. Пејић сматра да је промена устава техничком амандмана настала као потреба да «ревизиона власт» задржи сва изворна и функционална својства «установљавајуће власти», те да је она иманентна правном систему САД а не европској правној традицији, а да води стварању култа и идолопоклонства према таквој техници промене устава.³⁹ Амандмани само допуњују уставни текст и омогућавају развој устава, не позивајући се на конкретну уставну одредбу. Зато су ретко и готово никад, по овој ауторки, примењивани у европским уставима, где се промена често одвија у форми уставног закона или закона, као што је то случај са Француском и Немачком. Међутим, примери ових земаља које наводи И. Пејић нису сасвим консеквентни. Наиме, уставна пракса промене устава у Француској, посматрајући период од

³⁶ Мирослав Живковић, *Уставно право*, нав. дело, стр.20.

³⁷ Изузетак су нпр. устави Швајцарске и Бугарске, Вид. Исто, стр. 19.

³⁸ Исто, стр. 19.

³⁹ Ирена Пејић, *Предлог за промену Устава Србије – техника уставне ревизије*, ЦЈП – Фондација Центра за јавно право, 2019, стр. 3. fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Irena_Pejic2.pdf 29.11.2022.

Устава V републике од 1958, кроз доношење уставних закона о промени устава (24 до данас), није утемељена на изричитом члану устава који говори о промени устава (чл. 89), а, као што је напред изнето, Уставом Француске од 1946, је уведена *ратификација* уставних промена путем народног референдума. У погледу устава Немачке, он је донет у форми закона (Основни закон од 1949), па је стога и предвиђена промена у форми закона. На основу ових искустава ауторка предлаже да се и Устав Републике Србије од 2006 може мењати и формом уставног закона⁴⁰, вероватно узимајући у обзир и обавезно референдумско изјашњавање на промену устава, предвиђено чл. 203 ст.7 Устава РС од 2006⁴¹, које би таквом фактичком начину промене устава дало потребни уставни легитимитет. Међутим, овде би требало подсетити да су одредбе устава о процедури промене устава *hard law*, дакле, захтевају стриктно поштовање, иако би требало имати у виду да «ригидне» одредбе и строго формални захтеви за промену устава одузимају функционалност и легитимитет уставној процедури за промену устава. Са друге стране, сувише «мека» тј. лака процедура за промену устава чини уставне институције и загарантована права «рањивим» и подложним непоштовању и кршењу истих.⁴²

Сва ова размишљања и теоријске поставке често су тумачене као полазиште заговорницима фактичке промене устава. Фактичком променом се сматра промена устава путем уставних обичаја, судске праксе или уставног закона, али у ужем смислу речи настаје услед непримењивања или погрешне примене уставних одредби у смислу који је нагласио Хајек, када законодавни орган сваки акт може прогласити законитим иако се противи нормативном или социолошком значењу устава, што је веома опасно за сваки уставни поредак (нпр. неоправдано доношење закона са ретроактивним важењем). Та чињеница појачава значај и улогу чувара уставности и законитости. Они су дужни да у процесу контроле уставности и законитости омогуће правилну примену устава, да би спречили праксу непримењивања или

⁴⁰ Исто, стр. 4, 5.

⁴¹ Чл. 203, ст. 5 изричито предвиђа као форму *акт о промени устава* (као правни акт који производи потребна правна дејства). Вероватно је уставотворац тиме желео да исклучи мењање наведене предвиђене форме уставним законом, пословником Скупштине РС или неким другим нижим правним актом, односно правним актом мање правне снаге, којим би се заобилашла потребна већина за изгласавање (двотрећинска, ст. 3). Вид. Устав Републике Србије од 2006, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

⁴² Markus Bockenforde, Constitutional amendment procedure, International, Constitution Building Primer 10, International IDEA, 2017, стр.3. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf> 29.11.2022.

погрешне примене устава. Тамо где су контролори политички органи постоји опасност да се сваки акт највиших органа власти у поступку контроле прогласи законитим и обично се указује потреба за увођењем «контоле контролора», кроз надлежности суда, редовног или суда специјалне надлежности, као што је то уставни суд, који ће дати задњу реч у погледу кршења устава.

Надлежности суда у том погледу се стављају разне примедбе, како наводи теоретичар М. Форкош, који, међутим, закључује да би, ипак, у области контроле уставности и законитости, требало толерисати *судски активизам*. Наиме, управо у САД владајуће схватање устава превазилази писану форму устава и његову судску интерпретацију и укључује схватање устава као дела *традиције америчког народа*. У том смислу и сам Врховни суд, када тумачи законе и друге прописе, руководи се „духом Устава“. *Зато се нападом на Устав сматрају акти највиших органа власти, чак иако нису штетни, али јесу противни традицији*. По мишљењу М. Форкоша примери су бројни: 1) председник Џеферсон је прекршио Устав одобривши куповину Луизијане 1803. Наиме, по америчком уставу није дозвољено прикључивање нових територија; 2) даље, социјалне и економске реформе председника Рузвелта такође се могу сматрати неуставним; 3) слично је и са суспензијом *habeas corpus* института од стране председника Линколна.⁴³

У светлу схватања суверености народа и његове активне улоге у погледу устава, посебно се разматрају грађански покрети и њихови захтеви и грађанска непослушност и побуне. Урбана популација данас сматра то својим освојеним демократским правом, а многе институције то подржавају и уважавају такве захтеве, укључујући, као што је напред поменуто, и сам Врховни суд. Овакви иступи урбане популације иницирају веома често социјалне промене које су, неретко, праћене насиљем.⁴⁴ Наиме, они се сврставају у савремену тековину цивилизованих друштава да се уважава схватање народа шта је право (*when people speak «the law»*).

Докле се може ићи у грађанској непослушности односно непоштовању устава (*constitutional disobedience*) је важно питање за теоретичаре. Сматра се да су прихватљиви они методи непослушности који не укључују кршење Устава. Међутим, када заштита цивилизацијских

⁴³ Morris D. Forkosch, *Attacks on the Constitution, Violence, and necessity of Disobedience*, Fordham Law Review, Volume 35, Issue 1, 1966, стр. 72, 74. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1883&context=fldr> 22.06.2022.

⁴⁴ Исто, стр. 86, 87.

правних правила и владавине права није могућа таквим методама, једини преостали метод је „неопходно непоштовање“ (*necessary disobedience*) прописа, па и самог устава. То, међутим никако не сме укључивати *директно насиље*, које се мора санкционисати од стране суда, већ само *мирне протесте*.⁴⁵ Нажалост, прилагођавање устава таквим захтевима није увек могуће расположивим правним лековима и методама, *па је оправдан судски активизам* (Врховног суда) из разлога што принцип владавине права нема апсолутно дејство.

Међутим, по мишљењу М. Форкоша, неопходна грађанска непослушност мора се *уско тумачити* како би се разрешила нека настала „уставна дилема“.⁴⁶ У оваквом приступу се мора тражити и одговор до које мере се може толерисати фактичка промена устава, а закључак је да, и када постоје разлози за грађанску непослушност, о уставним одредбама и о уставним дилемама *крајњи одговор увек мора дати суд*.

Ипак, судски активизам када је у питању промена устава је, не само у америчком друштву, често имао своје противнике, који се у том смислу позивају на прекрајање овлашћења за промену устава, садржану у највишим правним актима. Наиме, за противнике судског активизма највећи недостатак једног устава може бити његова „ригидност“, неосетљивост на друштвене промене, тако да у том случају мора бити омогућен процес промене устава, који свакако *мора бити у рукама самог народа, целог друштва а никако мање од тога*.⁴⁷

Процедура за промену устава уобичајено је део прецизног уставног регулисања. Тако, по Уставу САД од 1787, носилац процедуре је Конгрес и потребна је 2/3 односно 3/4 већина за предлагање односно ратификацију текста промене устава.⁴⁸ За неке стручњаке из ове области, као што су судија *Black* и *Douglas*, промена устава је политичко питање, и то је разлог што Устав предвиђа за процедуру промене и ратификацију текста амандмана на устав 3/4 већину у *Конгресу као политичком телу*.⁴⁹ По овим ауторима, ако би промену Устава могао да врши Врховни суд или извршна власт, то би значило давати легитимитет „мањини“⁵⁰ и истовремено одступање од чл. 5 Устава који процедуру промене Устава *ставља у надлежност Конгреса*.

⁴⁵ Исто, стр. 102, 103.

⁴⁶ Исто, стр. 104, 109, 110.

⁴⁷ Morris D. Forkosch, *Constitutional Law*, Brooklyn, 1963, стр. 89.

⁴⁸ Исто, стр. 89.

⁴⁹ Исто, стр. 92.

⁵⁰ Исто, стр. 92.

Ипак, ово је мањинско становиште. Наиме, М. Форкош подсећа да је цео процес контроле промене устава у рукама целог народа и да његова воља мора бити поштована. С друге стране, *устав јесте политички акт али добрим делом и правни акт* тако да, као и сваки акт, мора бити подложен *судској контроли (judicial review)* Врховног суда. На тај начин се спречавају и процедуралне грешке у поступку промене устава које је и сам Конгрес више пута направио.⁵¹ Нарочито не стоји аргумент легитимитета који се везује само за надлежност Конгреса, из разлога што се и судије Врховног суда бирају на непосредним изборима, као и чланови Конгреса, што значи да оба тела морају да следе у свом раду вољу народа који их је изабрао. Зато ће *Врховни суд наставити да контролише процедуралну страну поступка промене Устава* трудећи се да не „склизне“ у политичко одлучивање и следећи вољу народа као ограничење, насупрот мањинским захтевима да акти који су подложни ратификацији од стране Конгреса не могу бити предмет судске контроле уставности (*judicial review*).⁵²

Легитимитет у нашем правном систему такође мора имати јуриспруденција, свакако и јуриспруденција европских судова, иако припадамо евроконтиненталном а не англосаксонском, прецедентном систему, између осталог и зато што је то и уставна обавеза у оквиру поштовања потврђених међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права.⁵³ Ипак, било је и примера неконсеквентности у том смислу, када је у питању јуриспруденција Европског суда за људска права, па чак и у пракси Уставног суда.⁵⁴

Владавина позитивних прописа обезбеђује правну сигурност и предвидивост, али то понекад није довољно да би се уважили сви захтеви грађана и обезбедило њихово једнако разматрање у односу на захтеве осталих учесника у политичком животу. Зато понекад на

⁵¹ Исто, стр. 94.

⁵² Исто, стр. 94.

⁵³ Чл. 16 Устава Републике Србије од 2006, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

⁵⁴ Законом о изменама и допунама Закона о Уставном суду, *судске пресуде* су изузете од осталих појединачних правних аката којима је повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, као разлог за подношење уставне жалбе. Пре доношења ових законских измена Уставни суд је, не сматрајући то *инстанционом контролом*, редовно ништио судске одлуке у наведеним случајевима повреда. *Противљење* Уставног суда таквом законском решењу било је засновано на аргументу довођења у питање делотворности уставне жалбе, која се широко користи од грађана, у пракси поступања пред Уставним судом. Вид. Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Европско право људских права*, Савет Европе, април 2022, стр. 289, 290. <https://rm.coe.int/evropsko-pravo-ljudskih-prava-drugo-izdanje-i-krstic-t-marinkovic/1680a838f9> 29.11.2022.

значају добијају и неки други чиниоци у процесу промене устава, а који укључују дејство фактичких елемената. Такав је случај са уставним обичајима односно уставним конвенцијама у енглеском правном систему. Наиме, Енглеска нема писани устав јер то управо одговара њеним «фактичким захтевима» и тај устав је, по теоретичару С. Ло, „делом закон, делом историја, делом етика, делом обичај, делом резултат различитих утицаја који су вајали и преображавали цео друштвени склоп, из године у годину...“⁵⁵

Зато су за Енглески устав специфичне *уставне конвенције* као извор уставног права па и као начин за „мењање“ устава. Уставне конвенције су „неправна, неписана правила којима се уређују односи између главних уставних чинилаца у енглеском уставу“, које су, дакле, уставни обичаји, који (...) „не уживају судску заштиту“ и који имају већи или мањи степен обавезности, али су (...) „и данас значајни супстрат устава, и поред тенденције раста броја законских правила у областима које су некада биле резервисане за конвенционално регулисање.“⁵⁶

Такође је познато Макијавелијево учење о добрим законима и њиховој недовољности да се тим путем обезбеди одсуство сваког сукоба у држави. Наиме, иако је он као предуслове за добру државу истицао добре законе и добру војску, он је „првенство дао доброј војсци“. Зато је ово становиште често коришћено као оправдање за насилну промену устава путем силе (полицијске, а неретко и војне). Макијавелијева теорија и јесте била усмерена ка „новим владавинама“ (*principati nuovi*).⁵⁷

Иако Макијавели истиче да се сукоби у друштву могу решити или законима (добрим) или силом, те да је први начин својствен људима а други животињама, он, ипак, допушта владаоцу да прибегне и овом другом начину кад год први није довољан.⁵⁸ Он, даље, примећује да у случају да постоји „исквареност народа“ онда „добри закони више не користе“, а решење за такву ситуацију он види у новом владару (власти) који ће створити нову државу у којој ће се људи побољшати.⁵⁹

У вези са изнетим учењем о значају „добрих закона“, иако разликује тзв. „семантички уставе“ као оне који су на речима „даривали слободе и права без поузданих јемстава да ће бити остварен“⁶⁰ (а као пример наводећи прве социјалистичке уставе у нашој земљи), К.

⁵⁵ Владан Петров, *Енглески устав*, Правни факултет: Службени гласник, Београд, 2007, стр. 41.

⁵⁶ Исто, стр. 65.

⁵⁷ Коста Чавошки, *Згажени устав*, Никола Пашић, Београд, 2003, стр. 7.

⁵⁸ Исто, стр. 15.

⁵⁹ Исто, стр. 18.

⁶⁰ Исто, стр. 29.

Чавошки ипак предност даје прописима уређеној процедури за промену или доношење новог устава. По њему је то пут за дуговечност једног устава, какав је Устав САД од 1787, који је, уз бројне амандмане, на снази и данас, јер је Уставна конвенција у Филадельфији, у свој састав укључивала посебно изабране чланове који су били „људи од угледа и великог дара за посао који их је очекивао“.⁶¹

Такође, *уставни закон* који предвиђа процедуру за промену устава другачију од оне предвиђене постојећим уставом, није правно оправдан јер често служи избегавању квалификоване већине и других уставом предвиђених услова⁶², па се и овакав начин промене устава може *убројати у фактичку промену устава*, као ризичан начин промене који угрожава владавину права.

Коста Чавошки правилно подвлачи да кршење устава не може бити оправдање да се доносе неопходни закони, без обзира на однос снага у друштву и реалне потребе за променама. Као пример из новије уставне и законодавне праксе наше земље он наводи доношење Закона о начину и поступку промене Устава Републике Србије, који је 11. априла 2003. године донела Народна скупштина, иако је у Републици Србији уведено ванредно стање 12.03.2003. године. Дакле, наведени закон је противно важећим изричитим уставним одредбама и уставној теорији и пракси савремених развијених правних система и демократија, изгласан у време ванредног стања. Никаква ригидност устава, нити промењено друштвено стање и реални однос друштвених снага не могу конвалидирати такво фактичко мењање уставних одредби.⁶³

У теорији има, међутим, и мало другачијих приступа. Наиме, овакви теоретичари сматрају устав само „основним законом“, тако да је за промену устава опредељујући „стварни однос сила које постоје у једном друштву“.⁶⁴ Уколико постоји непоклапање између писаног и стварног устава, то значи да је писани устав већ „изгубљен заувек“ тј. да је такав устав у агонији, да је исто што и мртав, јер „неколике године још – и њега више нема“.⁶⁵

⁶¹ Исто, стр. 183; Вид. о Филадельфијској уставотворној скупштини, Декларацији независности и Џеферсоновој Декларацији људских слобода од 1776. Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 49.

⁶² Исто, стр. 286.

⁶³ Коста Чавошки, *Згажени устав*, нав. дело, стр. 286, 287, 288.

⁶⁴ Фердинанд Ласал, *О суштини устава*, Издање Српске социјал-демократске странке, Београд, 1907, стр. 20. [https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/digitalna-biblioteka/O SUŠTINI USTAVA, 1907.pdf](https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/digitalna-biblioteka/O%20SU%20STINI%20USTAVA,1907.pdf) 13.10.2022.

⁶⁵ Исто, стр. 53.

И у новијој правној теорији има сличних размишљања, тако да се указује на уставну ригидност у нашој земљи, обзиром на проток времена од доношења претходног устава (1990) до Устава Републике Србије од 2006, као и обзиром на готово непостојање његових промена до данас (осим оних које се односе на избор судија (2022)). Ова ригидност је, између осталих разлога, резултат и неформалних, дакле, фактичких, промена, и тако се реални устав „све више удаљава од писаног слова устава“.⁶⁶ За Д. Симовића, наиме, у погледу ригидности устава, „свако његово «окамењивање» значи уставну «смрт»“.⁶⁷ Овај аутор, такође, сматра да је прилагођавање устава друштвеној реалности неформалним променама донекле нужно, „али је неприхватљиво да оне буду једини механизам кориговања писаних уставних норми с обзиром на то да оне немају неопходан политички легитимитет, а и подложније су злоупотреби.“⁶⁸ В. Петров се надовезује на питање легитимитета и правилно примећује, да и када је присутан легитимитет, битно је и од кога потичу примедбе на устав или на његову промену, јер се ту могу понекад наћи неки скривени „партикуларни интереси“. Ти интереси «не морају увек да буду у сагласју са начелима равнотеже и јединства», чак и када примедбе потичу од најеминентнијих струковних организација, као несумњивој „сили“ када су у питању уставне промене.⁶⁹

Ипак, и у европској уставној пракси има примера приступања неформалној промени устава, какав је случај са доношењем Уставне конвенције о промени устава у Ирској из 2012.г., који предвиђа истоветну процедуру за промену устава и закона – најпре усвајање у Парламенту, а потом освајање половине гласова на референдумском потврђивању. Супротно изричитој уставној одредби о промени устава, поменута Уставна конвенција о промени устава је донета од стране 1/3 гласова чланова Парламента и 2/3 гласова из редова грађана. Њеном изгласавању је претходио велики притисак јавности, па је изговор за овакву промену био позивање на широки друштвени консензус за промену устава.⁷⁰

⁶⁶ Дарко Симовић, *Law, Constitution, Jurisprudence, Constitutional Law, Public Law, Evaluation Research*, <https://www.cceol.com/search/gray-literature-detail?id=570623> 13.10.2022.

⁶⁷ Исто, увод.

⁶⁸ Исто.

⁶⁹ Владан Петров, *Уставне промене*, Параграф интервју – јул 2021, <https://www.paragraf.rs/intervju/vladan-petrov/ustavne-promene.html>, 13.10.2022.

⁷⁰ Markus Bockenforde, *Constitutional amendment procedure*, International, Constitution Building Primer 10, International IDEA, 2017, стр. 22. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf> 29.11.2022.

Постигнути широки друштвени консензус јесте један од неопходних услова за приступање промени услова, али уз испуњење и других услова. То свакако не може бити једини и довољан разлог, мада се мора подвући да његово постизање у савременим сложеним глобалним друштвеним приликама и није тако једноставно. И наша искуства говоре томе у прилог јер је наше друштво дубоко подељено, управо на питању европских интеграција и присутне антиевропске оријентације.⁷¹ Узроци су, по мишљењу Д. Стојановић, у нашој политичкој култури, која датира још с почетка XX века, када се политика код нас схватала не као «начин за афирмацију и решавање друштвених конфликта», већ се разумела као сукоб, као рат против политичких противника.⁷² Други аспект проблема подељености друштва јесте (...) «хронично атрофирање институција» чији је узрок доминација партијске државе над концептом правне државе, када странке своје мишљење виде изнад закона. Због недостатка искуства мирних и регуларних смена власти односно уставне еволуције, међу странкама се развијала додатна искључивост, која је позиције већине и мањине доводила до крајњих консеквенци.⁷³ И најзад, као једну од препрека за постизање широког друштвеног консензуса, ова ауторка види у идеолошкој препреци и присуству «антиевропејства», што је, уместо развоја, водило друштво у изолацију.⁷⁴

4. ЗАКЉУЧАК

Устав се мења да би одговорио потребама и захтевима јавности, грађана а ради боље заштите њихових интереса и права. Најприхватљивији начин за промену устава је, стога, формални начин промене устава, промена на уређен начин, применом одговарајућег уставно-правног поступка. Међутим, у уставноправној пракси присутни су и неформални начини промене устава до којих долази непримењивањем или погрешном применом устава услед делатности различитих друштвених чинилаца, као што су обичаји, поступање неких органа и организација, па неретко и државних органа, мењањем уставних

⁷¹ Дубравка Стојановић, *Уље на води, Огледи из историје садашњости Србије*, Чигоја штампа, Београд, 2010, стр. 59. https://pecanik.net/wp-content/PDF/dubravka_stojanovic_ulje_na_vodi.pdf 29.11.2022.

⁷² Дубравка Стојановић, *Уље на води, Огледи из историје садашњости Србије*, Чигоја штампа, Београд, 2010, стр. 62. https://pecanik.net/wp-content/PDF/dubravka_stojanovic_ulje_na_vodi.pdf 29.11.2022.

⁷³ Исто, стр. 66, 67.

⁷⁴ Исто, стр. 73.

одредби законима и сл., а таква, неформална промена устава јесте у ствари *фактичка промена устава*. Да би се уставни поредак сачувао од неформалних и лаких промена устава у поступку саображавања правне и друштвене реалности, јављају се *теорије о непроменљивости устава или појединих његових одредаба*, засноване на новом природноправном приступу. Таква је одредба француског устава о непроменљивости републиканског облика владавине. Требало би подсетити да су одредбе устава о процедури промене устава *hard law*, дакле, захтевају стриктно поштовање, иако би истовремено требало имати у виду да «ригидне» одредбе и строго формални захтеви за промену устава *одузимају функционалност и легитимитет уставној процедури за промену устава*. Са друге стране, *сувише «мека» тј. лака процедура за промену устава* чини уставне институције и загарантована права «рањивим» и *подложним непоштовању и кршењу истих*. У светлу схватања суверености народа и његове активне улоге у погледу промене устава чини се да је *парламент «арена» и најбоље место* за дебату по питању уставних промена. Ипак, овде се мора имати на уму да неки *закон може* представницима власти (законодавној или извршној) *дати неограничену власт*, тако да ће све радње те власти бити законите али се свакако не би могле подвести под принцип владавине права. Зато, *заговарање промене устава путем уставног закона*, дакле по законодавној процедури у парламенту, а не по изричитом члану устава који говори о промени устава, може имати штетне последице по спровођење принципа уставности и законитости и саму владавину права у једном друштву, тако да је и у оним правним порецима где се промена устава обавља на тај начин, ради уставноправног легитимитета обично увођена ратификација уставних промена путем народног референдума, али то не може бити довољан услов да се оправда кршење стриктних уставних одредби о промени устава. *Судијски активизам* у саображавању правне и друштвене реалности је пожељан, нарочито у контроли *поштовања процедуре за промену устава*, али тамо где су судови, најпре уставни судови, укључени у предвиђену процедуру промене устава запажа се *додатна ригидност* у формалном начину промене устава. Судијски активизам потребан је и код оцене оправданости грађанских протеста и одређивања докле се може ићи у грађанској непослушности, посебно што урбана популација данас сматра то својим освојеним демократским правом. Одговор највиших судова је санкционисање *директног насиља*, тако да су оправдани само *мирни протести*. Стога је важан и легитимитет јуриспруденције. Поступак уставних промена мора бити

довољно флексибилан да уважи постојеће политичке и социјалне промене али и ригидан у мери у којој обезбеђује уставноправни легитимитет. Уколико устав показује неосетљивост на друштвене промене у том случају мора бити омогућен процес промене устава, који свакако мора бити у рукама самог народа, и захтева потребу постизања широког друштвеног консензуса за промену устава, како код формалне а нарочито код неформалне промене устава., иако само тај услов не може оправдати кршење уставне процедуре за промену устава, која је свакако *hard law*. С друге стране, постизање широког друштвеног консензуса подразумева развијену политичку културу сарадње и уважавања различитих приступа остваривању интереса свих грађана. Непоклапање између писаног и стварног устава често се сматра знаком да је писани устав већ «изгубљен заувек» тј. мртав и оправдава, донекле, прилагођавање устава друштвеној реалности неформалним променама али је неприхватљиво да оне буду једини механизам кориговања писаних уставних норми с обзиром на то да оне немају неопходан политички легитимитет, а и подложније су злоупотреби.

ЛИТЕРАТУРА

- Ђорђевић Јован, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд, 1975.
- Зекавица Радомир, Живковић Мирослав, *Увод у право*, Криминално-полицијска академија, Београд, 2013.
- Живковић Мирослав, *Уставно право*, Мегатренд универзитет, Београд, 2015.
- Лукић Радомир, *Појам уставности и законитости и средства за њихово остварење*, Институт политичких наука Правног факултета у Београду, Београд, 1983.
- Петров Владан, *Енглески устав*, Правни факултет: Службени гласник, Београд, 2007.
- Радовановић Снажана, «Доношење одлука и захтеви демократизације», *Бранич*, Београд, бр.4/2020.
- Коста Чавошки, *Згажени устав*, «Никола Пашић», Београд, 2003.
- Bermann George A., „The Constitutional Amendment process“, *L' espace constitutionnel Européen*, Shulthess Polygraphischer verlag. Publication de l'Institut Suisse de droit Compare, Zuerich 1995.
- Drevet Paul, *La procedure de revision de la Constitution du 27 octobre 1946*, Bibliotheque Public de Droit, Tome XVI, Paris, 1959.
- Forkosch Morris D., *Constitutional Law*, Brooklyn, 1963.
- Gaborit Pierre et Gaxie Daniel, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1976.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Фердинанд Ласал, *О суштини устава*, Издање Српске социјал-демократске странке, Београд, 1907. https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/digitalna-biblioteka/O_SUSTINI_USTAVA,1907.pdf, 13.10.2022.
- Ирена Пејић, *Предлог за промену Устава Србије – техника уставне ревизије*, ЦЈП –Фондација Центра за јавно право, 2019. fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Irena_Pejic2.pdf 29.11.2022.
- Владан Петров, *Уставне промене*, Параграф интервју – јул 2021. <https://www.paragraf.rs/intervju/vladan-petrov/ustavne-promene.html>, 13.10.2022.

Дарко Симовић, *Law, Constitution, Jurisprudence, Constitutional Law, Public Law, Evaluation Research* Central and Eastern Europa... (DE) <https://www.ceeol.com/search/gray-literature-detail?id=570623>, 13.10.2022.

Morris D. Forkosch, «Attacks on the Constitution, Violence, and necessity of Disobedience», *Fordham Law Review*, Volume 35, Issue 1, 1966.
<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1883&context=flr>, 22.06.2022.

Philip A. Hamburger, *The Constitution's Accomodation of Social Change*, *Michigan Law Review*, Volume 88, Issue 1989. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5342&context=mlr>, 23.06.2022.

Douglas NeJaime, *Constitutional Change, Courts, and Social Movements*, *Michigan Law Review*, Volume 111, Issue 6, 2013, стр. 877
<https://core.ac.uk/download/pdf/232685432.pdf>, 23.06.2022.

Snežana Radovanović

WITH THE DILEMMA ABOUT THE REACH OF THE FACTUAL CHANGE OF THE CONSTITUTION

Resume

The revision of constitution is hard and complicated task and the common way for its change is the revision in accordance to strict constitutional procedure. At the same time, it is political act, also, based on wide social consensus, based on the most important, state institutions and organs, various social organizations and whole people, as well. Constitutional changes are in competition of legislature, commonly, and referendum could be organized in that purpose very often, but, sometimes, the procedure for change is executed by the highest courts, in some states. However, the revision of constitution could be initiated by citizens in the form of civil protests, sometimes the constitutional customs could be applied, or even constitutional act, and, finally, the change of constitution could be the consequence of non-implementation or wrong implementation of the constitutional provisions, done even by the highest state organs. If this is the case, it is simply factual change of constitution. Although some may consider it necessary, in a certain degree, factual change of constitution is phenomenon which could endanger state of law and rule of law. Therefore, the implementation of constitutional procedure for constitutional revision is more secure way, highly recommended by theory and political praxis.

Keywords: unchangable constitutions, legal procedure for constitutional revision, factual change of constitution, referendum, court procedure of constitutional revision control.

* Рад је примљен 12.09.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

КРИВИЧНО ДЕЛО ПОРЕСКА УТАЈА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Сажетак

Аутор у раду објашњава кривично дело пореске утаје у судској пракси у Републици Србији. Кривично дело суштински има један облик радње извршења, будући да се тежи и најтежи облик од основног разликују у погледу износа обавезе чије се плаћање избегава. Аутор, након уводних разматрања, анализирајући одредбе којима је регулисано наведено кривично дело и многобројне судске пресуде донете последњих година, дели рад на више целина, групишући делове у складу са проблемима са којима су се судови сусретали. У том циљу, аутор прво обрађује радњу овог кривичног дела, те бланкетни карактер кривичног дела, појам законито стечених прихода, након чега укратко указује на проблематику вештачења и на друга питања која су се показала као проблематична у тумачењу норме.

Кључне речи: пореска утаја, законито стечени приходи, учинилац кривичног дела, судска пракса.

1. УВОД

Кривична дела против привреде представљају једну од најспорнијих група кривичних дела прописаних Кривичним закоником Србије². О њима у литератури постоји доста извора, а, истовремено,

* Аутор је докторанд на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу и извршни директор компаније Интермекс. Електронска адреса аутора: intermexbg@gmail.com.

² 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.

последње обимне измене овог законског текста говоре довољно о тој чињеници.³ Једно од најпознатијих кривичних дела у овој области је пореска утаја. Чланом 91. Устава Републике Србије⁴ прописано је да се средства из којих се финансирају надлежности Републике Србије, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе обезбеђују из пореза и других прихода утврђених законом, те да је обавеза плаћања пореза и других дажбина општа и заснива се на економској моћи обвезника. Као што се у литератури исправно истиче, за сваку државу је од великог значаја убирање пореза, јер се на тај начин финансирају, многобројне установе, државна администрација, службе безбедности, итд.⁵ У зависности од околности конкретног случаја, лице које избегава плаћање пореза могу да погоде кривичноправне или прекршајно-правне мере.⁶ Кривично дело пореска утаја прописано је чланом 225. Кривичног законика на следећи начин:

(1) Ко у намери да он или друго лице потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, даје лажне податке о стеченим приходима, о предметима или другим

³ Вид. Dragana Kolarić, „Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (krivična dela protiv privrede)“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 35-46; Емир Ћоровић, Вељко Турањанин, „Кратки осврт на концепт казнене одговорности правних лица у праву Србије“, у: *Правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције* (ур: Станко Бејатовић, et al.), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, стр. 206-230; Татјана Лукић, „Праће новца : (превентивне мере, репресивне мере и међудржавна сарадња)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2006, стр. 315-342; Татјана Стошић, *Преваре у привреди*, специјалистички рад, Факултет Безбедности Универзитета у Београду, Београд, 2013; Iva Tošić, „Prevara u osiguranju i njene vrste“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 269-282; Емир Ћоровић, „Превара у осигурању у Кривичном законнику са предлогом de lege ferenda“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу : Intermex, Београд, 2013, стр. 449-469; Емир Ћоровић, Иван Милић, „Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?“, у: *Услуге и услужна правила* (ур: Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, стр. 957-971; Veljko Turanjanin, „Privredna krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 203-213.

⁴ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁵ Милан Шкулић, *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015, стр. 355; Milan Škulic, Veljko Delibašić, „Poreska utaja – normativna konstrukcija i neka sporna pitanja“, u: *Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur: Miodrag N. Simović), Trebinje, 2018, стр. 65.

⁶ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2019.

чињеницама које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери, у случају обавезне пријаве, не пријави стечени приход, односно предмете или друге чињенице које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери на други начин прикрива податке који се односе на утврђивање наведених обавеза, а износ обавезе чије се плаћање избегава прелази милион динара, казниће се затвором од једне до пет година и новчаном казном.

(2) Ако износ обавезе из става 1. овог члана чије се плаћање избегава прелази пет милиона динара, учинилац ће се казнити затвором од две до осам година и новчаном казном.

(3) Ако износ обавезе из става 1. овог члана чије се плаћање избегава прелази петнаест милиона динара, учинилац ће се казнити затвором од три до десет година и новчаном казном.

Иако на први поглед делује да се ради о релативно једноставном кривичном делу, које неће изазивати проблеме у пракси, судска пракса је показала управо супротно, посебно узимајући у обзир брзину и учесталост мењања норми других закона од којих зависи постојање кривичног дела. Стога ћемо у раду превасходно кроз анализу судске праксе да представимо одређена настојања правних делатника да понуде правце у којима треба тражити решења за поједине правне ситуације и недоумице.

2. РАДЊА ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Кривично дело има основни, тежи и најтежи облик. Радња извршења основног облика кривичног дела је тројако одређена. На првом месту, радња извршења се огледа у давању лажних података о стеченим приходима, о предметима или о другим чињеницама које су од значаја за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или дажбина. Затим, други облик радње извршења представља непријављивање стечених прихода, односно, предмета или чињеница које су од утицаја за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или дажбина. Другим речима, ради се о пропуштању пријављивања прихода, предмета или чињеница. На крају, трећи облик радње извршења кривичног дела представља на неки други начин прикривање података који се односе на утврђивање наведених обавеза. Овај облик постоји када се подаци приказују мањим него што јесу или се приказују расходи који су већи од стварних.⁷ Ове податке порески дужник може да пружи у пореској

⁷ Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Србије*, Правни факултет Универитета Унион, Београд, 2011, стр. 748.

пријави, али и на неки други начин у кривичном поступку.⁸ За основни облик кривичног дела запрећене су кумулативно казна затвора од једне до пет година и новчана казна. Тежи и најтежи облик кривичног дела се од основног разликују само у погледу износа обавезе чије се плаћање избегава. Тежи облик кривичног дела постоји уколико наведени износ прелази пет милиона динара. За овај облик кривичног дела запрећене су кумулативно казна затвора од две до осам година и новчана казна. Најтежи облик кривичног дела постоји ако износ обавезе чије се плаћање избегава прелази петнаест милиона динара. За овај облик кривичног дела запрећене су кумулативно казна затвора од три до десет година и новчана казна.

Узевши у обзир теже облике кривичног дела, у теорији је постављено питање да ли се овде ради о објективном услову инкриминације као код основног облика или о квалификаторној околности која мора бити обухваћена умишљајем, па је заузето компромисно гледиште да учинилац мора знати да се ради о већој вредности, али не и о тачном износу.⁹

Оно што је приметно јесте да у појединим судовима махом недостају образложења пресуда, захваљујући одрицању права на жалбу. У не малом проценту предмета јавни тужилац је одустајао од кривичног гоњења, уз епilog одбијајуће пресуде. Кривично дело је довршено самим давањем лажних података, непријављивањем прихода или прикривањем на други начин података.¹⁰ Радња кривичног дела пореска утаја одређена је трајним глаголом „даје“, па све пореске дажбине по различитим основима у једној финансијској години се имају узети у укупном износу и на основу тога дело квалификовати по најтежем облику односно збиру неплаћених дажбина.¹¹

Са субјективне стране неопходно је постојање умишљаја¹², али и намера усмерена на потпуно или делимично избегавање плаћања

⁸ Zoran Stojanović, et al., *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2017, стр. 52.

⁹ Исто, стр. 54.

¹⁰ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-323/18 од 16.04.2018. године.

¹¹ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-274/16 од 31.3.2016. године и пресуда Вишег суда у Чачку К.бр.24/15 од 28.12.2015. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу КЖ.1-202/18 од 14.05.2018. године.

¹² Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-217/17 од 21.09.2017. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-219/17 од 30.05.2017. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-1031/15 од 14.09.2015. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-1086/15 од 05.11.2015. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-1157/16 од 13.12.2016. године.

пореза, доприноса и других прописаних дажбина.¹³ Сматра се да је у досадашњој пракси дошло до превише високог стандарда у погледу утврђивања намере.¹⁴

За постојање основног облика кривичног дела неопходно је да износ обавезе чије се плаћање избегава прелази износ од милион динара. Према ставу ВСС из 1978. године, за утврђивање да ли је остварен објективни услов инкриминације, не узимају се износи појединачних обавеза посебно, него се сабирају. Међутим, на основу овог става у судској пракси је дошло до појединих проблема када је у питању сабирање износа, али кроз више календарских година.¹⁵

„По оцени Апелационог суда, неприхватљив је став јавног тужиоца да се сабирају појединачни износи пореских обавеза чије се плаћање избегава у више календарских година и да при том квалификаторну околност опредељује њихов збир у конструкцији продуженог кривичног дела, због чега оптужба са наведеним чињеничним описом предметног кредитног дела изведеним доказима на које се позива јавни тужилац, као таква, није могла бити потврђена, па је у свему правилно поступио првостепени суд када је окривљеног ослободио од оптужбе.“¹⁶

На првом, пак, месту, треба нагласити да се сви порези не плаћају годишње, већ постоје и они који доспевају месечно, где је у судској пракси заузет исправан став. Рецимо, порески период за који се обрачунава ПДВ, предаје пореска пријава и плаћа ПДВ је календарски месец.¹⁷ Стога, ако је предмет дела порез на додату вредност, неопходно је да се утврди износ пореске обавезе чије се плаћање избегава, односно необрачунатог, непријављеног и неплаћеног ПДВ-а у сваком појединачном пореском периоду, али се не могу сабирати појединачни износи пореских обавеза чије се плаћање избегава из различитих пореских периода, односно из више календарских месеци односно

¹³ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-114/18 од 12.02.2018. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-1024/16 од 15.09.2016. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-101/17 од 09.02.2017. године.

¹⁴ Zoran Stojanović, et al., *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, нав. дело, стр. 53.

¹⁵ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, нав. дело, стр. 199.

¹⁶ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-1268/15 од 26.11.2015. године.

¹⁷ Члан 48. Закона о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 86/2004 - испр., 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 68/2014 - др. закон, 142/2014, 5/2015 - усклађени дин. изн., 83/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн., 108/2016, 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 13/2018 - усклађени дин. изн., 30/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 72/2019, 8/2020 - усклађени дин. изн. и 153/2020.

тромесечја.¹⁸ Самим тим, застарелост кривичног гоњења се има ценити за сваки месец засебно.¹⁹

Потом, не може се прихватити тврдња окривљене да је била у правној заблуди када није поднела евиденциону пријаву надлежном пореском органу, односно пропустила да се пријави у систем ПДВ, наводећи да је сматрала да укупан промет радње већи од 8.000.000,00 динара треба да буде остварен у календарској години а не у претходних 12 месеци (без обзира на календарску годину).²⁰

Код овог кривичног дела могућа је конструкција продуженог кривичног дела.²¹ Тако, повређен је кривични закон на штету окривљеног када је код продуженог кривичног дела пореска утаја суд сабрао износе неплаћеног пореза из више фискалних година и тиме добио квалификаторну околности (износ преко 1.500.000 дин.) за тежи (квалификовани) облик продуженог кривичног дела.²² Конкретније, радња извршења кривичног дела пореска утаја, као и пореске обавезе чије се плаћање избегава, морају се посматрати у оквиру временског периода од једне фискалне, односно календарске године, те се самим тим не могу код продуженог кривичног дела сабирати појединачни износи пореских обавеза чије се плаћање избегава у две или више календарских година.²³

Износи утајеног пореза у различитим пореским годинама се не сабирају па ће бити онолико кривичних дела колико има пореских година у којима је порез утајен, уместо да се сабирањем тих износа радње окривљеног квалификују као једно продужено кривично дело у квалификованом (тежем) облику.²⁴ Другим речима, износи утајеног пореза, без обзира на то што се ради о продуженом кривичном делу, не могу се сабирати из више година и на тај начин добити квалификовани облик дела, а уколико је износ утајеног пореза у било којој календарској години испод петстотина хиљада динара, то дело по закону није кривично дело те се

¹⁸ Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 824/2019 од 7.11.2019. године.

¹⁹ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-897/17 од 19.7.2017. године и пресуда Основног суда у Крагујевцу 13К-139/17 од 19.04.2017. године.

²⁰ Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 815/19 од 28.10.2019. године.

²¹ Пресуда Вишег суда у Шапцу број 2К. 146/11 од 16.07.2015. године.

²² Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-106/18 од 13.2.2018. године и пресуда Основног суда у Краљеву 6 К-317/17 од 20.11.2017. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-4088/13 од 18.2.2014. године и пресуда Вишег суда у Крушевцу К-24/12 од 17.07.2013. године.

²³ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1562/16 од 20.12.2016. године и пресуда Основног суда у Новом Пазару, Судска јединица у Тутину ИИ 9 К. бр. 312/12 од 31.08.2016. године.

²⁴ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-249/15 од 16.04.2015. године и пресуда Основног суда у Крушевцу 2К.бр.22/15 од 04.03.2015. године.

из продуженог кривичног дела мора изоставити та календарска година односно порез који је у тој години утајен, а уколико у свакој години која је обухваћена продуженим кривичним делом утајени порез не прелази овај лимит, окривљени се има ослободити од оптужбе применом сада важећег закона који је најблажи за учиниоца.²⁵

Уколико је окривљени радње овог кривичног дела вршио у континуитету у погледу исте врсте пореза за време важења чл. 172. Закона о пореском поступку и пореској администрацији²⁶ и потом наставио да их врши након престанка важења овог закона почетком примене Кривичног законика, његове радње из периода важења чл. 172. Закона о пореском поступку и пореској администрацији нису декриминализоване већ представљају целину и једно кривично дело са радњама учињеним од 1.1.2016. године када је отпочела примена Кривичног законика.²⁷

Непосредно у вези с овим питањем је и питање застарелости код продуженог кривичног дела пореске утаје. Наиме, код продуженог кривичног дела пореска утаја време застарелости кривичног гоњења рачуна се засебно за сваку кривичноправну радњу која је ушла у састав продуженог кривичног дела, а не према временски последњој извршеној кривичноправној.²⁸

Код кривичног дела пореска утаја суд не може окривљеном изрећи меру одузимања имовинске користи, јер је пореска обавеза јавноправна обавеза коју надлежни управни органи одмеравају и наплаћују у управном поступку, па се неплаћање пореза, као обавеза пореског обвезника у управном поступку, не може сматрати имовинском користи окривљеног прибављеном кривичним делом.²⁹ За откривање пореских кривичних дела надлежна је Пореска полиција.³⁰

²⁵ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж317/2018 од 7.9.2018. године.

²⁶ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 - испр., 23/2003 - испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. Др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 и 144/2020.

²⁷ Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-2-148/17 од 14.3.2017. године и решење Вишег суда у Краљеву Кв.77/16 од 24.01.2017. године.

²⁸ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1562/16 од 20.12.2016. године и пресуда Основног суда у Новом Пазару, Судска јединица у Тутину ИИ 9 К. бр. 312/12 од 31.08.2016. године.

²⁹ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1606/16 од 8.12.2016. године и пресуда Основног суда у Јагодини К-140/16 од 01.06.2016. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-478/18 од 17.07.2018. године.

³⁰ Миодраг Вуковић, *Пореска утаја у полицијској и судској пракси : усаглашено са изменама кривичног, процесног и пореског законодавства закључно са 30. јуном 2019. године*, Службени гласник, Београд, 2019.

Као што ћемо видети кроз судску праксу, постоји мноштво појавних облика овог кривичног дела. Генерално посматрано, најчешћа радња кривичног дела јесте неевидентирање у пословним књигама.³¹

3. БЛАНКЕТНИ КАРАКТЕР КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Кривично дело пореска утаја је бланкетног карактера, што донекле изазива проблеме у судској пракси. Тако, према ставу Апелационог суда у Крагујевцу, пореска утаја је кривично дело са бланкетном диспозицијом тако да би у изреци пресуде требало да буде наведено који пропис пореског закона је прекршен, а у образложењу обавезно то треба да буде наведено, али изрека пресуде неће бити неразумљива ако је суд пропустио да конкретизује прекршену одредбу пореског закона.³²

Питање изреке пресуде код кривичних дела са бланкетном диспозицијом је константно актуелно, у смислу питања да ли је потребно да се у изреци (осуђујуће) пресуде прецизира одредба пореског закона која је прекршена и тиме учињено кривично дело. Став одређених судова је да то није нужно, у смислу да изрека пресуде неће бити неразумљива уколико је то пропуштено, али да свакако у образложењу пресуде суд мора да се позове на одредбу пореског закона која је прекршена и да у вези тога да јасне разлоге. Међутим, сматрамо да у

³¹ На пример, видети у пресуди Основног суда у Новом Пазару 3 К. 244/16 од 16.05.2016. године; На овом месту сматрамо да је потребно појмовно одредити и појам зараде, који се неминовно сусреће код овог кривичног дела. За поједине пресуде је неопходно нагласити да се под зарадом у смислу ЗПДГ сматра зарада која се остварује по основу радног односа, дефинисана законом којим се уређују радни односи и друга примања запосленог. Зарадом се сматрају и уговорена накнада и друга примања која се остварују обављањем привремених и повремених послова на основу уговора закљученог непосредно са послодавцем, као и на основу уговора закљученог преко омладинске или студентске задруге, осим са лицем до навршених 26 година живота, ако је на школовању у установама средњег, вишег и високог образовања, те исплаћена лична зарада предузетника утврђена у складу са ЗПДГ. Потом, под зарадом се сматрају и примања која запослени у вези са радом код домаћег послодавца оствари од лица, које се у смислу закона који уређује порез на добит правних лица, сматра повезаним лицем с послодавцем, али и примања у вези са радом код послодавца која по основу права из радног односа лице оствари по престанку радног односа (члан 13. ЗПДГ (Пресуда Основног суда у Крагујевцу 15К-513/15 од 13.08.2015. године; пресуда Основног суда у Новом Пазару 26 К. 720/14 од 22.09.2015. године; пресуда Основног суда у Новом Пазару 3 К. 125/14 од 24.06.2014. године; пресуда Основног суда у Новом Пазару 3 К. 67/15 од 05.10.2016. године; пресуда Основног суда у Новом Пазару 3 К. 1283/13 од 12.01.2016. године)); Није редак случај извршења овог кривичног дела у ситуацији у којој послодавац исплаћује радницима нето зараде и доприносе за социјално осигурање, без плаћања пореза на зараде и доприносе (пресуда Основног суда у Крагујевцу 3К-1982/13 од 23.12.2013. године; пресуда Апелационог суда у Нишу, 19 Кж1. Број 217/14 од 01.07.2015. године).

³² Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 661/2018 од 24.8.2018. године.

изреци пресуде за пореску утају, и свакој другој која се односи на дело са бланкетном диспозицијом, мора да буде конкретизована одредба пореског односно другог закона (прописа) која је прекршена. У вези са овом дилемом већ је било, супротних, сентенци у односу на ову, што указује да очигледно судска пракса овде није јединствена и устаљена. На тај начин се додатно доприноси правној несигурности.³³

Према другој пресуди, изрека пресуде мора да садржи тачан законски назив пореза и доприноса које је окривљени избегао да плати, будући да се ради о кривичном делу са бланкетном диспозицијом па ће дело постојати само ако је избегнуто плаћање пореза и доприноса који су прописани другим законом. Стога ће бити неразумљива изрека пресуде којом је окривљени оглашен кривим да није обрачунао и уплатио допринос за обавезно пензијско осигурање јер Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање не познаје овај допринос већ допринос за обавезно пензијско и инвалидско осигурање.³⁴

4. ЗАКОНИТО СТЕЧЕНИ ПРИХОДИ

Радња извршења овог кривичног дела се до последњих измена кривичног законика везивала за „законито стечене приходе“. Овај термин је у судској пракси стварао велике проблеме, те је потпуно оправдано његово избацивање из Кривичног законика. Рецимо, код оцене да ли се ради о „законито стеченим приходима“ суд треба да пође од тога да ли су приходи стечени законитом делатношћу обвезника пореза или делатношћу која представља кривично дело, привредни преступ или прекршај.³⁵ Неспорно је да се кривично дело пореска утаја може извршити само у погледу законито стечених прихода, међутим, у том смислу се прави разлика, са једне стране, између прихода стечених законитом делатношћу обвезника пореза и делатности која није забрањена, а за коју обвезник нема одобрење и, са друге стране, делатности која представља кривично дело, привредни преступ или прекршај.³⁶

Раније је постојао став судске праксе да уколико у опису кривичног дела тужилац није навео да се ради о законито стеченим приходима,

³³ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, нав. дело, стр. 199.

³⁴ Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1204/15 од 23.11.2015. године и пресуда Основног суда у Трстенику 2К.бр.883/10 од 27.04.2015. године.

³⁵ Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1448/15 од 28.12.2015. године и пресуда Основног суда у Пожаревцу 78К-2033/10 од 03.06.2015. године.

³⁶ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-844/15 од 17.11.2015. године и пресуда Основног суда у Новом Пазару, Судска јединица у Тутину ИИ-9К.бр. 1/2015 од 27.05.2015. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-187/17 од 03.04.2017. године.

нити то произлази из целокупног описа противправних радњи окривљеног, окривљени се има ослободити од оптужбе применом чл. 423 ст. 1 тач. 1 ЗКП³⁷ јер дело за које је оптужен по закону није кривично дело.³⁸ Или, неће постојати кривично дело пореска утаја ако је окривљени оптужен да је у пословним књигама предузећа лажно приказао набавку и излаз робе тако што је робу набављао и потом је стављао у промет на „црном тржишту“ продајући је непознатим лицима.³⁹

Објект радње кривичног дела пореска утаја представљају искључиво законито стечени приходи или предмети пореског обвезника на које је учинилац дела обавезан да плаћа различите јавне дажбине. Наравно, то не значи да је законодавац увео обавезу плаћања пореза и на незаконито стечене приходе, тј. како се исправно запажа, то би се свело „на ненормалну појаву у савременим правним системима, те би практично било обавеза да чак и учинилац кривично дело сам пријављује.“⁴⁰

5. УЧИНИЛАЦ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Учиниолац кривичног дела може бити било које лице које је порески обвезник. Да би се одредило која лица су порески обвезници, неопходно је кренути од члана 10. Закона о пореском поступку и пореској администрацији и одређивања појма порескоправног односа. Наиме, порескоправни однос је однос јавног права који обухвата права и обавезе у пореском поступку Пореске управе с једне и физичког, односно правног лица, с друге стране, којим се уређује:

1) обавеза плаћања пореза, обавеза обезбеђења пореске обавезе и обавеза плаћања споредних пореских давања од стране физичког, односно правног лица и право Пореске управе да захтева испуњење ових обавеза;

2) обавеза физичког, односно правног лица да, у складу са законом, утврди порез, односно, по одбитку, наплати порез у име пореског обвезника, води прописано рачуноводство, подноси пореске пријаве, доставља Пореској управи тражену документацију и податке, не

³⁷ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

³⁸ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-362/13 од 6.2.2014. године и пресуда Вишег суда у Јагодини К-78/10 од 13.09.2012. године.

³⁹ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-3111/12 од 27.9.2013. године и пресуда Основног суда у Крушевцу 6К-4057/10(05) од 30.03.2012. године.

⁴⁰ Milan Škulić, Veljko Delibašić, „Poreska utaja – normativna konstrukcija i neka sporna pitanja“, *нав. дело*, стр. 74.

обавља плаћања на начин друкчији од прописаног, дозволи преглед свог пословања службеном лицу Пореске управе и друге законом утврђене обавезе чињења, нечињења или трпљења, у циљу благовременог и правилног плаћања пореза, као и право Пореске управе да захтева испуњење ових обавеза. У овом порескоправном односу физичко, односно правно лице има право:

1) на повраћај више или погрешно плаћеног пореза, односно споредних пореских давања, као и на повраћај пореза када је то другим пореским законом предвиђено;

2) на пореску рефакцију, односно на рефундацију пореза у складу са пореским законом;

3) да користи порески кредит у односу на пореску обавезу, односно обавезу по основу споредних пореских давања;

4) да користи више или погрешно плаћени порез односно споредна пореска давања за намирење доспелих обавеза по другом основу, путем прекњижавања.

Ако се лице определи за повраћај више или погрешно плаћеног пореза, односно споредних пореских давања, као и за рефакцију, односно рефундацију пореза, односно за намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза, Пореска управа има обавезу да по захтеву донесе решење без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од дана пријема захтева, ако пореским законом није друкчије уређено. Порески кредит је износ за који се умањује пореска обавеза. Ако порески обвезник предаје документ на језику и писму који код пореског органа нису у службеној употреби у складу са законом којим се уређују службена употреба језика и писама, порески орган ће одредити рок који не може бити краћи од пет дана у којем ће порески обвезник доставити оверени превод на српски језик. Ако порески обвезник у остављеном року не достави оверени превод сматра се да документ није ни поднет (члан 10. ЗППА).

Затим, порески дужник је физичко или правно лице које дугује одређену радњу из порескоправног односа из члана 10. ЗППА. Порески обвезник је порески дужник који је обавезан да плати порез, односно споредно пореско давање. Други порески дужници су: 1) порески јемац који одговара за плаћање обвезниковог пореског дуга, за случај да порески обвезник тај дуг не плати о доспелости; 2) исплатилац прихода пореском обвезнику који је дужан да обрачуна и по одбитку плати прописани порез на тај приход, у име и за рачун пореског обвезника, на одговарајући уплатни рачун; 3) порески посредник који је

дужан да са рачуна пореског дужника (пореског обвезника или пореског плаца) на основу њиховог налога за пренос средстава обустави и по одбитку уплати утврђени порез, у своје име, а за рачун пореског обвезника, односно пореског плаца, на одговарајући уплатни рачун; 4) остала правна и физичка лица која дугују какву радњу из порескоправног односа из члана 10. ЗППА. Порески обвезници и други порески дужници странке су у пореском поступку. Из наведеног произлази да је круг пореских обвезника широк. Међутим, без обзира на то што је учинилац овог кривичног дела означен појмом „ко“, одакле би произлазило да свако лице може бити учинилац, у изреци пресуде мора бити јасно наведено у ком својству је окривљени поступао, па је својим радњама учинио пореску утају.⁴¹

Затим, власник пољопривредног газдинства уподовљава се предузетнику, па уколико је остварен промет већи од 8.000.000,00 динара, настала је његова обавеза евидентирања као пореског обвезника за ПДВ и, сагласно томе, подношење пореском органу евиденционе пријаве најкасније до истека рока за подношење периодичне пореске пријаве за текући месец.⁴² Ако физичко лице приходе од продаје сопствене имовине не остварује од случаја до случаја, већ се продајом бави у виду сталне активности, тај приход јесте предмет опорезивања порезом на доходак грађана. Међутим, ако физичко лице остварује приход по основу продаје предмета који не представљају његову сопствену имовину, већ је реч о предметима (ствари, материјал) за чије је прикупљање уложен рад (на пример, физичко лице сакупља рециклажни материјал који служи за даљу прераду у секундарне сировине) па тако прикупљене предмете продаје лицима која су регистрована за вршење њиховог откупа, тако остварен приход подлеже плаћању пореза на доходак грађана као други приход.⁴³

⁴¹ Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1015/15 од 26.11.2015. године и пресуда Основног суда у Краљеву 11К.бр.1185/10 од 08.07.2015. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу број КЖ.1-186/18 од 30.05.2018. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж.1-1203/15 од 27.10.2015. године.

⁴² Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-1036/17 од 8.9.2017. године и пресуда Основног суда у Новом Пазару 3К.бр.736/16 од 24.05.2017. године; пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-440/16 од 25.05.2016. године.

⁴³ Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-870/16 од 14.7.2016. године и пресуда Основног суда у Крагујевцу број 4К-766/13 од 20.11.2015. године.

6. ПОЛОЖАЈ ВЕШТАКА КОД КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПОРЕСКА УТАЈА

Постоји цео низ пресуда код којих налаз и мишљење вештака представљају одлучујућу чињеницу у погледу оцене да ли кривично дело постоји или не. Ипак, значајно је што судови ипак не уваже увек налаз и мишљење, без обзира на висок проценат усвојених:

„Што се тиче друге радње, оптужбе против оптуженог за продужено кривично дело пореска утаја из члана 229. став 1. у вези са чланом 61. КЗ, која се другим диспозитивом конкретне оптужбе ставља на терет да је у периоду 01.01.2009. године до 31.12.2009. године, у намери да у потпуности избегне плаћање пореза на зараде и социјалних доприноса на терет радника и терет послодавца, није пријавио чињенице које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза, суд је у поступку утврдио и то на основу изричитог изјашњења вештака ... да за чињенице да је лицима за која је навео да су запослени у СЗР (...) и за које је вршио обрачун исплаћених зарада на руке и пореза за те зараде и доприносе за обавезно социјално осигурање, никакав доказ материјалне природе да су те зараде и исплаћене нема и да је порезе на зараде и доприносе за обавезно социјално осигурање за (...) обрачунавао на основу њихових изјава датих у претходном, односно, истражном поступку, при чему тај обрачун није према најнижој основици на републиком нивоу (...) Надаље, суд закључује да ако вештак није имао прецизне податке о висини исплата свим запосленим за критични период – 2009. годину, онда се обрачун – налаз и мишљење вештака у овом делу (...) не може прихватити (...) Онда је закључак првостепеног суда да у проведеном поступку није било несумњивих доказа да је оптужени извршио и другу радњу продуженог кривичног дела пореска утаја.“⁴⁴

Судска пракса показује да не тако ретко вештаци прекорачују овлашћења која имају по закону. Вредно је помена и то да вештаци често дају поред основног налаза и мишљења и више допуна истог, а није непознаница и одређивање супер вештачења.⁴⁵ Истовремено, мишљења других државних органа не обавезују кривични суд, па сходно

⁴⁴ Пресуда Основног суда у Крагујевцу 10К. 1177/11 од 05.01.2016. године.

⁴⁵ Пресуда Апелационог суда у Нишу 18 Кж. 1 број 1149/16 од 31.01.2017. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу 19 Кж. 1 број 193/16 од 15.06.2016. године; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-750/16 од 14.07.2016. године.

томе ни мишљење Министарства финансија код оцене постојања елемената пореске утаје у кривичноправном смислу.⁴⁶

7. ОДРЕДБЕ ЗАКОНА О ПОРЕЗУ НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ ЧИЈЕ ЈЕ ПРИМЕНА БИТНА ЗА ПОСТОЈАЊЕ ПОРЕСКЕ УТАЈЕ

Одредбе Закона о порезу на додату вредност су јако битне за постојање кривичног дела пореска утаја, али због не тако ретких промена овог законског текста долази и до честих грешака у пресудама. Сматра се да промет добара и услуга, у смислу овог закона, није извршен код: 1) преноса целокупне или дела имовине, са или без накнаде, или као улог, ако је стицалац порески обвезник или тим преносом постане порески обвезник и ако продужи да обавља исту делатност; 2) замене добара у гарантном року; 3) бесплатног давања пословних узорака у уобичајеним количинама за ту намену купцима или потенцијалним купцима, односно трећим лицима за потребе анализе на основу акта надлежног органа; 4) давања рекламног материјала и других поклона мање вредности, ако се дају повремено различитим лицима. Делом имовине сматра се целина којом се омогућава самостално обављање делатности стицаоца дела имовине. Код преноса целокупне или дела имовине сматра се да стицалац ступа на место преносиоца. Преносилац имовине или дела имовине дужан је да стицаоцу достави све податке који се односе на добра и услуге који чине имовину или део имовине чији је пренос извршен. Ако у року од три године од дана извршеног преноса имовине или дела имовине престану услови, стицалац имовине или дела имовине дужан је да обрачуна ПДВ за добра и услуге које је стекао тим преносом, а која на дан престанка услова чине његову имовину, на начин на који би преносилац имовине или дела имовине имао обавезу обрачунавања ПДВ да при преносу имовине или дела имовине нису били испуњени услови. Изузетно, обавеза обрачунавања ПДВ не односи се на опрему и објекте за вршење делатности и улагања у објекте за вршење делатности за које постоји обавеза исправке одбитка претходног пореза у складу са овим законом. Министар ближе уређује поступак замене добара у гарантном року, шта се сматра преносом целокупне или дела имовине, са или без накнаде, или као улог, као и шта се сматра уобичајеним количинама

⁴⁶ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-136/17 од 02.02.2017. године.

пословних узорака, рекламним материјалом и другим поклонима мање вредности.⁴⁷ Сматра се да промет добара и услуга који врши давалац концесије концесионару, односно концесионар даваоцу концесије у оквиру реализације уговора о јавно-приватном партнерству са елементима концесије, закљученог у складу са законом којим се уређују јавно-приватно партнерство и концесије, није извршен, ако су давалац концесије и концесионар обвезници ПДВ који би, у случају када би се тај промет сматрао извршеним, имали у потпуности право на одбитак претходног пореза.^{48,49}

8. ЗАКЉУЧАК

Пореска утаја остаје једно од најфреквентнијих кривичних дела у судској пракси, а, свакако, најчешће кривично дело из главе кривичних дела против привреде. Судска пракса показује одређена лутања у погледу тумачења појединих норми, али делује да су након вишегодишње примене Кривичног законика одређене дилеме отклоњене. Свакако остаје проблем изузетно честих измена закона од којих зависи постојање овог бланкетног кривичног дела из области пореског законодавства. Свакако, сматрамо да је потребно да свака изрека пресуде обавезно садржи одредбе конкретних закона који указују на постојање дела. Потом, треба водити рачуна о начелу *ne bis in idem*, јер одређена понашања заиста могу да се подведу под више кривичних дела (примера ради, може се доћи у проблем да ли постоји кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица или пореска утаја). Затим, одређивање ко је све порески обвезник често није једноставно. Стога је потребно увек водити рачуна о одредбама свих закона чија примена овде долази у обзир, јер правило успостављено у једној пресуди може релативно брзо бити измењено.

⁴⁷ Члан 6. Закона о порезу на додату вредност.

⁴⁸ Исто.

⁴⁹ Вид. пресуда Основног суда у Крагујевцу 7К-469/14 од 29.01.2015. године; пресуда Апелационог суда у Нишу Кж. 1 број 1481/16 од 20.01.2017. године.

ЛИТЕРАТУРА

Вуковић, Миодраг, *Пореска утаја у полицијској и судској пракси : усаглашено са изменама кривичног, процесног и пореског законодавства закључно са 30. јуном 2019. године*, Службени гласник, Београд, 2019.

Kolarić, Dragana, „Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (krivična dela protiv privrede)“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 35-46.

Лазаревић, Љубиша, *Коментар Кривичног законика Србије*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2011.

Лукић, Татјана, „Праће новца : (превентивне мере, репресивне мере и међудржавна сарадња)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2006, 315-342.

Stojanović, Zoran, Miloradović, Olgica, Radisavljević, Mirko, Trešnjev, Aleksandar, *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2017.

Стошић, Татјана, *Преваре у привреди*, специјалистички рад, Факултет Безбедности Универзитета у Београду, Београд, 2013.

Tošić, Iva, „Prevara u osiguranju i njene vrste“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 269-282.

Турањанин, Вељко, *Анатомија привредних кривичних дела*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2019.

Turanjanin, Veljko, „Privredna krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 203-213.

Ђоровић, Емир, Милић, Иван, „Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?“, у: *Услуге и услужна правила* (ур: Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 957-971.

Ђоровић, Емир, „Превара у осигурању у Кривичном законнику са предлогом de lege ferenda“, у: *Нова решења у казненом законодавству*

Србије и њихова практична примена, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу : Intermex, Београд, 2013, 449-469.

Ђоровић, Емир, Турањанин, Вељко, „Кратки осврт на концепт казнене одговорности правних лица у праву Србије“, у: *Правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције* (ур: Станко Бејатовић, et al.), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 206-230.

Шкулић, Милан, *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015.

Škulić, Milan, Delibašić, Veljko, „Poreska utaja – normativna konstrukcija i neka sporna pitanja“, у: *Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur: Miodrag N. Simović), Trebinje, 2018, 65-80.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

Закон о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 86/2004 - испр., 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 68/2014 - др. закон, 142/2014, 5/2015 - усклађени дин. изн., 83/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн., 108/2016, 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 13/2018 - усклађени дин. изн., 30/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 72/2019, 8/2020 - усклађени дин. изн. и 153/2020.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 - испр., 23/2003 - испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. Др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 и 144/2020.

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.

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

Saša Đorđević

CRIMINAL OFFENSE OF TAX EVASION IN JURISPRUDENCE

Resume

In the paper, the author explains the criminal offense of tax evasion in court practice in the Republic of Serbia. A criminal offense essentially has one form of execution action, since the most serious and most serious form differ from the basic one in terms of the amount of the obligation whose payment is avoided. The author, after the introductory considerations, analyzing the provisions regulating the said criminal offense and numerous court verdicts passed in recent years, divides the work into several units, grouping the parts in accordance with the problems the courts have encountered. To that end, the author first explains the action of this criminal offense, and the blanket nature of the criminal offense, the concept of legally acquired income, after which he briefly points out the issue of expert testimony and other issues that have proven to be problematic in the interpretation of the norm.

Keywords: tax evasion, legally acquired income, offender, judicial practice.

* Рад је примљен 14.11.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОСИГУРАЊА

Сажетак

Аутор у раду обрађује кривичноправну заштиту осигурања, као тему која је често блиска грађанима, али која се ретко обрађује у литератури. Споредно кривично законодавство садржи три кривична дела којима се штити обављање делатности осигурања у Републици Србији: неовлашћено обављање делатности осигурања, давање лажних мишљења и извештаја и давање лажне процене. Аутор разјашњава све одредбе поменутих кривичних дела, те указује на проблеме с којима може да се сусретне пракса. Посебно апострофира одредбе Закона о осигурању и Закона о ревизији од којих зависи постојање кривичног дела.

Кључне речи: осигурање, лажна процена, лажни извештаји, обављање делатности осигурања.

1. УВОД

Данас можемо рећи да настаје нова грана права, а то је привредно кривично право, које је у развоју већ дуже време.² Његов посебни део је изузетно флуидан, али се годинама развио и постепено учврстио и општи део. Генерално посматрано, вероватно група најпроблематичнијих

* Ауторка је докторандкиња на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу и руководилац правних, кадровских и административних послова на Академији струковних студија у Београду. Електронска адреса ауторке: sekvzsra@gmail.com.

² Natalija Lukić, „Definisаnje korporacijskog kriminaliteta“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* (ur: Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 209-307; Natalija Lukić, „Pojam i karakteristike privrednog krivičnog prava“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji : tematska monografija : deo 4* (ur: Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 253-267.

кривичних дела у судској пракси јесу кривична дела против привреде. Доказати поједина од ових представља огроман изазов за јавне тужиоце, а пресудити их – то је већ проблем с којим се сусрећу судије.³ Проблем додатно компликују честе и не увек нужне законодавне промене.

³ Вид. Nada Arežina, et al., „Zastupljenost krivičnih dela protiv privrede i privrednih prestupa u Republici Srbiji“, u: *XV Međunarodni naučni skup SINERGIJA 2014*, Bijeljina, 2014; Božidar Banović, „Pranje novca“, u: *Korupcija : osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu* (ur: Goran Ilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, стр. 105-128; Božidar Banović, „Kompetentnost subjekata otkrivanja i gonjenja u funkciji efikasnog suzbijanja privrednih krivičnih dela“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 167-185; Миодраг Вуковић, *Пореска утаја у полицијској и судској пракси : усаглашено са изменама кривичног, процесног и пореског законодавства закључно са 30. јуном 2019. године*, Службени гласник, Београд, 2019; Brandon Garrett, „Globalized Corporate Prosecutions“, *Virginia Law Review*, no. 8/2011, стр. 1775-1875; Nataša Delić, „Stečajna krivična dela nakon novele iz 2016. godine“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji : tematska monografija : deo 9* (ur: Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, стр. 101-122; Gordana Ilić-Popov, „Poreska krivična dela u srpskom poreskom zakonodavstvu“, *NBP: Nauka, bezbednost, policija*, бр. 1/2016, стр. 40-56; Jelena Kostić, Mina Zirojević, „Objekt zaštite krivičnih dela protiv privrede“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 257-268; Татјана Лукић, „Прање новца : (превентивне мере, репресивне мере и међудржавна сарадња)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2006, стр. 315-342; Иван Милић, „Правне последице осуде за привредни преступ“, у: *Савремени правни промет и услуге* (ур: Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2018, стр. 1057-1067; Снежана Радојичић, *Избегавање плаћања пореза, привредни криминал и корупција*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2015; Татјана Стошић, *Преваре у привреди*, специјалистички рад, Факултет Безбедности Универзитета у Београду, Београд, 2013; Iva Tošić, „Prevара u osiguranju i njene vrste“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 269-282; Вељко Турањанин, Борко Михајловић, „Прање новца – глобални проблем и регионална упоредноправна анализа кривичног дела“, *Култура полиса - посебно издање*, бр. 1/2015, стр. 53-66; Veljko Turanjanin, „Privredna krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 203-213; Емир Ћоровић, „Превара у осигурању у Кривичном законнику са предлогом де lege ferenda“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу : Intermex, Београд, 2013, стр. 449-469; Емир Ћоровић, Иван Милић, „Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?“, у: *Услуге и услужна правила* (ур: Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, стр. 957-971; Емир Ћоровић, Вељко Турањанин, „Кратки осврт на концепт казнене одговорности правних лица у праву Србије“, у: *Правна сигурност као успешујући фактор за директне стране инвестиције* (ур: Станко Бејатовић, et al.), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, стр. 206-230; Jovan Ćirić, „Promene u svojinsko-ekonomskim odnosima i krivična dela protiv privrede“, u: *Krivično zakonodavstvo i pravna država*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1994, стр. 56-80; Milan Škulić, Veljko Delibašić, „Poreska utaja – normativna konstrukcija i neka sporna pitanja“, u: *Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur: Miodrag N. Simović), Trebinje, 2018, стр. 65-80.

Поједина кривична дела су повезана са организованим криминалитетом.⁴ Истовремено, споредно кривично законодавство је све богатије кривичним делима, и тренутно се вероватно не назире крај ширењу инкриминација.⁵ Један од законских текстова из споредног кривичног законодавства којим су прописана кривична дела је Закон о осигурању.⁶

Законом о осигурању (у даљем тексту: ЗОС) уређује се обављање делатности осигурања у Републици Србији, односно услови за оснивање и пословање друштава за осигурање и друштава за реосигурање, обављање послова посредовања у осигурању и реосигурању, обављање послова заступања у осигурању, вршење надзора над обављањем делатности осигурања, заштита права осигураника, уговарача осигурања, корисника осигурања и трећих оштећених лица, као и обављање у Републици делатности осигурања лица из држава чланица Европске уније и страних држава. Овим законским текстом су прописана три кривична дела која ће бити предмет анализе у овом раду.

2. НЕОВЛАШЋЕНО ОБАВЉАЊЕ ДЕЛАТНОСТИ ОСИГУРАЊА

Кривично дело неовлашћено обављање делатности осигурања прописано је чланом 256. Закона о осигурању на следећи начин:

1) Одговорно лице у друштву за осигурање, друштву за реосигурање, друштву за посредовање у осигурању и друштву за заступање у осигурању, као и код заступника у осигурању, које обавља делатност осигурања за коју није добијена дозвола Народне банке Србије, казниће се за кривично дело казном затвора од три до шест година.

2) Одговорно лице правног субјекта које, у својству пружаоца услуга, с другим лицима закључује уговоре о осигурању или уговоре који су по својој правној природи уговори о осигурању, казниће се за кривично дело казном затвора од три до шест година.

Дакле, Законом о осигурању прописана су три кривична дела: неовлашћено обављање делатности осигурања, давање лажних мишљења и извештаја и давање лажне процене. Кривично дело неовлашћено обављање делатности осигурања има два облика извршења.

⁴ Милан Шкулић, *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015.

⁵ Вељко Турањанин, *Кривични законик и кривична дела споредног кривичног законодавства : стање у законодавству на дан 01. јун 2022. године*, Службени гласник, Београд, 2022.

⁶ Вељко Турањанин, Емир Ћоровић, *Коментар споредног кривичног законодавства*, Прима – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Горњи Милановац, 2018.

Радња првог облика извршења кривичног дела се састоји у обављању делатности осигурања за коју не постоји дозвола Народне банке Србије.⁷ У суштини, делатност осигурања чине послови осигурања, укључујући и саосигурање, реосигурања, посредовања у осигурању и заступања у осигурању.⁸ Према члану 3. ЗОС-а, друштво за осигурање представља правно лице са седиштем у Републици Србији, а које је у регистар надлежног органа уписано на основу дозволе Народне банке Србије за обављање послова осигурања. Исто важи и за друштво за реосигурање. Послови осигурања, с једне стране, су закључивање и извршавање уговора о животном и о неживотном осигурању, осим о обавезном социјалном осигурању.⁹ Уговор о осигурању може се закључити и с више друштава за осигурање која су се споразумела о заједничком сношењу и расподели ризика (саосигурање). Друштво за осигурање може саосигуравати ризике само из оних врста осигурања за које је добило дозволу Народне банке Србије, с тим да то друштво за осигурање не може у саосигурање примати ризике изнад самопридржаја, осим у случају да се ризик изнад самопридржаја реосигура.¹⁰ Послови реосигурања, с друге стране, су закључивање и извршавање уговора о реосигурању којим се осигурани вишак ризика изнад самопридржаја друштва за осигурање преноси у реосигурање. Самопридржај друштва за осигурање је део износа уговором преузетих ризика који друштво увек задржава у сопственом покрићу и који може да покрије својим средствима. Друштво за осигурање је дужно да увек задржи део ризика у самопридржају, а дужно је да обавезе из уговора о осигурању изнад самопридржаја реосигура код друштва за реосигурање. Друштво за реосигурање је дужно да у Републици, односно у иностранству реосигура део ризика који не може покрити својим средствима. Изузетно, друштво за осигурање може целокупан ризик осигурања имовине од елементарних непогода (град, мраз и друге опасности и/или природне непогоде какве су земљотрес, поплава и суша), као и осигурања финансијских губитака због лошег времена, да реосигура у Републици, односно у иностранству.¹¹

⁷ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2019.

⁸ Члан 2. Закона о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, 44/2021 (у даљем тексту: ЗОС).

⁹ Члан 8. ЗОС.

¹⁰ Члан 6. ЗОС.

¹¹ Члан 7. ЗОС.

Од посебног је значајна одредбе да се на друштво за осигурање, друштво за реосигурање, друштво за посредовање у осигурању, друштво за заступање у осигурању и заступника у осигурању примењује Закон о привредним друштвима, осим ако ЗОС-ом није другачије одређено, а на уговор о осигурању, уговор о реосигурању, уговор о посредовању у осигурању, уговор о посредовању у реосигурању и уговор о заступању у осигурању примењује се Закон о облигационим односима и одредбе у другим законима које се односе на уговоре у појединим врстама осигурања, осим ако поједина питања нису друкчије уређена такође ЗОС-ом.¹² Послове осигурања, односно реосигурања обавља друштво за осигурање, односно друштво за реосигурање, и то може обављати послове само оних врста осигурања за које је добило дозволу Народне банке Србије. Друштво за осигурање се оснива као акционарско друштво или као друштво за узајамно осигурање, а друштво за реосигурање се оснива само као акционарско друштво.¹³ Друштво за осигурање/реосигурање уговор о посредовању у осигурању/реосигурању и уговор о заступању у осигурању може да закључи само с лицем које је дозволу, односно сагласност за обављање послова посредовања, односно заступања у осигурању добило на основу овог закона.¹⁴

Захтев за издавање дозволе за обављање послова осигурања подносе оснивачи акционарског друштва за осигурање.¹⁵ Дозвола за рад издаје се за обављање једне или више врста осигурања којима ће се бавити акционарско друштво за осигурање. О захтеву за издавање дозволе за рад Народна банка Србије одлучује решењем у року од 60 дана од дана пријема уредног захтева, а у диспозитиву решења изричито се наводе врсте осигурања за које се издаје дозвола за рад, а ако се решење издаје за све врсте осигурања из једне групе, односно подгрупе осигурања у диспозитиву се наводи само та група, односно подгрупа осигурања.¹⁶

Када је у питању посредовање у осигурању, прописано је да послови посредовања у осигурању обухватају послове посредовања у осигурању и у реосигурању. Послови посредовања у осигурању су послови који се односе на довођење у везу осигураника, односно

¹² Члан 18. ЗОС.

¹³ Члан 20. ЗОС.

¹⁴ Члан 21. ЗОС.

¹⁵ Члан 42. ЗОС.

¹⁶ Члан 44. ЗОС.

уговарача осигурања/реосигурања и друштва за осигурање/реосигурање ради преговарања о закључењу уговора о осигурању/реосигурању, на припрему за закључење ових уговора, као и на пружање помоћи при извршавању права из тих уговора, а нарочито при решавању одштетних захтева.¹⁷ Послове посредовања у осигурању као искључиву делатност обавља друштво за посредовање у осигурању са седиштем у Републици које је у регистар надлежног органа уписано на основу дозволе Народне банке Србије за обављање ових послова. Друштво за посредовање у осигурању не може обављати послове заступања у осигурању. Изузетно, овај субјект може да обавља и послове који су непосредно или посредно повезани с пословима осигурања, с тим да Народна банка Србије ближе прописује који су то послови, као и начин и услове њиховог обављања.¹⁸ Друштво за посредовање у осигурању не може посредовати ради закључења уговора о осигурању/реосигурању с друштвом за осигурање/реосигурање ако би закључење тих уговора било супротно овом закону.¹⁹

Друштво за посредовање у осигурању оснива се у складу са Законом о привредним друштвима, ако поједина питања нису друкчије уређена ЗОС-ом. Друштво за посредовање у осигурању може се основати као акционарско друштво или као друштво са ограниченом одговорношћу.²⁰ О захтеву за издавање дозволе за обављање послова посредовања у осигурању Народна банка Србије одлучује решењем у року од 60 дана од дана пријема уредног захтева. Оснивачи друштва за посредовање у осигурању дужни су да пријаву за упис у регистар надлежног органа поднесу у року од 30 дана од дана пријема решења. Уз пријаву се подноси и решење, као и решење Народне банке Србије о давању претходне сагласности за обављање функције члана управе друштва за посредовање у осигурању. Друштво за посредовање у осигурању је дужно да решење о упису у регистар достави Народној банци Србије у року од седам дана од дана пријема тог решења.²¹ Послове посредовања у осигурању у друштву за посредовање у осигурању могу, на основу запослења или рада ван радног односа у складу са законом, обављати само лица која имају овлашћење Народне банке Србије за обављање послова посредовања у осигурању. Ове послове не

¹⁷ Члан 85. ЗОС.

¹⁸ Члан 86. ЗОС.

¹⁹ Члан 87. ЗОС.

²⁰ Члан 88. ЗОС.

²¹ Члан 20. ЗОС.

могу обављати лица која су осуђена на безусловну казну затвора или су правноснажно осуђена за казнено дело које их чини неподобним за обављање тих послова. Народна банка Србије издаје овлашћење за обављање послова посредовања у осигурању лицу које испуњава следеће услове: 1) има одговарајуће стручне квалификације и искуство; 2) положило је стручни испит за стицање звања овлашћеног посредника на српском језику; 3) није му правноснажно изречена заштитна мера забране обављања делатности која га чини неподобним за обављање ових послова; 4) није му у последње три године одузето овлашћење за обављање послова посредовања у осигурању. Народна банка Србије ближе прописује потребне стручне квалификације и искуство за ово лице, садржину програма и начин полагања стручног испита, начин доказивања испуњености услова, као и начин усавршавања овлашћених посредника. Народна банка Србије може овлашћење за обављање послова посредовања у осигурању издати и лицу које је звање овлашћеног посредника стекло у иностранству, под условима и на начин које она пропише. Овлашћени посредник је дужан да послове посредовања у осигурању обавља у складу са правилима струке и добрим пословним обичајима.²²

Послови заступања у осигурању су послови покретања, предлагања или обављања послова припреме и закључивања уговора о осигурању у име и за рачун друштва за осигурање. Ове послове обавља правно лице или физичко лице – предузетник на основу уговора о заступању у осигурању. Уговор о заступању у осигурању чува се у пословним просторијама уговорних страна.²³ Послове заступања у осигурању, као искључиву делатност, обавља: 1) друштво за заступање у осигурању са седиштем у Републици које је у регистар надлежног органа уписано на основу дозволе Народне банке Србије за обављање послова заступања у осигурању; 2) физичко лице - предузетник (заступник у осигурању) са седиштем у Републици које је у регистар надлежног органа уписано на основу дозволе Народне банке Србије за обављање послова заступања у осигурању. Банка, давалац финансијског лизинга и јавни поштански оператор који имају седиште у Републици могу, као допунску делатност, обављати послове заступања у осигурању на основу претходне сагласности Народне банке Србије за обављање тих послова. Наведени субјекти не могу обављати послове

²² Члан 92. ЗОС.

²³ Члан 97. ЗОС.

посредовања у осигурању. Изузетно могу да обављају и послове који су непосредно или посредно повезани с пословима осигурања, с тим да Народна банка Србије ближе прописује који су то послови, као и начин и услове њиховог обављања.²⁴

Друштво за заступање у осигурању оснива се у складу са Законом о привредним друштвима, ако поједина питања нису друкчије уређена ЗОС-ом. Друштво за заступање у осигурању може се основати као акционарско друштво или као друштво са ограниченом одговорношћу.²⁵ Ове послове могу, на основу запослења или рада ван радног односа у складу са законом, обављати само лица која имају овлашћење Народне банке Србије за обављање послова заступања у осигурању. Не могу обављати лица која су осуђена на безусловну казну затвора или су правноснажно осуђена за казнено дело које их чини неподобним за обављање тих послова. Народна банка Србије издаје овлашћење за обављање послова заступања у осигурању лицу које испуњава следеће услове: 1) има одговарајуће стручне квалификације и искуство; 2) положило је стручни испит за стицање звања овлашћеног заступника на српском језику; 3) није му правноснажно изречена заштитна мера забране обављања делатности која га чини неподобним за обављање ових послова; 4) није му у последње три године одузето овлашћење за обављање послова заступања у осигурању. Народна банка Србије може овлашћење за обављање послова заступања у осигурању издати и лицу које је звање овлашћеног заступника стекло у иностранству, под условима и на начин које она пропише. Овлашћени заступник је дужан да послове заступања у осигурању обавља у складу са правилима струке и добрим пословним обичајима.²⁶ За радње предузете у обављању послова заступања у осигурању одговара друштво за осигурање. Одговарају осигуранику за штету која настане услед лажног представљања или непажње ових лица, односно због тога што та лица нису осигуранику, односно уговарачу осигурања открила да обављају делатност у својству заступника. Лице с посебним овлашћењима у друштву за осигурање које је закључило уговор о заступању у осигурању одговара том друштву за проузроковану штету која је настала из тог уговора.²⁷

²⁴ Члан 98. ЗОС.

²⁵ Члан 101. ЗОС.

²⁶ Члан 105. ЗОС.

²⁷ Члан 107. ЗОС.

Из наведених одредаба произилази да ће кривично дело постојати уколико одговорно лице предузме радњу извршења без дозволе Народне банке Србије. При том, радња извршења може постојати како у случају да друштво уопште нема дозволу за обављање послова осигурања тако и у случају да поседује дозволу, али не за конкретну врсту осигурања. Стога је овде од значаја и одредба да се друштво не може истовремено бавити пословима животних и пословима неживотних осигурања.²⁸

Извршилац кривичног дела може да буде само одговорно лице у друштву за осигурање, друштву за реосигурање, друштву за посредовање у осигурању и друштву за заступање у осигурању, као и код заступника у осигурању. Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова. Одговорним лицем сматра се и службено лице кад су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице, а у Кривичном законнику нису предвиђена у глави о кривичним делима против службене дужности, односно као кривична дела службеног лица (чл. 113. Кривичног законика). За одговорност правног лица неопходно је испуњење услова из Закона о одговорности правних лица за кривична дела.

Кривично дело може да се изврши само с умишљајем. Запређена је казна затвора од три до шест година, што, слободно можемо рећи, представља аномалију у кривичном законодавству.

Радња другог облика се огледа у закључивању уговора о осигурању или уговора који по својој природи представљају уговоре о осигурању. Будући да је екстензивно тумачење искључено, овде се ради искључиво о уговорима о осигурању, или о уговорима који по својој природи представљају уговоре о осигурању, а искључени су уговори о реосигурању, посредовању у осигурању, уговори о посредовању у реосигурању и уговора о заступању у осигурању.²⁹

Будући да је уговор о осигурању регулисан Законом о облигационим односима, то су од значаја одговарајуће одредбе овог законског текста. Уговором о осигурању обавезује се уговарач осигурања да плати одређени износ организацији за осигурање (осигуравач), а

²⁸ Члан 24. ЗОС.

²⁹ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, нав. дело, стр. 356.

организација се обавезује да, ако се деси догађај који представља осигурани случај, исплати осигуранику или неком трећем лицу накнаду, односно уговорену своту или учини нешто друго.³⁰ Догађај с обзиром на који се закључује осигурање (осигурани случај) мора бити будући, неизвестан и независан од искључиве воље уговарача. Уговор о осигурању је ништав ако је у часу његовог закључења већ настао осигурани случај, или је тај био у наступању, или је било извесно да ће наступити, или ако је већ тада била престала могућност да он настане. Али, ако је уговорено да ће осигурањем бити обухваћен одређен период који претходи закључењу уговора, уговор ће бити ништав само ако је у часу његовог закључења заинтересованој страни било познато да се осигурани случај већ догодио, односно да је већ тада била престала могућност да се он догоди.³¹ Притом, јасно је одређено да се ове одредбе неће примењивати на осигурање потраживања нити на реосигурање.³²

Уговор о осигурању је закључен кад уговарачи потпишу полису осигурања или листу покрића. Писмена понуда учињена осигуравачу за закључење уговора о осигурању везује понудиоца, ако он није одредио краћи рок, за време од осам дана од дана кад је понуда приспела осигуравачу, а ако је потребан лекарски преглед, онда за време од тридесет дана. Ако осигуравач у том року не одбије понуду која не одступа од услова под којима он врши предложено осигурање, сматраће се да је прихватио понуду и да је уговор закључен. У том случају уговор се сматра закљученим кад је понуда приспела осигуравачу.³³ Ипак, условима осигурања могу бити предвиђени случајеви у којима уговорни однос из осигурања настаје самим плаћањем премије.³⁴

Кривично дело ће постојати када дође до закључивања уговора, док нуђење полисе осигурања ради закључивања уговора представља припремну радњу, али је ипак спорно да ли одређене активности у циљу извршења дела заиста представљају припремне радње или покушај³⁵, који је кажњив по општим правилима кажњивости.

³⁰ Члан 897. Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020 (у даљем тексту: ЗОО).

³¹ Члан 898. ЗОО.

³² Члан 899. ЗОО.

³³ Члан 901. ЗОО.

³⁴ Члан 903. ЗОО.

³⁵ Zoran Stojanović, et al., *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2017, стр. 237.

Кривичним закоником је одређено да, кад је радња кривичног дела одређена трајним глаголом сматра се да је дело учињено ако је радња извршена једном или више пута.³⁶ То значи да је довољно да је за постојање кривичног дела довољно да је закључен један уговор о осигурању.

Извршилац дела може бити само одговорно лице. За ово кривично дело је запређена казна затвора од три до шест година, као и за први облик кривичног дела.

3. ДАВАЊЕ ЛАЖНИХ МИШЉЕЊА И ИЗВЕШТАЈА

Кривично дело давање лажних мишљења и извештаја прописано је чланом 257. Закона о осигурању, на следећи начин:

Овлашћени актуар или ревизор који противно одредбама овог закона сачини лажно мишљење, односно извештај, казниће се за кривично дело казном затвора од једне до три године.

Радња кривичног дела се састоји у сачињавању лажног мишљења или извештаја од стране овлашћеног актуара или ревизора. Да би постојало кривично дело, лажно мишљење или извештај треба да буде сачињено противно одредбама Закона о осигурању.

На првом месту, неопходно је разјаснити појам актуара. Овлашћени актуар је лице које је добило овлашћење Народне банке Србије за обављање актуарских послова у складу са овим законом. Народна банка Србије издаје лицу које испуњава следеће услове: 1) има одговарајуће стручне квалификације и искуство; 2) има положен стручни испит за стицање звања овлашћеног актуара на српском језику; 3) није правноснажно осуђено за кривично дело на безусловну казну затвора или правноснажно осуђено за казнено дело које га чини неподобним за обављање послова овлашћеног актуара; 4) није му правноснажно изречена заштитна мера забране обављања делатности која га чини неподобним за обављање послова овлашћеног актуара; 5) није му одузето овлашћење за обављање актуарских послова. Народна банка Србије ближе прописује потребне стручне квалификације и искуство за ово лице, садржину програма и начин полагања стручног испита, начин доказивања испуњености услова из тог става, као и начин усавршавања овлашћених актуара. Народна банка Србије може овлашћење за обављање актуарских послова издати и лицу које је звање

³⁶ Члан 112. тачка 35. 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.

овлашћеног актуара стекло у иностранству, под условима и на начин које она пропише.³⁷

За овлашћеног актуара не може бити именовано лице које је члан управе, односно интерни ревизор. Ако лице које је именовано за овлашћеног актуара привремено или трајно престане да обавља послове овлашћеног актуара у друштву за осигурање - то друштво је дужно да именује новог овлашћеног актуара у року од 30 дана од дана наступања ове околности.³⁸

Овлашћени актуар даје мишљење о: 1) начину утврђивања премија, о томе да ли је премија утврђена у складу са актуарском струком и прописима и да ли обезбеђује трајно испуњење свих обавеза друштва за осигурање из уговора о осигурању; 2) начину утврђивања техничких резерви, о томе да ли су те резерве утврђене у складу са актуарском струком и прописима и да ли обезбеђују трајно испуњење свих обавеза друштва за осигурање из уговора о осигурању; 3) актима пословне политике у поступку њиховог доношења, као и у поступку измена и/или допуна ових аката, односно о њиховој примени; 4) финансијским извештајима и годишњем извештају о пословању друштва за осигурање; 5) извештају о спровођењу политике саосигурања и реосигурања; 6) преносу портфеља осигурања. Овлашћени актуар обавља и друге актуарске послове у складу са ЗОС-ом. Надлежни органи друштва за осигурање дужни су да у поступку доношења, односно утврђивања наведених аката размотре мишљење овлашћеног актуара. Мишљење овлашћеног актуара доставља се и интерној ревизији и надзорном одбору. Ако престане да обавља послове овлашћеног актуара у друштву за осигурање, овлашћени актуар је дужан да о томе одмах писмено обавести Народну банку Србије. Садржину мишљења овлашћеног актуара ближе прописује Народна банка Србије.³⁹

Овлашћени актуар је независан и самосталан у обављању својих послова. Он је дужан да послове овлашћеног актуара обавља у складу са законом, правилима струке осигурања и актуарске струке, добрим пословним обичајима и пословном етиком.⁴⁰ Кад утврди да премије и техничке резерве нису утврђене у складу са актуарском струком и прописима, односно да не обезбеђују трајно испуњење обавеза друштва за осигурање из уговора о осигурању - овлашћени актуар је

³⁷ Члан 161. ЗОС.

³⁸ Члан 162. ЗОС.

³⁹ Члан 163. ЗОС.

⁴⁰ Члан 164. ЗОС.

дужан да без одлагања управи предложи мере за отклањање уочених неправилности. Ако управа не спроведе ове мере, овлашћени актуар је дужан да о томе без одлагања писмено обавести Народну банку Србије.⁴¹ Друштво за осигурање је дужно да овлашћеном актуару обезбеди сталан и несметан приступ подацима о пословању који су му неопходни и које он затражи у обављању послова овлашћеног актуара.⁴²

Надзор над радом овлашћеног актуара кога именује друштво за осигурање врши Народна банка Србије. Ако се овлашћени актуар при обављању послова из своје надлежности не придржава обавеза прописаних овим законом - Народна банка Србије може том актуару: 1) наложити меру упозорења; 2) привремено забранити обављање послова овлашћеног актуара у друштву за осигурање; 3) одузети овлашћење за обављање актуарских послова. О налагању ових мера Народна банка Србије обавештава друштво за осигурање за које овлашћени актуар обавља послове овлашћеног актуара.⁴³ Народна банка Србије може овлашћеном актуару привремено забранити обављање послова овлашћеног актуара у друштву за осигурање, на период од шест месеци до три године у одређеним случајевима.⁴⁴ Народна банка Србије ће одузети дато овлашћење за обављање актуарских послова овлашћеном актуару: 1) ако је овлашћење добијено на основу неистинитих и нетачних података; 2) ако овлашћени актуар престане да испуњава најмање један од услова; 3) ако овлашћени актуар теже прекрши обавезе које су овим законом прописане за обављање послова овлашћеног актуара. Ако надлежни орган друштва за осигурање не прихвати мишљење овлашћеног актуара - друштво за осигурање је дужно да у року од наредних 15 дана о томе обавести Народну банку Србије и да наведе разлоге овог неприхватања. У овом случају, Народна банка Србије може донети решење којим ће наложити предузимање одговарајућих мера.⁴⁵

Ако ревизор у извештају о обављеној ревизији утврди да финансијски извештај друштва за осигурање не приказује истинито и објективно стање његове имовине и резултате његовог пословања - овај извештај ревизора, у року од пет дана од дана његовог пријема, друштво доставља овлашћеном актуару који је сачинио мишљење на

⁴¹ Члан 165. ЗОС.

⁴² Члан 166. ЗОС.

⁴³ Члан 168. ЗОС.

⁴⁴ Члан 169. ЗОС.

⁴⁵ Члан 171. ЗОС.

финансијски извештај друштва. Овлашћени актуар је дужан да своје мишљење о финансијском извештају друштва за осигурање преиспита у року од 30 дана од дана пријема извештаја ревизора и да о томе обавести надлежни орган друштва за осигурање. Друштво за осигурање је дужно да, у року од седам дана од дана пријема обавештења, о томе обавести Народну банку Србије⁴⁶. Народна банка Србије се може сагласити с мишљењем овлашћеног актуара или са извештајем о обављеној ревизији, или може имати своје мишљење, о чему обавештава друштво за осигурање. Народна банка Србије доноси решење којим друштву за осигурање налаже мере за отклањање уочених неправилности, а то друштво је дужно да поступи по овом решењу и о томе писмено обавести Народну банку Србије у року од 30 дана од дана пријема тог решења.⁴⁷ Народна банка Србије може у току вршења надзора у складу са овим законом да захтева да мишљење овлашћеног актуара провери овлашћени актуар кога она одреди - ако постоје разлози за сумњу у исправност овог мишљења.⁴⁸

Када се разматра појам ревизора, неопходно је скренути пажњу на дефинисање кључних појмова из Закона о ревизији⁴⁹. Тако, 1) ревизија финансијских извештаја је поступак провере и оцене финансијских извештаја, као и података и метода који се примењују при састављању финансијских извештаја на основу којих се даје независно стручно мишљење о томе да ли финансијски извештаји у свим материјално значајним аспектима дају истинит и поштен приказ финансијског стања и резултата пословања правног лица у складу са одговарајућом регулативом за израду финансијских извештаја; 2) законска ревизија означава ревизију редовних годишњих и консолидованих финансијских извештаја, састављених у складу са законом којим се уређује рачуноводство, а која је по овом закону обавезна; 3) друштво за ревизију је привредно друштво са седиштем у Републици Србији, основано у складу са законом којим се уређују привредна друштва и које у складу са овим законом има важећу дозволу за обављање ревизије; 4) ревизорско друштво државе чланице је правно лице, без обзира на његову правну форму, које има дозволу надлежног органа државе чланице Европске уније за обављање законске ревизије; 5) ревизорско друштво треће земље је правно лице, без обзира на његову правну

⁴⁶ Члан 172. ЗОС.

⁴⁷ Члан 173. ЗОС.

⁴⁸ Члан 174. ЗОС.

⁴⁹ Закон о ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019 (у даљем тексту: ЗОР).

форму, које има дозволу надлежног органа треће земље за обављање законске ревизије; 6) овлашћени ревизор је физичко лице које је, у складу са овим законом, положило испит за стицање звања овлашћени ревизор, а које нема важећу лиценцу за обављање ревизије; 7) лиценцирани овлашћени ревизор је физичко лице које је, у складу са овим законом, положило испит за стицање звања овлашћени ревизор и има важећу лиценцу за обављање ревизије; 8) самостални ревизор је лиценцирани овлашћени ревизор који, у складу са овим законом, има важећу дозволу да обавља ревизију као предузетник; 9) ревизор државе чланице је физичко лице које има важећу исправу надлежног органа државе чланице за обављање законске ревизије; 10) ревизор треће земље је физичко лице које има важећу исправу надлежног органа треће земље за обављање законске ревизије, искључујући држављане Републике Србије који су ту исправу стекли у бившим чланицама СФРЈ, а које нису чланице Европске уније; 11) ревизор групе је друштво за ревизију које врши законску ревизију консолидованих финансијских извештаја; 14) ревизорски извештај је извештај о обављеној ревизији који издаје друштво за ревизију, односно самостални ревизор у складу са овим законом и Међународним стандардима ревизије. Ревизију може да обавља: 1) друштво за ревизију које има у радном односу са пуним радним временом запосленог најмање једног лиценцираног овлашћеног ревизора и испуњава друге услове утврђене овим законом; 2) ревизорско друштво државе чланице које је за обављање ревизије добило дозволу; 3) ревизорско друштво треће земље које је за обављање ревизије добило дозволу; 4) самостални ревизор; 5) ревизор државе чланице који има важећу лиценцу и дозволу за обављање ревизије, које су издате од надлежног органа у Републици Србији, а који је регистрован као предузетник у Републици Србији; 6) ревизор треће земље који има важећу лиценцу и дозволу за обављање ревизије, које су издате од надлежног органа у Републици Србији, а који је регистрован као предузетник у Републици Србији.⁵⁰ Друштва за ревизију обављају ревизију преко лиценцираних овлашћених ревизора.⁵¹

Ревизија финансијских извештаја друштва за осигурање врши се у складу са законом којим се уређује ревизија, ако овим законом није друкчије уређено. Ревизију финансијских извештаја обављају лиценцирани овлашћени ревизори запослени у друштву за ревизију основаном

⁵⁰ Члан 2, став 1. ЗОР.

⁵¹ Члан 4, став 2. ЗОР.

у складу са Законом о ревизији. Исти ревизор може у истом друштву за осигурање узастопно обавити највише пет ревизија финансијских извештаја тог друштва. Исти ревизор, односно друштво за ревизију у коме је запослен ревизор не може истовремено, односно у истој години да обавља и ревизију финансијских извештаја друштва за осигурање и да том друштву пружа додатне услуге у складу са законом којим се уређује ревизија. Народна банка Србије ближе прописује садржину извештаја о обављеној ревизији финансијских извештаја друштва за осигурање.⁵² Друштво за осигурање је дужно да затражи претходну сагласност Народне банке Србије на предлог одлуке о избору друштва за ревизију које ће обавити ревизију његових финансијских извештаја. Захтев за издавање сагласности и предлог одлуке подносе се Народној банци Србије за годину за коју се врши избор друштва за ревизију - најкасније 30. септембра те године. О овом захтеву Народна банка Србије одлучује у року од 30 дана од дана пријема уредног захтева. При одлучивању о давању сагласности, Народна банка Србије процењује испуњеност услова који се односе на стручну оспособљеност друштва за ревизију, истинитост и објективност његових раније датих извештаја, као и на то да ли су ти извештаји израђени у складу са законима, а с тим у вези може податке и доказе тражити и од друштва за осигурање. Ако је друштво за ревизију изабрано без сагласности Народне банке Србије, тај избор се сматра ништавим.⁵³

Друштво за ревизију даје мишљење о томе да ли су финансијски извештаји друштва за осигурање састављени у складу с прописима и да ли истинито и објективно приказују финансијско стање друштва, резултате његовог пословања и новчане токове за ту пословну годину. Друштво за ревизију је дужно да у току ревизије друштва за осигурање без одлагања обавести управу тог друштва и Народну банку Србије о свакој уоченој чињеници која представља тежу повреду закона или другог прописа или материјално значајну промену финансијског резултата исказаног у неревидираним финансијским извештајима или тежу повреду општих аката тог друштва. Друштво за ревизију је дужно да Народну банку Србије обавести и о другим чињеницама и околностима које могу угрозити даље пословање друштва за осигурање а тичу се тог друштва или лица која су с њим блиско повезана. Народна банка Србије може од друштва за ревизију да тражи и додатна

⁵² Члан 182. ЗОС.

⁵³ Члан 183. ЗОС.

објашњења у вези са обављеном ревизијом. Друштво за ревизију, односно ревизор не одговарају за штету насталу испуњавањем обавеза, осим ако се докаже да је штета проузрокована намерно или крајњом непажњом.⁵⁴ Народна банка Србије може у току вршења надзора над обављањем делатности осигурања да захтева да извештај ревизора провери ревизор запослен у другом друштву за ревизију - ако постоје разлози за сумњу у исправност мишљења датог у том извештају.⁵⁵ Ако установи пропусте и неправилности у извештају о обављеној ревизији и у раду ревизора, односно друштва за ревизију у коме је ревизор запослен, а при обављању ревизије у друштву за осигурање - Народна банка Србије о томе обавештава орган надлежан за надзор над обављањем ревизије. Народна банка Србије орган посебно обавештава о ревизорима и друштвима за ревизију у којима су запослени ревизори који су ревизију обављали код друштва за осигурање којима је Народна банка Србије одузела дозволу за рад и о разлозима за одузимање дозволе за рад.⁵⁶

Извршилац кривичног дела може бити само овлашћени ревизор или актуар. Ко подстрекач или помагач се може појавити било које лице, у зависности од околности конкретног случаја. Кривично дело се може извршити само с умишљајем.⁵⁷

4. ДАВАЊЕ ЛАЖНЕ ПРОЦЕНЕ

Последње кривично дело из Закона о осигурању је давање лажне процене и оно је прописано на следећи начин:

Одговорно лице у друштву за осигурање, друштву за реосигурање, друштву за посредовање у осигурању и друштву за заступање у осигурању, као и код заступника у осигурању, које при утврђивању и процени ризика и штета сачини лажне процене и изјаве, казниће се за кривично дело новчаном казном или казном затвора до три године.

Радња кривичног дела се састоји у сачињавању лажне процене и изјаве. Чланом 24. став 3. је одређено да акционарско друштво за осигурање обавља, поред послова осигурања и послова заступања у осигурању, и послове процене ризика и штета, послове посредовања ради продаје и продају осигураних оштећених ствари које му припадају по

⁵⁴ Члан 184. ЗОС.

⁵⁵ Члан 185. ЗОС.

⁵⁶ Члан 186. ЗОС.

⁵⁷ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, нав. дело, стр. 359.

основу извршавања уговора о осигурању и предузимање мера ради спречавања и отклањања опасности које угрожавају осигурану имовину и лица, а може обављати и друге послове утврђене законом. Иако законодавац наводи давање лажне процене и изјаве, кривично дело ће постојати како у случају кумулативног давања лажне процене и изјаве, тако и уколико постоји само лажна процена или само лажна изјава. Радња извршења кривичног дела мора бити предузета искључиво при утврђивању и процени ризика и штета, те неће постојати кривично дело уколико је радња предузета у неку другу сврху.⁵⁸ За постојање кривичног дела није неопходно да је штета заиста и исплаћена. Извршилац кривичног дела може бити само одговорно лице у друштву за осигурање, друштву за реосигурање, друштву за посредовање у осигурању и друштву за заступање у осигурању, као и код заступника у осигурању. Као облик кривичне захтева се умишљај. За ово кривично дело запрећена је новчана казна или казна затвора до три године.

5. ЗАКЉУЧАК

Привредно кривично право данас дефинитивно постоји. О томе нам најбоље сведочи како нове измене у овој глави Кривичног законика тако и споредно кривично законодавство. Када је у питању генерално привредно кривично законодавство, заиста је отворено питање до којих граница треба да се уплиће кривично законодавство, а где треба допустити тржишну утакмицу.⁵⁹ Наравно, то важи само за поједина кривична дела, где пре свега не сме да се убраја нити једно од пореских кривичних дела. Законодавац је недавно препознао потребу за специјализацијом судова и у овој области, те је већину кривичних дела из КЗ против привреде пренео у надлежност четири посебна одељења виших судова (у Београду, Новом Саду, Нишу и Краљеву). Међутим, номотехнички посматрано, то није изведено до краја, јер законодавац веома често заборавља споредно кривично законодавство, а које из године у годину обogaђује новим кривичним делима, поготово из области привредног пословања. Поједина кривична дела су унета у наше кривично законодавство захваљујући правилима Европске уније, која доводе до проблема уколико не дође до правилног транспоновања,⁶⁰

⁵⁸ Zoran Stojanović, *et al.*, *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, нав. дело, стр. 220.

⁵⁹ Вељко Турањанин, *Анатомија привредних кривичних дела*, нав. дело, стр. 360.

⁶⁰ Dragana Kolarić, „Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (krivična dela

док су друга жеља законодавца Србије. Већ дуги низ година у теорији се наглашава да је стварање нормативне основе за жељени степен ефикасности откривања и доказивања кривичних дела и њихових извршилаца изузетно важна.⁶¹ Затим, нарочито новија кривична дела која су објашњена на крају рада су двосмислена, и неће бити једноставна у примени, те смо стога навели у ком правцу треба да се креће судска пракса у таквим случајевима. Посебан проблем представља компетентност субјеката у откривању и гоњењу учинилаца ових кривичних дела.⁶² Срећом, кривична дела из ове области за сада се не појављују у пракси. Или макар нису откривена.

protiv privrede“; u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 35-46.

⁶¹ Stanko Bejatović, „Privredna krivična dela i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja : (stanje u Srbiji – adekvatnost ili ne?)“; u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 21.

⁶² Božidar Banović, „Kompetentnost subjekata otkrivanja i gonjenja u funkciji efikasnog suzbijanja privrednih krivičnih dela“; u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, стр. 167-186.

ЛИТЕРАТУРА

Arežina, Nada, Mizdragović, Vule, Džamić, Velibor, Alčaković, Slavko, „Zastupljenost krivičnih dela protiv privrede i privrednih prestupa u Republici Srbiji“, u: *XV Međunarodni naučni skup SINERGIJA 2014*, Bijeljina, 2014.

Banović, Božidar, „Kompetentnost subjekata otkrivanja i gonjenja u funkciji efikasnog suzbijanja privrednih krivičnih dela“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 167-185.

Banović, Božidar, „Pranje novca“, u: *Korupcija : osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu* (ur: Goran Ilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, 105-128.

Bejatović, Stanko, „Privredna krivična dela i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja : (stanje u Srbiji – adekvatnost ili ne?)“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 15-34.

Вуковић, Миодраг, *Пореска утаја у полицијској и судској пракси : усаглашено са изменама кривичног, процесног и пореског законодавства закључно са 30. јуном 2019. године*, Службени гласник, Београд, 2019.

Garrett, Brandon, „Globalized Corporate Prosecutions“, *Virginia Law Review*, no. 8/2011, 1775-1875.

Delić, Nataša, „Stečajna krivična dela nakon novele iz 2016. godine“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji : tematska monografija : deo 9* (ur: Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 101-122.

Ilić-Popov, Gordana, „Poreska krivična dela u srpskom poreskom zakonodavstvu“, *NBP: Nauka, bezbednost, policija*, бр. 1/2016, 40-56.

Kolarić, Dragana, „Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (krivična dela protiv privrede)“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 35-46.

Kostić, Jelena, Zirojević, Mina, „Objekt zaštite krivičnih dela protiv privrede“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 257-268.

Лукић, Татјана, „Праће новца : (превентивне мере, репресивне мере и међудржавна сарадња)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2006, 315-342.

Lukić, Natalija, „Definisanje korporacijskog kriminaliteta“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* (ur: Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 209-307.

Lukić, Natalija, „Pojam i karakteristike privrednog krivičnog prava“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji : tematska monografija : deo 4* (ur: Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 253-267.

Милић, Иван, „Правне последице осуде за привредни преступ“, у: *Савремени правни промет и услуге* (ур: Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2018, 1057-1067.

Радојичић, Снежана, *Избегавање плаћања пореза, привредни криминал и корупција*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2015.

Стошић, Татјана, *Преваре у привреди*, специјалистички рад, Факултет Безбедности Универзитета у Београду, Београд, 2013.

Stojanović, Zoran, Miloradović, Olgica, Radisavljević, Mirko, Trešnjev, Aleksandar, *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2017.

Турањанин, Вељко, *Анатомија привредних кривичних дела*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2019.

Турањанин, Вељко, *Кривични законик и кривична дела споредног кривичног законодавства : стање у законодавству на дан 01. јун 2022. године*, Службени гласник, Београд, 2022.

Турањанин, Вељко, Михајловић, Борко, „Праће новца – глобални проблем и регионална упоредноправна анализа кривичног дела“, *Култура полиса - посебно издање*, бр. 1/2015, 53-66.

Турањанин, Вељко, Ћоровић, Емир, *Коментар споредног кривичног законодавства*, Прима – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Горњи Милановац, 2018.

Turanjanin, Veljko, „Privredna krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir

Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 203-213.

Tošić, Iva, „Prevara u osiguranju i njene vrste“, u: *Privredna krivična dela* (ur: Ivana Stevanović, Vladimir Čolović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja : Institut za uporedno pravo, Beograd, 2017, 269-282.

Ђоровић, Емир, Турањанин, Вељко, „Кратки осврт на концепт казнене одговорности правних лица у праву Србије“, у: *Правна сигурност као постепујући фактор за директне стране инвестиције* (ур: Станко Бејатовић, et al.), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 206-230.

Ђоровић, Емир, Милић, Иван, „Шта даље са привредним преступима и актуелним Законом о привредним преступима?“, у: *Услуге и услужна правила* (ур: Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 957-971.

Ђоровић, Емир, „Превара у осигурању у Кривичном законнику са предлогом de lege ferenda“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу : Intermex, Београд, 2013, 449-469.

Ћирић, Јован, „Promene u svojinsko-ekonomskim odnosima i krivična dela protiv privrede“, u: *Krivično zakonodavstvo i pravna država*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1994, 56-80.

Шкулић, Милан, *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015.

Škulić, Milan, Delibašić, Veljko, „Poreska utaja – normativna konstrukcija i neka sporna pitanja“, u: *Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur: Miodrag N. Simović), Trebinje, 2018, 65-80.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, 44/2021.

Закон о ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019.

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.

Iva Đorđević

CRIMINAL PROTECTION OF INSURANCE

Resume

In his paper, the author deals with the criminal protection of insurance, as a topic that is often close to citizens, but which is rarely discussed in the literature. Secondary criminal legislation contains three criminal acts that protect the performance of insurance activities in the Republic of Serbia: unauthorized performance of insurance activities, giving false opinions and reports and giving a false assessment. The author clarifies all the provisions of the mentioned criminal acts, and points out the problems that can be encountered in practice. In particular, he apostrophes the provisions of the Law on Insurance and the Law on Audit, which depend on the existence of a criminal offense.

Keywords: insurance, false assessment, false reports, performance of insurance activities.

* Рад је примљен 14.11.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

ВЕШТАК ПРЕД СУДОВИМА И У СУДСКИМ ИСТРАГАМА**

Вештачење лажних докумената и фалсификата у опште врло је старо. Већ у Риму били су познати вештаци за рукописе. Они су имали за дужност да верифицирају рукопис а њихова заклетва је гласила: „*quod neque lucri causa, neque inimicitiiis, neque gratia tenti, hujusmodi faciunt comparationem*“. Као угледи за поређење овим вештацима су могла служити само документа, која су била потписана од три сведока.

У Средњем веку се налази мало трага о употреби вештачења докумената, за која се држи да су лажна. Међутим, изгледа да „Каролина“, издана од Карла V 1532. г. предвиђа случај кад је нужно да се позову вештаци ради верификације рукописа, ма да не прописује специјалне одредбе о томе. Она наређује изрично позивање вештака: у случају детеубиства, у случају кад лекар учини какву грешку у вршењу свога позива, у случају повреде, ране, убиства, ма да се међутим при том не тражи секција у правом смислу.

После закона Франсоа I од 1539. г. више других закона у Француској допуштала су судији да у извесним случајима може прибегнути хирурзима и заклетим вештацима за рукописе који су били придодати судовима. Али едикти од 1606. и 1692. г. да би прибавили краљу новаца, начинили су од функције вештака за рукописе један положај, који се могао, помоћу новца, преносити из руке у руку на лаике. Тако је положај вештака за рукописе постао обично трговачко предузеће, не дајући никакве гаранције у погледу поштења. То жалосно стање ствари подстакло је неке вароши да откупе положај вештачења, да би се тако дала могућност судији, да бира људе које он сматра за најспособније за решавање увек врло деликатних питања лажних рукописа.

* Др Родолф Арчибалд Рајс (Хаузах, 1875 – Београд, 1929).

** Рад је изворно објављен у Архиву за правне и друштвене науке, бр. 6/1921, књ. III, стр. 435-442.

Деветнаести век најзад доноси вештачењу више слободе и почиње му допуштати да заузме место, које оно треба да заузме у модерном поступку, како кривичном тако и грађанском.

Која је улога вештака у споровима о фалсификовању и у судским истрагама у опште? Одговор изгледа прост: да допуни знање судије. Заиста, овај последњи, и поред свог изврсног студирања и стручне спреме, не може све знати. Има извесних знања која су потребна да би се могла оценити кривична дела, знања нарочито техничке природе, која му недостају. „Тада“, као што вели *Bernier* у свом делу *Traité des Preuves*, „као што се ми служимо оптичким инструментима, да би допунили орган вида, тако исто судија, који не може да има енциклопедијско знање, позајмљује од науке драгоцену помоћна средства, да би имао једну тачну анализу материјалних елемената, које има пред очима.“

Да би вештак могао бити од користи он мора да има специјална знања, која му допуштају, да донесе сигурна и неоспорна решења, кад год остане једно сумњиво место у знању судије. Та специјална знања могу бити врло различите природе и обухватати све гране људске активности. Није нужно, да она буду ограничена на оно, што ми називамо „наука“ и „вештине“.

Судија ће, дакле, имати да прибегне вештачењу сваки пут кад не буде могао својим сопственим средствима да разреши извесан проблем на један сигуран начин. Изгледа нам да *Rapin* у својој тези „*De l'expertise spécialement en droit vaudois*“ врло добро резимира случајеве, у којима судија мора себи штогод да објасни помоћу вештачења, кад каже: У опште може се рећи да доказивање помоћу вештака постаје неопходно чим извесно важно питање кривичне (или грађанске) природе не може бити пресудно решено без извесних одређених лица, услед потпуно специјалних знања која оно представља.“

Bernier, у свом напред поменутом делу, препоручује: употребу вештачења и у случајевима, где за оцену факата није потребно специјално знање, али где би непосредна верификација какве чињенице, с погледом на јавност претреса, повредила очигледну истину.

Вештаци могу имати две мисије: прво, они могу бити позвани да констатују извесан факт, не извлачећи отуд последице или не исказујући једно мишљење; друго, може им бити наложено да искажу једно мишљење посве учињених констатација. Немачки језик разликује резултат тих двеју функција вештака, називајући прву „*Befund*“ а другу „*Gutachten*“. Француски језик нема одговарајућег израза за ово. *Rapin*, у

својој тези, предлаже да се *Befund* преведе речју „извештај“; *Gutachten* речју „мишљење“. Налазимо, да то превођење није срећно учињено и ми би га радо заменили изразима „констатација вештака“ (да би се разликовало од констатације судије) и „вештачење“ сасвим кратко.

У старо време вештак је био изједначаван са сведоком. Данас се увидело да је то била велика грешка и да има основне разлике између вештака и сведока, како вештака који се ограничава да констатује извесну чињеницу, тако и оног који исказује извесно мишљење после својих констатација.

Тако *Faustin Hélie* у свом делу „*Traité de l’instruction criminelle*“ вели: „Сведоке ствара кривично дело, док вештаке, на против, бира судија“. Другим речима, сведок је умешан из близа или из далека, често противу своје воље, у кривично дело, вештак бива биран од судије после извршеног дела, да констатује или оцени извесне чињенице, за које судија није стручан. Питање времена, истакнуто од неких, не може служити за разликовање, јер, као што потпуно оправдано вели *Rapin*, често се дешава да сведок буде испитиван о једној садашњој чињеници, на пр. о идентичности једног оптуженог лица, док се од вештака тражи, да се изјасни о нечему што је било, на пр. о узроку смрти.

Сведок даје исказ о једном делу за које зна случајно, вештак пак на основу констатација и извођења која је учинио намерно и на основу свих својих професионалних способности.

Немци, сматрајући да се улога вештака по кадкад приближује улози сведока (што је по нашем мишљењу погрешно!) и да у тим случајевима њих треба подједнако третирати, створили су „сведок-вештак-а“, чија је функција уређена § 85. кривичног поступка на следећи начин: „Ако је потребно, да би се потврдила каква дела која су прошла или какво стање ствари које је престало да постоји и које се не би могло да оцени без специјалног знања да се саслушају лица која имају та потребна знања, примениће се прописи, који се односе на доказе сведока“.

Овај пропис стварајући сведок-вештака изазвао је забуну, јер по једнима сведок-вештак може да функционише пре и за време истраге, по другима, међутим, може да сведочи и даје своје мишљење само односно чињеница које су се појавиле после отварања судске процедуре.

Писци нису сагласни ни у питању саме природе вештака и *Rapin*, у своме већ раније цитираном делу, врло лепо излаже разне предложене теорије, које се могу на следећи начин свести на четири главна типа:

1. „Према извесним писцима, на које се наслањају правници старога права, вештаци се изједначују са сведоцима, истина са сведоцима једне изузетне врсте, али који су при свем том сведоци и који се третирају као такви. Један специјални назив би их разликовао од обичних сведока. Они се разликују називима „рационални сведоци, квалификовани, научни или рационално-историјски сведоци“ (нарочито немачка и енглеска теорија).
2. Друга група писаца, на против, види у вештаку само једног помоћника судије.
3. Према другима даље, вештачење нас ставља пред једно доказно средство са свим специјалне природе, пред једно доказно средство *sui generis*.
4. Последње мишљење, најзад, које је нашло врло мало присталица и бранилаца, тврди да су вештаци судије о чињеници „*judices facti*“. Они конституишу у неку руку једну научну пороту о извесним чињеницама и пресуђују као обични поротници какво прејудицијелно питање, питање какве чињенице.“

За нас лично, базирајући се на нашем искуству стеченом у току наше каријере вештака, ни једна о четири главних теорија не може се потпуно примити. Улога вештака се мења према конкретном случају. Он је час просто помоћник судије, час, пак, он даје сигуран доказ о кривици оптуженог и постаје, самим тим, прави судија о делу. Тако вештак техничке полиције, пратећи истражног судију на место извршења каквог убиства, да тамо тражи и евентуално нађе отиске од прстију, трагове од ногу, трагове од разбијања, итд, само је помоћник истражног чиновника. Његова улога се мења ако он нађе какве трагове и ако, помоћу истих, установи на сигуран начин идентичност онога који их је оставио за собом и у исто време, бар у највише случајева, идентичност извршиоца кривичног дела. Тада он постаје прави судија о делу, али не судија о кривици, која не зависи само од материјалног извршења дела, него и од свести о извршеном делу. Истина је, да је одлука вештака о делу потпуно ништавна у погледу правном, јер они не врше никакву судску власт.

Ипак нам изгледа да је квалификација „помоћник Правде“ довољна да дефинише улогу вештака у судским истрагама. Само би тада реч „помоћник“ требало схватити у ширем смислу. Вештаци-помоћници

помагали би тако судским чиновницима у њиховом техничком и научном знању, да би попунили празнине сваке врсте не само у знању истражног судије, него такође и у знању судија које ће донети пресуду.

Као што је већ напред речено, питања која су стављена на оцену једног вештака и чињенице које он има да констатује, могу бити врло различите. Отуд следује да судија мора да се обрати, ради испуњења своје мисије, људима који врше занате и вештине врло различне.

Тако кад се буде радило о томе, да се утврде узроци смрти једне индивидуе, биће позван судски лекар, а кад треба одредити прелом једне ствари, лекар неће бити ни од какве помоћи судији, док ће један обичан занатлија моћи потпуно да објасни ствар.

Међутим, нарочито у кривичним вештачењима, просто констатовање једне чињенице је врло често недовољно, да би се могао извести закључак о идентичности извршиоца кривичног дела или механизма којим је ово извршено, које констатовање, у већини случајева, један прост столар није способен да учини. Тада судија, коме припада избор вештака треба да буде врло обазрив и да тражи помоћи само од људи који су признати за способне, да потпуно изврше своју задаћу и који су, што се по себи разуме, апсолутно незаинтересовани.

Један француски министарски распис од 30. септембра 1826. г. вели сасвим оправдано у погледу тога: „Чиновници нису довољно пажљиви, колико би требало да буду, у избору вештака, којима имају да се помогну, да би констатовали природу кривичног дела. Ту обазривост нарочито изискују операције судске медицине. Оне су често тешке и деликатне и имају велики утицај на пресуђивање најозбиљнијих ствари. То је двојаки мотив, да се оне поверавају само стручним људима, вичним и способним да их добро изврше. Заблуде и грешке, које се учине у случају каквог кривичног дела, су врло често непоправиве а и кад би при свем том било могуће да се отпочне изнова, са успехом, да се поправи то што је у почетку било рђаво учињено, увек би отуд произашао вишак трошкова, који би били избегнути једним пажљивијим избором.“

Судски вештак треба да буде једно лице, које има неоспорив ауторитет да реши питања која му се дају, и код којег су непристрасност и поштење ван сваке сумње.

Ако је лако наћи људе који испуњавају други услов, често је врло тешко, нарочито у области Кривичног Права, имати на расположењу људе са неоспоривим знањем и који могу до краја да испуне постављени им задатак. То је с тога што у већини случајева, та задаћа

изискује специјална знања, врло различита од оних која се обично стичу у стручном образовању. Тиме се, пак, не вели да се ту не ради о науци, него баш на против; али је то ипак наука специјалне врсте. То је техничка или примењена наука, за коју се до сада сматрало да је врло споредна. Тако, ради се да се установи идентитет извесног лица. Лекар, са свом својом високом стручном спремом и свим својим знањем, доћи ће само до претпоставки више или мање извесних; само ће специјалист, помоћу модерних метода антропометрије, дактилоскопије, итд, метода врло мало познатих лекарима, моћи да реши питање на један сигуран начин.

Задаћа вештака изискује још и практично знање, ако се може рећи искуство из живота, које, само заједно с техничким методима, може, у већини случајева, да реши питања, која судија, у интересу своје истраге жели да зна. На пр, у једном случају крађе с обијањем нађу се трагови алата, којим је обијање извршено. Какве је врсте тај алат? – гласиће питање постављено вештаку од стране иследника, јер је од великог интереса да се зна врста алата, како би се могао тражити њему сличан приликом претреса код људи на које се сумња. За једног вичног послу вештака није тешко у већини случајева да непосредно, по самим траговима, нађеним на вратима, намештају и др, предметима који су обијени позна врсту алата, којим је учињено обијање. Али се то знање не добија читањем књига; треба да је вршио посматрање „у природи“, треба да је сам радио дрво разним инструментима. У најгорем случају, на прво питање би могао да одговори један вешт столар. Али тако не стоји, као што смо већ горе казали, и с питањем „какав је алат служио за разбијање?“ Ту је потпуно потребно идентификовање помоћу трагова и отисака од алата, које идентификовање изискује употребу прецизирајућих метода, било фотографских, било других, а што може извршити само један специјалиста. На једном другом месту (*R. A. Reiss: Manuel de police scientifique, tome I*) ми смо изнели и објаснили опасност, која прети Правди, што ова поверава ту задаћу лицу, које, услед својих специјалних студија, није спремно за тај посао.

Вештачење лажних докумената и вештачење докумената у опште јесте врло деликатно и треба да га врше само специјалисте.

Може да се помисли, да је сваки хемичар у стању да реши питање фалсификовања, кад год се ради о томе, да се утврди природа једног мастила, хартије, итд. Заиста, хемичар може да утврди, ако се тако може рећи, основну природу једне чињенице. Он ће констатовати, да је овај део документа писан једним мастилом, онај други, пак,

другим, или ће наћи помоћу реакција, да су сви делови документа у питању писани истим мастилом. Да ли је он тим констатацијама решио питање? Не. У већини случајева питање да ли је документ фалсификован или не, остаје недирнуто. Тако, у првом случају, може се радити, на пр, о превлачењу учињеном без намере да се изврши обмана, једним другим пером, које је напуњено другим мастилом (*plume-reservoir*); у другом случају, пак, мастила могу бити иста, а ипак да су из две разне мастионице. Да би се та питања решила потребна су пракса и методи својствени специјалистима. Шта више, код фалсификата и вештачења докумената у опште, на сваком кораку се срећу ствари, где чисто хемијска знања не служе ничему или бар готово ничему. Такав је случај, на пример, са вештачњем лажних банкнота и тражењем оних који су их начинили, где се изискује једна савршена фотографска техника и једно дубље познавање метода импрегнирања, које познавање готово нико од хемичара нема.

Није, дакле, за препоруку да се једном обичном хемичару, ма како он био добар, повери таква задаћа. Ми ћемо ићи још и даље, кад кажемо да је, у многим случајевима, директно опасно за Правду да се тако ради, јер нам је сопствено искуство показало да хемичари могу у извесним околностима доћи до истинитих резултата, али да им недостатак специалног образовања и њихова невештина чине да извуку закључке, који су потпуно супротни истини.

Претходним излагањем ми никако нисмо хтели да кажемо, да вештак специјалиста може да занемари хемијска знања. Не. Та су знања неопходна, али она треба да буду допуњена другим, које често нема велике везе с хемијом. Најбоља школа за вештака специјалисту је, за почетак, учење хемије праћено другим гранама, као фотографијом, типографијом, кривичним правом, итд. Судски вештак, ако хоће да се усаврши колико је год могуће, треба да се посвети искључиво судском вештачењу, а не да практикује кад му се укаже прилика или чак као аматер, што је данас врло често. У интересу је Правде, да задаћа вештака, нарочито вештака за рукописе, постане једно занимање, као што је с лекарима. По себи се разуме, да се специјалиста у вештачењу докумената може у исто време да се бави и свима другим вештачењима судске полицијске праксе; једном речју, он може да буде вештак научне или техничке полиције, која чини спону између истражне власти и полиције.

Само такво лице, специјалиста спремљен својим студијама, пружаће све гаранције неоспорног ауторитета, које од њега истражни судија има права да захтева.

др Р.А.Рајс, 1921.

(с француског нештампаног текста
превео Љубиша В. Димитријевић)

Филип НОВАКОВИЋ*
Правни факултет
Универзитета у Сарајеву

УДК 351.87(497.6)
DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.42022.7>

Маја МАЦУРА**
Правни факултет
Универзитета у Бањој Луци

ПОЈЕДИНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ
ПРАВОСУЂА У БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОМ
ПРАВУ – НЕПРИЈАВЉИВАЊЕ ПРИПРЕМАЊА
КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА, НЕПРИЈАВЉИВАЊЕ
КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ИЛИ УЧИНИОЦА
И ДАВАЊЕ ЛАЖНОГ ИСКАЗА

Сажетак

Кичму сваке савремене државе представља њен правосудни систем који је прва линија одбране како правног система, тако и модерног друштва које почива на принципу владавине права и правне државе у цјелини. Нити једна људска творевина није савршена, па тако ни правни систем, конкретно онај његов дио који утемељује правосудни систем. Поред тога, ни људи нису савршени. Стуб модерне правне државе темељи се на интегритету правосудног система. Правосудни систем је тај који треба осигурати досљедну, али прије свега једнаку примјену закона за све грађане. Корумпирано и „оштећено“ правосуђе доводи у питање управо те принципе. Ако правосудни систем, који је гарант владавине права, није ту да заштити грађане, они немају у кога да се поуздају. Тако се оправдано поставља питање како осигурати интегритет

* Аутор је дипломирани правник, студент II циклуса студија на Правном факултету Универзитета у Сарајеву и на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци. Електронска адреса аутора: filipnovakovic.iur@gmail.com.

** Ауторка је студенткиња II године основних академских студија права на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци. Електронска адреса ауторке: majamacura@student.pf.unibl.org.

несавршеног система који воде несавршена бића? Одговор на ово питање ћемо покушати пронаћи у редовима који слиједе.

Кључне ријечи: кривично дјело, правосуђе, исказ, учинилац, кривично право – посебни дио.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Правосуђе представља посебну и самосталну функцију, заправо грану државне власти која у савременим демократским друштвима припада народу. Вршење те функције, односно правосудне власти, повјерено је посебним органима – судовима, тужилаштвима, правобранилаштвима и другим тијелима. Функција правосуђа обухвата вршење „три основне групе послова који имају посебан друштвено-политички значај“¹. Наиме, на првом мјесту ради се о функцији рјешавања спорова грађанског или трговачког (привредног) карактера, затим спорова из радних односа, те рјешавања питања непоштивања закона од стране других државних органа, и томе слично. Управо због тога, правосуђу се поклања посебна пажња у погледу правне заштите путем кривичног права.

Постоји мноштво дјелатности криминогеног карактера којима се може омести рад правосудних органа, којима се може урушити интегритет правосудног система. Те дјелатности, поред тога што онемогуђују нормално, правилно и законито функционисање једне гране државне власти, имају за циљ наружити повјерење које грађани имају у своје правосуђе. Настаје правна несигурност, а најчаснија правничка занимања губе свој дигнитет. Због тога је законодавац одлучио да пружи кривичноправну заштиту правосудном систему прописивањем кривичних дјела којима се отежава или онемогуђава рад правосудних органа. Како је број људских понашања и дјелатности, којима се испуњава овај друштвено неприхватљиви циљ, растао, истакла се потреба за наглашавањем колико су исте дјелатности друштвено опасне. С тим у вези, законодавац је одлучио извојити кривична дјела против правосуђа у посебну групу и тиме им дао нарочити значај.²

Овај ће се рад састојати из неколико дијелова. Прво ћемо расправити основна или општа обиљежја кривичних дјела против правосуђа,

¹ Никола Срзентић, Александар Стајић, *Кривично право, Општи и посебни део, Шесто издање*, Завод за издавање уџбеника, Сарајево, 1970, стр. 396.

² Вид. Митар Кокољ, *Кривично право, Посебни дио*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 1980, стр. 193-194.

како бисмо затим прешли на теоријска појашњења неких нама интересантних кривична дјела. Употребом догматско-нормативног метода на различитим мјестима у раду, покушат ћемо пронаћи право значење правних норми које ћемо анализирати, при чему не смијемо заборавити врсте тумачења које су нераскидиво везане за овај метод у праву: језичко, системско, историјско и телеолошко. Како је Босна и Херцеговина сложена држава са извјесном подјелом законодавне надлежности, у раду ће своје мјесто пронаћи и упоредноправни метод, уз помоћ ког ћемо посматрати релевантне норме кривичних закона из поредбене перспективе.

2. ОПШТА (ОСНОВНА) ОБИЉЕЖЈА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА ПРОТИВ ПРАВОСУЂА

Прописивањем кривичних дјела против правосуђа законодавац је желио да заштити правосуђе, односно несметано и правилно функционисање правосудног система. У уводу смо већ истакли да правосудни систем и правосудни орган сваке државе имају велики значај. Њихово нормално функционисање условљава успостављање правног поретка у цјелини и остваривања неких од темељних принципа савременог демократског друштва – начела владавине права, правне државе, правичног и законитог поступања према грађанима. Правилно функционисање правосудног система грађанима улијева повјерење у цјелокупни правни систем. Даје им до знања да ће сви „бити једнаки пред законом у својим правима и обавезама“³. Предмет заштите ове групе кривичних дјела можемо посматрати двојако. Прво, као предмет заштите можемо уочити правосудни систем у цјелини, његов интегритет, те његово нормално и правилно функционисање. Ово уочавамо у интенцији законодавца инкриминисањем одређених понашања као кривичних дјела *против* правосуђа. Законодавац је кривичноправним системом желио пружити заштиту правосуђу као једном од стубова правне државе (али је истовремено држава жељела заштитити своје органе и свој државно-правни систем чији је правосуђе саставни дио).⁴ Друго, као предмет заштите, што је тумачење новије теорије, јесте *право* грађана да буду једнаки пред законом, да се према њима једнако поступа, да имају приступ правосудним органима, да уживају правну

³ Недељко Станковић, *Кривично право, Посебни дио, Европски универзитет Брчко Дистрикт, Брчко, 2017, стр. 129.*

⁴ Вид. шире: Фрањо Бачић, Шиме Павловић, *Казнено право, Посебни дио, Загреб, 2001, стр. 403.*

заштиту и друго. Ако се држимо тога да се кривичним правом штите најзначајније вриједности једне друштвене заједнице, онда је логичан закључак да је прави предмет заштите ове групе кривичних дјела управо ово друго – дакле, људска права и основне слободе као највише вриједности савременог друштва. Тиме долазимо до тога да се у теорији кривичног права дешава „тиха (р)еволуција“, односно долази до сучељавања традиционалног и модерног, конзервативне и либералне теорије. Но, ми ћемо у овом излагању узети компромисно рјешење. И један и други предмет заштите су међузависни. Тако ћемо под предметом заштите подразумевати и интегритет правосудног система у цјелини и људска права и основне слободе које зависе од правилног и законитог функционисања тог система.

Појам правосуђа можемо посматрати у *ужем* и у *ширем* смислу. У првом случају, под правосуђем у *ужем* смислу подразумевамо све судове свих врста на територији једног суверенитета. У другом случају, правосуђе у *ширем* смислу представља скуп свих правосудних институција једне државе – и судове, и тужилаштва, правобранилаштва, прекршајне, полицијске и друге органе. Нормално и правилно функционисање правосуђа је од значаја ради очувања уставно-правног поретка и сигурности земље, али и пружања адекватне заштите људским правима и основним слободама. У остваривању те гарантивне и протективне функције, органима правосудног система је повјерен низ различитих послова: рјешавање спорова у грађанским и трговачким стварима који настају између разних субјеката, рјешавање спорних питања из радних односа, одлучивање о законитости појединих аката донесених од стране других државних органа, одлучивање да ли су други државни органи повриједили уставно-правни систем или уставом предвиђена грађанска и људска права и слободе, одлучивање о сукобу надлежности и многа друга питања. Дакле, од законитог, ефикасног и благовременог остваривања правосудних функција зависи и нормално функционисање друштвених и правних односа и њихово нормално функционисање унутар правног система.⁵ Из овога извлачимо и *ratio legis* инкриминације појединих понашања. Надаље, уз нормално и правилно одвијање функције кривичног гоњења и суђења, овим се кривичним дјелима, према мишљењу Петровића и

⁵ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично право II, Кривично право – Посебни дио*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2005, стр. 115.

Јовашевића, штити и „самосталност, као и законитост у раду судова и других органа правосуђа“⁶.

Правилно и законито вршење правосудних функција може бити угрожено како дјеловањем вањских фактора, тако и дјеловањем самих носилаца правосудних функција, дјелатника у правосудном систему и других службених лица. Из овога видимо да учиниоци неких кривичних дјела из ове групе могу бити сва лица (дакле, ради се о *delicta communis omnium*), док се код неких захтјевају посебна својства учинилаца (примјерице, овлаштено или службено лице, судија, тужилац, записничар, вјештак, свједок и друга). Код кривичних дјела из ове групе умишљај (*dolus*) је редовни облик кривице (и то по правилу директни умишљај – *dolus directus*). Законодавац је код неких кривичних дјела из ове групе предвидио и посебне, личне основе искључења кажњивости за одређени круг лица која се појављују као учиниоци дјела, односно лица која имају одређена својства (нпр. супружник, родитељ, брат или сестра, љекар, вјерски исповједник, бранитељ, усвојитељ или усвојеник, и томе слично).

Кривична дјела која припадају групи кривичних дјела против правосуђа можемо класификовати (унутрашња класификација) у три подгрупе: (1) кривична дјела којима се онемогућава вршење функције правосуђа (нпр. непријављивање припремања кривичног дјела, непријављивање кривичног дјела или учиниоца дјела, помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дјела, и друга); (2) кривична дјела ометања вршења функције правосуђа (нпр. лажно пријављивање, давање лажног исказа, ометање рада правосуђа, и друга), и (3) кривична дјела против одлука правосудних органа (неизвршавање судске одлуке, побуна лица лишених слободе, бјекство лица лишеног слободе, и друга дјела).⁷ Дакле, кривично законодавство поред заштите правилног и законитог функционисања правосудних органа, као и њихове самосталности, штити и одлуке правосудних органа, а тиме посредно и њихов ауторитет, односно укупно ауторитет правосуђа једне земље. Ово је од великог значаја за правну сигурност и повјерење грађана у правосудни систем.

С обзиром на подјелу надлежности у регулацији материјалног кривичног права у Босни и Херцеговини, постоје четири кривична закона која у себи садрже одредбе о овим противправним понашањима.

⁶ Исто.

⁷ Вид. Љубисав Ђ. Нешић, *Кривично право, Општи и посебни део, Друго проширено и допуњено издање*, Младост, Београд, 1995, стр. 396-397.

На државном нивоу постоји Кривични закон Босне и Херцеговине⁸ који кривична дјела против правосуђа класификује у своју XX (двадесету) главу. На нивоу ентитета ова кривична дјела су регулисана у глави XXIX (двадесет и деветој) Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине,⁹ те у глави XXVI (двадесет и шестој) Кривичног законика Републике Српске.¹⁰ Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине ужива законодавну аутономију, те је у свом Кривичном закону¹¹ кривична дјела против правосуђа поставио у XXIX (двадесет и деветој) глави. Предмет наше даље анализе ће бити само поједина кривична дјела из ове групе, и то: непријављивање припремања кривичног дјела (чл. 344 КЗ ФБиХ, 331 КЗ РС и 338 КЗ БД БиХ); непријављивање кривичног дјела или учиниоца дјела (чл. 230 КЗ БиХ, 345 КЗ ФБиХ, 332 КЗ РС и 339 КЗ БД БиХ), и давање лажног исказа (чл. 235 КЗ БиХ, 348 КЗ ФБиХ, 335 КЗ РС и 342 КЗ БД БиХ).

3. ПОЈЕДИНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

3.1. Непријављивање припремања кривичног дјела

Кривично дјело непријављивање припремања кривичног дјела (чл. 344 КЗ ФБиХ, 331 КЗ РС и 338 КЗ БД БиХ) чини онај ко зна да се припрема извршење кривичног дјела за које се по закону може изрећи казна затвора од три, односно пет година или тежа казна, у времену када је било могуће спријечити извршење тог дјела, он то не пријави, а дјело буде покушано или извршено (став 1 сва три поменута члана закона). Дакле, ради се кривичном дјелу чији учинилац може бити било ко (*delicta communis omnium*, не траже се нека битна својства учиниоца), заправо онај који има сазнања да се припрема извршење одређеног кривичног дјела. Додуше, законодавац је овдје направио једно ограничење, односно поставио је три услова која морају бити

⁸ Кривични закон Босне и Херцеговине – КЗ БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 и 46/2021.

⁹ Кривични закон Босне и Херцеговине – КЗ БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 и 46/2021. Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине – КЗ ФБиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017.

¹⁰ Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/2017, 104/2018 – одлука Уставног суда, 15/2021 и 89/2021.

¹¹ Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 19/2022 – пречишћени текст.

задовољена како би се радило о извршењу овог кривичног дјела. Први (објекативни) услов односи се на висину казне припреманог кривичног дјела, те она износи три (у ФБиХ и БД БиХ), односно пет година (у Републици Српској), или је прописана тежа казна. Други (објекативни) услов је да припремање дјела није пријављено у времену када се оно могло спријечити. И посљедњи, трећи услов (субјективног карактера), односи се на покушај, односно извршење припреманог кривичног дјела. Посебан услов односи се на *знање* учиниоца дјела. Он не може да сумња или да претпоставља, он мора да *зна* да се припрема извршење кривичног дјела теже природе.¹² Тумачећи ову законску одредбу у сва три кривична закона, можемо закључити да је законодавац ове услове поставио кумулативно. Поред тога, морамо напоменути да је законодавац искључио лаки (тзв. багателни) и средњи (тешки) криминалитет тиме што је поставио границу кажњивости дјела. За овај, основни облик дјела предвиђена је казна затвора до једне године (у ФБиХ и БД БиХ), односно новчана казна или казна затвора до једне године (у Републици Српској). Објекат заштите овог кривичног дјела је правосудна функција откривања кривичних дјела и њихових учинилаца. Обавеза подношења пријаве у смислу овог кривичног дјела „постоји од момента када је учинилац сазнао да се припрема извршење кривичног дјела, а било је могуће да се о томе обавјесте надлежни органи“¹³. Обавеза пријаве односи се на подношење пријаве, усмено или писмено, изравно или преко трећег лица, надлежном органу за кривично гоњење. Радња извршења састоји се у нечињењу, односно у непријављивању припремања кривичног дјела. Облик виности је увијек умишљај (и то директни умишљај).

Ентитески законодавци и законодавац Брчко Дистрикта су предвидјели и тежи облик дјела који се односи на непријављивање припремања кривичног дјела за које се по закону може изрећи казна дуготрајног (у ФБиХ и БД БиХ), односно доживотног затвора (у Републици Српској). У овом случају, учинилац дјела ће бити кажњен казном затвора од шест мјесеци до пет година (у ФБиХ, члан 344 став 2 и БД БиХ, члан 338 став 2), односно новчаном казном или казном затвора до три године (у Републици Српској, члан 331 став 2). Рјешење које је

¹² Никола Срзентић, Александар Стајић, *Кривично право, Општи и посебни део, Шесто издање*, нав. дјело, стр. 398; Фрањо Бачић, Шиме Павловић, *Казнено право, Посебни дио*, нав. дјело, стр. 404-405.

¹³ Илија Симић, Милић Петровић, *Кривични закон Републике Србије, Практична примена, Шесто, измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2002, стр. 235.

усвојио законодавац у Републици Српској је помало необично (и збуњујуће) у односу на Федерацију БиХ и Брчко Дистрикт. Наиме, очекивало би се да кривична дјела за која је предвиђена казна доживотног затвора у Републици Српској имају значајно виши степен друштвене опасности и штетности и простом логиком је за очекивати да се за непријављивање кривичних дјела код којих је као санкција предвиђен доживотни затвор (наравно, увијек алтернативно са казном затвора) казна знатно строжија.

Посебном одредбом КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ (члан 344 став 3 и члан 338 став 3) *искључено* је *кажњавање* брачног друга учиниоца дјела, лица са којим живи у ванбрачној заједници, крвног рођака у правој линији неограничено (дакле, родитељи, дјеца, и други) и сродника по побочној линији до другог кољена (браћа и сестре), усвојеника и усвојиоца, те брачних другова свих претходно побројаних лица или лица са којима се налазе у ванбрачној заједници, као и посебних категорија лица који због својих својстава и односа према учиниоцу дјела не могу бити кажњени (вјерски службеник, лекар или бранитељ). То је и криминално-политички оправдано. Међутим, сматрамо да је рјешење садржано у члану 331 став 3 КЗ РС далеко боље. Наиме, овом посебном одредбом за све горепоменуте категорије лица *искључено* је *постојање кривичног дјела*. Дакле, док је Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту искључена *кажњивост*, у Републици Српској је искључена *противправност* дјела. Поред тога, у посебној одредби, КЗ РС (члан 331 став 4) предвиђа и да ће се блаже казнити лице које припада некој од поменутих категорија, ако заједно са учиниоцем припрема извршење дјела. Дакле, овом се одредбом не искључује противправност нити кажњивост дјела, него се предвиђа блаже кажњавање. Овакве одредбе нема у КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ. Државни кривични закон уопште не познаје ово кривично дјело.

3.2. Непријављивање кривичног дјела или учиниоца

Пријављивање кривичних дјела, односно њихових учинилаца дорпиноси томе да органи правосудног система изврше своје функције у погледу кривичног гоњења, суђења и изрицања кривичних санкција. У одређеним случајевима пријављивање кривичног дјела или учиниоца је законска обавеза.¹⁴ Кривично дјело непријављивање кривичног

¹⁴ Недељко Станковић, *Кривично право, Посебни дио*, нав. дјело, стр. 130 и Бачић, Павловић, *Казнено право, Посебни дио*, нав. дјело, стр. 407.

дјела или учиниоца (чл. 230 КЗ БиХ, 345 КЗ ФБиХ, 332 КЗ РС и 339 КЗ БД БиХ) чини онај ко зна за учиниоца кривичног дјела за које се може изрећи казна дуготрајног затвора, или ко само зна да је такво дјело учињено, а то не пријави, иако од такве пријаве зависи откривање кривичног дјела или учиниоца дјела (став 1 чл. 230 КЗ БиХ, 345 КЗ ФБиХ и 339 КЗ БД БиХ). У КЗ РС ова одредба је нешто другачија. Наиме, први облик дјела чини онај ко зна за учиниоца кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора од десет година или доживотног затвора, или само зна да је такво дјело учињено, па то не пријави прије него ли су то кривично дјело или учинилац дјела откривени (члан 332 став 1). Ово кривично дјело има неколико облика.

Дакле, да би неко могао бити кажњен за први облик дјела морају бити испуњена кумулативно три сљедећа услова: (1) мора бити у питању кривично дјело за које се може изрећи казна дуготрајног затвора, односно казна затвора од 10 година или казна доживотног затвора (први објективни услов); (2) да постоји сазнање да је такво дјело учињено или да се зна ко је учинилац таквог дјела (субјективни услов), и (3) да од пријаве зависи благовремено откривање извршења тог дјела или учиниоца дјела (други објективни услов). Увиђамо да је конструкција коју је искористио законодавац у Републици Српској помало незграпна. Наиме, КЗ РС предвиђа да се ради о кривичном дјелу за које се може изрећи казна затвора од 10 година или доживотни затвор. Овдје уочавамо један проблем, односно намеће нам се једно питање. Да ли је законодавац у конкретном случају имао намјеру да ограничи „каталог“ кривичних дјела на она за која је предвиђена затворска казна од тачно 10 година или је пак имао интенцију да уврсти сва кривична дјела за која је предвиђена затворска казна од најмање 10 година, што би имало више смисла. За основни облик дјела предвиђена је новчана казна или казна затвора до три године (према свим кривичним законима у БиХ).

Објекат заштите овог кривичног дјела јесте правилно функционисање правосуђа у погледу откривања кривичних дјела и санкционисања њихових учинилаца. Радња извршења се огледа у нечињењу, односно непријављивању кривичног дјела или учиниоца дјела. Пријављивање би у смислу ове одредбе значило подношење писмене или усмене пријаве, непосредно или преко друге особе органима гоњења.¹⁵

¹⁵ Обавеза пријаве постоји од момента сазнања за кривично дјело или учиниоца, па до њихова откривања од стране надлежних органа. Наравно, уколико су постојале објективне препреке за испуњење ове обавезе, према стајалишту кривичноправне теорије, нема овог

Дјело се има сматрати довршеним неподношењем пријаве о кривичном дјелу или учиниоцу по сазнању надлежних органа за то кривичног дјело или учиниоца. Извршилац дјела може бити свако лице, а облик виности је умишљај.

Други облик дјела (који је скоро идентичан у сва четири кривична закона) настаје када службено или одговорно лице (свјесно) пропусти да пријави кривично дјело за које је сазнало у току вршења своје дужности, ако се за то кривично дјело може изрећи казна од пет година затвора или тежа казна, а то дјело се гони по службеној дужности (*ex officio*). За постојање овог облика дјела мора бити испуњено неколико услова: (1) да се за то кривично дјело може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна (први објективни услов); (2) лице је сазнало за извршење дјела у току вршења своје службене дужности (други објективни услов), и (3) лице мора (свјесно) пропустити пријавити кривично дјело или учиниоца дјела (субјективни услов). Као посебан услов (заправо, као најзначајнији конститутивни елемент) можемо навести својство службеног или одговорног лица. Сви услови су кумулативно постављени. За овај облик дјела предвиђена је казна затвора од шест мјесеци до пет година (у Републици Српској, члан 332 став 2 КЗ РС), док је у КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ предвиђена казна као за први облик дјела (дакле, новчана казна или казна затвора до три године, међутим, суд ће ово својство учиниоца дјела узети као отежавајућу околности при одмјеравању казне, те исту одмјерити ближе општем, односно посебном максимуму). У погледу облика виности, потребан је (директни) умишљај.

Посебном одредбом КЗ РС (члан 332 став 3) предвиђено је искључење овог кривичног дјела за сљедеће категорије лица: брачни друг или ванбрачни партнер, сродник по крви у правој линији, брат, сестра, увојеник и усвојилац, те брачни друг неког од поменутих лица или ванбрачни партнер, као и бранитељ и вјерски исповједник учиниоца дјела. С друге стране, одредбе КЗ БиХ (члан 230 став 3) предвиђају, поред претходно побројаних лица и љекара, као и КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ (члан 345 став 3 и члан 339 став 3). Међутим, КЗ БиХ и КЗ БД БиХ у посебној одредби (садржаној у члану 345 став 4, односно члану 339 став 4), предвиђају кажњавање доктора медицине, доктора

кривичног дјела. Међутим, уколико су препреке уклоњене прије него ли је кривично дјело (или учинилац) откривено, обавеза пријављивања постоје све до тренутка откривања дјела или учиниоца, односно до наступања застарјелости (вид. Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично право II, Кривично право – Посебни дио*, нав. дјело, стр. 117).

стоматологије, бабицу, здравственог дјелатника, психолога, јавног билежника (нотара) и дјелатника органа социјалне заштите, уколико се ради о кривичном дјелу које је учињено према малољетнику.

3.3. Давање лажног исказа

Искази, односно изнијете тврдње, у поступцима у којима се одлучује о грађанским правима и обавезама или о основаности кривичне оптужбе заузимају значајно мјесто. Исказ у судском, управном, прекршајном или дисциплинском поступку могу дати странке, свјedoци, вјештаци, преводитељи, тумачи и друга лица која на неки начин могу помоћи да се расвијетли спорна ствар. Неријетко се дешава да управо исказ неког од учесника у поступку превагне и буде одлучујућа компонента у формирању одлуке надлежног органа, али се исто тако дешава да се из егоистичних мотива управо и да лажни исказ пред органом који одлучује. Лажне изјаве и тврдње доводе у заблуду орган, што за своју посљедицу може имати формирање погрешног закључка и доношење неправилне одлуке.¹⁶ Тиме кривично дјело давање лажног исказа (чл. 235 КЗ БиХ, 348 КЗ ФБиХ, 335 КЗ РС и 342 КЗ БД БиХ) има заслужено мјесто у групи кривичних дјела против правосуђа. Према домаћем праву, ово кривично дјело чини онај ко у одређеном законом уређеном (грађанском, управном, кривичном, прекршајном и другом) поступку да лажни исказ. У томе се огледа суштина овог кривичног дјела. Ово кривично дјело је идентично (са мањим одступањима код кривичне санкције, на шта ћемо скренути пажњу) у сва четири кривична закона у Босни и Херцеговини.

Објекат заштите овог кривичног дјела јесте истина на којој се заснива доношење одлуке у судском или другом законом уређеном поступку који се води пред надлежним органима. На истинитости и правној ваљаности одлука надлежних органа (судова, органа управе и других), почива њихов ауторитет и поштовање самих одлука приликом њиховог провођења у друштвену стварност, односно у стварни живот.¹⁷ Као што смо већ напоменули, давање лажног исказа може за

¹⁶ Вид. Недељко Станковић, *Кривично право, Посебни дио*, нав. дјело, стр. 135, Илија Симић, Милић Петровић, *Кривични закон Републике Србије, Практична примена, Шесто, измењено и допуњено издање*, нав. дјело, стр. 242; Фрањо Бачић, Шиме Павловић, *Казнено право, Посебни дио*, нав. дјело, стр. 415-418.

¹⁷ Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично право II, Кривично право – Посебни дио*, нав. дјело, стр. 125-126.

своју посљедицу имати доношење неправилне и неправичне одлуке, што даље може довести до урушавања повјерења у правни систем.

Ово кривично дјело има три (основна) облика испољавања: (1) давање лажног исказа од стране свједока, вјештака, преводитеља или тумача у судском, прекршајном, управном или дисциплинском поступку или у другом законом прописаном поступку; (2) давање лажног исказа од стране странке у парничном (судском) или управном поступку, и (3) давање лажног исказа у кривичном поступку.

Радња извршења првог облика дјела се огледа у давању лажног исказа, односно давању изјаве или саопштења о постојању или непостојању одређених чињеница значајних за доношење одлуке пред надлежних органом. У принципу, давање лажног исказа представља тврђење које не одговара стварности, односно тврђење да нека чињеница постоји, односно не постоји. Исказ може бити лажан у цјелини или дјелимично, дакле по питању свих или само неких чињеница. Давање лажног исказа се, у правилу, врши чињењем. У збиљи није могуће, или је јако тешко, ово кривично дјело извршити шутњом. Могуће је само прешутјети одређене чињенице, односно „испустити“ поједине, мање или више, важне информације, тако да орган који одлучује добије непотпуну или чак погрешну слику о одређеном догађају или збивању.¹⁸ Лажни исказ може бити дат и у писменој форми (нпр. форми поднеска или у случају глухонијемог лица). Лажни исказ, код првог облика дјела, према законском тексту, могу дати: (1) свједок; (2) вјештак; (3) преводитељ, и (4) тумач. Свједок је, у смислу одредби сва четири кривична закона, лице које даје исказ пред надлежним органом о ономе што је својим личним опажањем сазнао, или што је сазнао преко других лица.¹⁹ Вјештак је лице које на основу свог стручног знања и умијећа даје стручни налаз и мишљење о одређеним чињеницама коју су релевантне за разрјешење главне ствари. Он својим налазом презентује утврђено чињенично стање на предмету вјештачења, а мишљење је закључивање о постојању или непостојању одређених чињеница, веза или битног односа о спорној, односно главној ствари. Преводитељ је лице које исказ другог лица (свједока, вјештака) преводи са матичног језика тог лица на језик суда и обрнуто. Напослијетку, тумач је

¹⁸ Исто, 126.

¹⁹ Постоји више врста свједока: свједок очевидац, свједок по чувењу, свједок под пријетњом, заштићени свједок, законски свједок, угрожени свједок... Но, то за почињење овог кривичног дјела није од значаја.

лице које излаже садржину изјаве лица која се у говору служи симболикама.²⁰ Лажни исказ треба бити дат у једном у закону одређеном поступку који се води пред надлежним органом: прекршајном, судском, дисциплинском или управном. Наравно, овдје намјерно искључујемо „кривични“ суд, из разлога што то представља посебан облик дјела. Лажни се исказ треба односити на неке чињенице од значаја за спорну ствар, односно за проблем који је предмет поступка.²¹

Дакле, конститутивни елементи првог (основног) облика дјела су: (1) да је лажни исказ дат од стране свједока, вјештака, преводитеља или тумача; (2) да је лажни исказ дат у судском, управном, прекршајном или дисциплинском поступку, и (3) да се лажни исказ односи на неке чињенице или околности које су релевантне за разрешење спорног питања. Кривично дјело имамо сматрати довршеним самим давањем лажног исказа. Тај моменат представља тренутак када је свједок дао усмени или потписао лажни исказ, односно када је вјештак прочитао или изложио налаз и мишљење, а преводитељ и тумач када су завршили са превођењем. Да ли је исказ који је дат лажан, односно неистинит, може се утврдити тек по оцјени свег доказног материјала. У погледу облика виности, ово кривично дјело може бити учињено само са умишљајем. Према КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ за први облик дјела предвиђена је новчана казна или казна затвора до три године (члан 235 став 1, 348 став 1 и 342 став 1), док је према КЗ РС (члан 335 став 1) за овај облик дјела предвиђена новчана казна или казна затвора до двије године.²²

Други облик дјела постоји у ситуацији када лажни исказ да, приликом извођења доказа, странка у парничном, односно судском или управном поступку, а на том исказу буде заснована одлука донесена у том поступку. Дакле, значајни елементи овог облика дјела јесу да то је тврђење, односно тај исказ имао утицаја на предмет који се рјешава у судском или управном поступку,²³ те да је исказ дат у доказном поступку приликом саслушања странке. У судском (парничном)

²⁰ Вид. шире: Миодраг Н. Симовић, Владимир М. Симовић, *Кривично процесно право, Увод и општи дио, Четврто издање (измијењено и допуњено)*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, Бихаћ, 2016, стр. 421-422 и 465-467; Борислав Петровић, Драган Јовашевић, *Кривично право II, Кривично право – Посебни дио*, нав. дјело, стр 126-127.

²¹ Вид. шире: Јован Благојевић, „Кривично дело давања лажног исказа“, *Теме*, 39(3)/2015, стр. 1013-1027.

²² Вид. Недељко Станковић, *Кривично право, Посебни дио*, нав. дјело, стр. 135.

²³ Вид. Никола Срзентић, Александар Стајић, *Кривично право, Општи и посебни дио, Шесто издање*, нав. дјело, стр. 398-399.

поступку то су тужилац и тужени, док је у управном поступку то само лице о чијим се правима и обавезама одлучује. Кривично дјело ће постојати уколико су кумулативно испуњени управо ти услови. Према томе, ако је исказ дат изван доказног поступка или није имао утицаја на коначну одлуку надлежног органа, онда нема кривичног дјела. Учиниолац овог дјела може бити само странка у поступку, а у погледу облика виности, потребан је умишљај. За овај облик дјела предвиђена је казна као и за први облик дјела, дакле, новчана казна или казна затвора до три године (у ФБиХ и БД БиХ), односно новчана казна или казна затвора до двије године (у Републици Српској).

Давање лажног исказа у кривичном поступку представља трећи облик овог кривичног дјела. Он ће постојати када је лажни исказ дат у кривичном поступку. Лажни исказ могу дати сви учесници у поступку, изузев осумњиченог, односно оптуженог. На њега се ово дјело не односи. Њему је процесни закон дао „право на лаж“. Његово кажњавање за ово дјело било би противно његовом праву на одбрану.²⁴ Давање лажног исказа у кривичном поступку може бити учињено у било коме стадијуму или било којој фази поступка (нпр. претходном поступку, током главне расправе, поступку по правним лијековима, и тако даље). Радња извршења односи се на само давања лажног исказа. Учиниолац дјела може бити било које лице (изузев осумњиченог, односно оптуженог). За овај облик дјела предвиђена је казна затвора од шест мјесеци до пет година (у сва четири кривична закона).

Законодавац је предвидио и квалификовани облик дјела, који настаје уколико су усљед лажног исказа који је дат пред „кривичним“ судом, односно у кривичном поступку, наступиле особито тешке последице за осумњиченог, односно оптуженог. Шта заправо представљају те „особито тешке последице“ је фактичко питање које се цијени у сваком појединачном случају. То, примјерице, може бити осуђујућа пресуда на казну затвора за невино лице или је лице које је проглашено кривим осуђено на строжију казну у односу на ону коју би стварно требало добити. За овај облик дјела предвиђена је казна затвора од једне до десет година према КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ, а према КЗ РС предвиђена је казна затвора од једне до осам година.

Посебном одредбом је предвиђено да ће се лице које добровољно повуче свој раније дати лажни исказ прије него што се донесе коначна

²⁴ Вид. шире: Миодраг Н. Симовић, Владимир М. Симовић, *Кривично процесно право, Увод и општи дио, Четврто издање (измијењено и допуњено)*, нав. дјело, стр. 193-205.

одлука блаже казнити, односно да ће се казнити новчаном казном или казном затвора до шест мјесеци, али се може и ослободити од казне у потпуности (члан 235 став 5 КЗ БиХ, члан 348 став 5 КЗ ФБиХ и 342 став 5 КЗ БД БиХ). У Републици Српској, ако лице добровољно (својом одлуком) повуче свој раније дати лажни исказ прије доношења одлуке о главној ствари, може се казнити новчаном казном, а може се и потпуно ослободити од казне (члан 335 став 5 КЗ РС).

4. ЗАКЉУЧАК

Стуб сваког система јесте повјерење, а ни са правним, односно правосудним системом није другачија ситуација. Имајући у виду гарантивну функцију кривичног законодавства, као и правну сигурност као један од основних елемената правног поретка, законодавац се одлучио на заштиту једне од најважнијих компоненти правног система, односно правосуђа. Сама правна сигурност у ужем смислу представља стање извјесности примјене правних норми у свим случајевима које оне регулишу. Двије компоненте правне сигурности јесу предвидљивост овлашћења и обавеза утврђених правним нормама и извјесност реализације правним нормама прописаних овлашћења и обавеза. Дакле, неопходна је инкриминација свих људских радњи (било чињења, било нечињења) које би ометале нормално и здраво функционисање правосуђа. Као што је у раду већ напоменуто, нерегуларно функционисање правосудног система би резултовало губитком повјерења становништва.

Кривична дјела против правосуђа обрађена су у сва четири постојећа кривична закона у Босни и Херцеговини, што додатно говори о њиховој важности, будући да су законодавци на свим нивоима (тј. како на државном, тако и на ентитетском) сматрали да су кривична дјела против правосуђа одиста значајна, као и да је правосудни систем заиста објекат вриједан заштите.

Сва четири закона есенцијално предвиђају иста кривична дјела против правосуђа, с тим што се међу њима појављују разлике у обиму казне и начину кажњавања. Примјера ради, поједине казне за давање лажног исказа огледају се у новчаној казни или казни затвора до три године у ФБиХ, док је код законодавства у РС у питању новчана казна или казна затвора до двије године. Оно што је заједничко за сва три кривична дјела обрађена у овом раду јесте виност, односно умишљај. Наиме, извршавају се изричито са умишљајем, односно намјером да

се изврши неки вид ометања нормалног рада правосудног система. Као што је напоменуто, последице ових кривичних дјела негативно се одражавају и на појединце у поступку, али и на правосудни систем у цјелости, што се директно коси како са циљевима кривичног права, тако и са циљевима којима људско друштво у глобалу треба да тежи.

ЛИТЕРАТУРА

Бабић Милош, Марковић Иванка, *Кривично право, Посебни дио*, Универзитет у Бањој Луци – Правни факултет, Бања Лука, 2017.

Бачић Фрањо, Павловић Шиме, *Казнено право, Посебни дио*, Информатор, Загреб, 2001.

Кокољ Митар, *Кривично право, Посебни дио*, Универзитет у Сарајеву – Правни факултет, Сарајево, 1980.

Нешић Љубисав Ђ. *Кривично право, Општи и посебни део, Друго проширено и допуњено издање*, Младост, Београд, 1995.

Петровић Борислав, Јовашевић Драган, *Кривично право II (Кривично право – Посебни дио)*, Универзитет у Сарајеву – Правни факултет, Сарајево, 2005.

Симић Илија, Петровић Милић, *Кривични закон Републике Србије, Практична примена, Шесто, измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2002.

Симовић Миодраг Н., Симовић Владимир М., *Кривично процесно право, Увод и општи дио, Четврто издање (измијењено и допуњено)*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, Бихаћ, 2016.

Срзентић Никола, Стајић Александар, *Кривично право, Општи и посебни део, Шесто издање*, Завод за издавање уџбеника, Сарајево, 1970.

Станковић Недељко, *Кривично право, Посебни дио*, Европски универзитет Брчко Дистрикт, Брчко, 2017.

Благојевић Јован, „Кривично дело давања лажног исказа“, *Теме*, 39(3)/2015: 1013-1027.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Кривични закон Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 и 46/2021.

Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/2017, 104/2018 – одлука Уставног суда, 15/2021 и 89/2021

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017

Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 19/2020 – пречишћени текст.

Filip Novaković

Maја Macura

CERTAIN CRIMINAL OFFENSES AGAINST THE JUDICIARY
IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA – FAILURE
TO REPORT THE PREPARATION OF A CRIMINAL
OFFENSE, FAILURE TO REPORT A CRIMINAL OFFENSE OR
PERPETRATOR AND PROVIDING A FALSE STATEMENT

Resume

The backbone of every modern state is its judicial system, which is the first line of defense of both the legal system and modern society, which rests on the principle of the rule of law and the rule of law as a whole. No human creation is perfect, and neither is the legal system, specifically that part of it that establishes the judicial system. Besides, people are not perfect either. The pillar of the modern rule of law is based on the integrity of the judicial system. It is the judicial system that should ensure consistent, but first of all, equal application of the law for all citizens. A corrupt and „damaged“ judiciary calls these very principles into question. Who will citizens trust if the judicial system, which guarantees the rule of law, is not there to protect them? So the question justifiably arises as to how to ensure the integrity of an imperfect system led by imperfect beings? We will try to find the answer to this question in the following lines.

Keywords: criminal offense, judiciary, testimony, perpetrator, criminal law – special part.

* Рад је примљен 06.12.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак

Предмет рада је институт суспензивног вета председника Републике Србије, као самосталног уставног овлашћења председника да, у уставом одређеном року, врати Народној скупштини изгласани закон на поновно одлучивање, у случајевима одређеним законом. Истиче се онда када председник Републике сматра да је изгласани закон неуставан или нецелисходан и може се посматрати као начин учешћа председника Републике у вршењу законодавне власти и/или као специфичан облик претходне контроле уставности закона. Аутор у раду анализира појам и карактеристике суспензивног вета, развој наведеног овлашћења председника Републике од увођења у уставноправни систем Републике Србије Уставом Србије од 1990. године до данас, као и дејство и домаћај института. Аутор приказује више схватања природе института суспензивног вета и положаја и овлашћења председника Републике.

Кључне речи: суспензивни вето, овлашћења председника Републике, указ о проглашењу закона, контрола уставности, нецелисходност закона, Устав Републике Србије из 1990, Устав Републике Србије из 2006.

* Ауторка је студенткиња четврте године основних академских студија на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса ауторке: isidora.first@gmail.com.

1. УВОД

Институт вета председника државе представља уставноправну категорију својствену савременим демократским системима, засновану на принципима владавине права у ширем смислу, односно поделе власти у ужем.

Вето председника је уставно овлашћење шефа државе које потиче од законодавне санкције монарха који је, као један од чинилаца законодавне власти, имао право законодавног потврђивања. За разлику од монарха, председник републике има право на одбацивање закона (право на вето), односно право на захтев да законодавно тело изнова одлучује о одређеном предлогу закона.²

Вето је у облику овлашћења председника у уставно право први пут уведен америчким уставом из 1787. године,³ који је *par excellence* председнички систем успоставио као „конгресни режим” у којем фактички постоји првенство конгреса над председником, остављајући, међутим, председнику – као непосредно изабраном и једином шефу државе – право вета.⁴

Овлашћење председника да уложи вето се може појавити у форми апсолутног вета, када председник има право да спречи ступање на снагу закона који је изгласан у парламенту те, стога, тако ветирани закон пропада без могућности да произведе правна дејства; и суспензивног вета, у којем случају председник „зауоставља” закон враћајући га скупштини на поновно одлучивање, због чега коначна судбина закона не зависи од председника већ од парламента који самостално одлучује хоће ли поновно изгласати исти законски предлог.⁵ За разлику од суспензивног, апсолутни вето се у савременим уставима ретко јавља.⁶

² Слободан Јовановић, *Држава*, БИГЗ, Београд, 1990, стр. 255.

³ Од 1789. године, на основу Устава Сједињених Америчких Држава, 38 од 45 америчких председника су употребили право на вето у укупно 2,576 случајева. George W. Bush (2001-2009) био је први савремени амерички председник који током целог (првог) мандата није уложио ниједан вето. Вид. *Regular Vetoes and Pocket Vetoes: In Brief, Congressional Research Service*, Internet, <https://crsreports.congress.gov, RS22188, 02/05/2022>.

⁴ Филип Лово, *Велике савремене демократије*, Издавачка књижевница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999, стр. 119.

⁵ На основу члана 113. став 3. Устава Републике Србије, председник је дужан да прогласи поновно изгласани закон. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁶ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 153.

2. ПОЈАМ И ДЕЈСТВО СУСПЕНЗИВНОГ ВЕТА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ

Институт суспензивног вета је самостално овлашћење председника Републике, које свој правни основ налази у уставним одредбама на основу којих председник изражава државно јединство Србије, указом проглашава законе и бира се на непосредним изборима.⁷ Реч је о надлежности председника која се проналази у свим демократским системима која почивају на подели власти. Суспензивни вето се може употребити из разлога неуставности закона или нецелисходности закона,⁸ односи се на све законе,⁹ на законе у целини или само на поједине одредбе закона (тзв. парцијални или селективни вето) и за поновно усвајање ветираниог закона потребна је већина од укупног броја посланика.¹⁰ У уставноправној теорији, овај институт се може тумачити као одбрамбено овлашћење извршне власти у односу на законодавну; као овлашћење председника које је законодавног карактера и које примењује у циљу остваривања адекватне целисходности закона; и као специфично овлашћење председника који има право својеврсне „контроле уставности” и које служи заштити устава и спречавању повреда устава.¹¹ Овлашћење председника да врати изгласани закон се, често, сматра механизмом који је карактеристичан за председнички систем, међутим, право суспензивног вета је суштински приближније парламентарном систему који почива на гипкој подели власти.¹²

У теорији уставног права постоје различита схватања о природи института суспензивног вета, схваћеног у односу на појам института шефа државе као носиоца извршне власти или као носиоца неутралне (четврте) власти. У том смислу, суспензивни вето се може дефинисати као типично овлашћење извршне власти или, пак, специфично овлашћење председника, које има законодавни утицај.¹³ Међутим, с обзиром на то да се председник Републике Србије бира на непосредним

⁷ Чланови 111-114. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁸ Члан 19. Закона о председнику Републике, *Службени гласник РС*, бр. 111/2007.

⁹ Осим изузетка који се односи на закон о којем су се грађани изјаснили на референдуму пре његовог доношења или закон који су грађани потврдили на референдуму. Члан 19. став 2. Закона о председнику Републике, *Службени гласник РС*, бр. 111/2007.

¹⁰ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 154-161.

¹¹ Исто, стр. 155.

¹² Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник”, Београд, 2008, стр. 300.

¹³ Владан Петров, Марко Станковић, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, стр. 279-289.

изборима,¹⁴ не представља извршну власт¹⁵ и „изражава државно јединство Републике Србије”¹⁶ – позитивноправни прописи у Републици Србији суспензивни вето председника не одређују ни као извршно нити као законодавно овлашћење, већ као посебно овлашћење које председник реализује ради заштите уставног поретка.¹⁷

Институт суспензивног вета В. Кутлешић у најширем смислу формулише као „облик учешћа и утицаја извршне власти на рад законодавне власти.”¹⁸ Р. Марковић га описује као „овлашћење непосредно изабраног председника Републике да учествује у вршењу законодавне власти.”¹⁹ М. Пајванчић је става да је суспензивни вето „специфичан инструмент иницирања својеврсне претходне контроле уставности закона, јер управо несагласност закона са Уставом може бити разлог да се он врати на поновно одлучивање.”²⁰ В. Петров га дефинише као „овлашћење председника Републике да у уставом предвиђеном року врати законски предлог усвојен у парламенту на поновно одлучивање, кад сматра да је закон неуставан или нецелисходан, с тим да не може спречити ступање на снагу закона уколико га парламент поново изгласа потребном већином.”²¹ М. Ђорђевић одређује вето као „овлашћење председника републике да недвосмисленом изјавом воље условно ускрати акт промулгације изгласаном предлогу закона који му је достављен на потпис, о чијој ће судбини коначну одлуку потом донети парламент или уставно судство.”²²

Суспензивни вето се, дакле, може посматрати као начин учешћа председника Републике, изабраног непосредним путем, у вршењу законодавне власти чији је носилац скупштина. На тај начин се суспензивни вето види као право шефа државе да својим актима (стављањем вета) спречи ступање на снагу неког закона усвојеног у парламенту. Председник Републике нема право да предлаже законе, његова улога

¹⁴ Члан 114. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

¹⁵ На основу члана 122. Устава Републике Србије, носилац извршне власти је Влада, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

¹⁶ Члан 111. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

¹⁷ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 160.

¹⁸ Vladan Kutlešić, „The Institution of Head of State in the Former Socialist Countries”, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, бр. 1-2/1995, год. 43, стр. 20.

¹⁹ Ратко Марковић, „Моћ и немоћ председника Републике Србије”, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, Београд, 2004, бр. 3-4/2004, год. 52, стр. 336.

²⁰ Marijana Pajvančić, „Dinamičke kompetencije državne vlasti – Osvrt na novi Ustav Republike Srbije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, br. 1-2/2007, год. 41, str. 26.

²¹ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 154.

²² Мирослав Ђ. Ђорђевић, Суспензивни вето председника републике, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2020, резиме.

и утицај на доношење закона испољавају се у поступку након усвајања закона, када, пре доношења указа о проглашењу закона који је усвојила Народна скупштина, има право да тај закон врати скупштини са образложеним захтевом да се о том закону поново одлучује.²³ Такође, суспензивни вето се може третирати и као одређена врста законодавне санкције којом се одлаже одлука о закону коју је донела Народна скупштина, односно као право ометања парламента у вршењу законодавне власти. Председник Републике употребом суспензивног вета зауздава власт парламента тражећи да парламент поново гласа о већ изгласаном закону.²⁴ Ипак, за разлику од законодавне санкције у уставној монархији, суспензивни вето председника државе није апсолутан и његовом применом закон не пропада, већ се његово усвајање одлаже.²⁵

Имајући у виду да председник Републике има овлашћење да уложи суспензивни вето из неколико свеобухватних материјалноправних и процесноправних разлога,²⁶ може се констатовати да суспензивни вето има двојакo заштитно дејство, у односу на устав и на јавни интерес, као и двоструку функцију, контролну и политичку. Дејство суспензивног вета је, са једне стране, превентивно, јер има потенцијал да спречи да неуставни или нецелисходни закон ступи на снагу,²⁷ а са друге стране, репресивно, јер његовом употребом једна власт зауставља другу, у циљу остварења примарних захтева који су у вези са демократским начелима поделе власти.²⁸ „Свако ко има власт је склон да је злоупотреби”, говорио је Монтескје те је, стога, потребно да се власт сваког органа ограничи тако да ниједан орган не врши пуну државну власт.²⁹

3. УСТАВНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ И ОВЛАШЋЕЊА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Уставноправни положај председника Републике уређен је чланом 111. Устава Републике Србије, на основу којег председник Републике

²³ Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, str. 144-148.

²⁴ Ратко Марковић, „Моћ и немоћ председника Републике Србије”, нав. дело, стр. 337.

²⁵ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 153.

²⁶ На основу члана 19. Закона о председнику Републике, председник може Народној скупштини вратити изгласани закон на поновно одлучивање уколико сматра да постоји несагласност закона са Уставом, супротност закона са потврђеним међународним уговорима или општеприхваћеним правилима међународног права, непоштовање процедуре при доношењу закона и неодговарајућа садржина закона, *Службени гласник РС*, бр. 111/2007.

²⁷ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 157.

²⁸ Ратко Марковић, „Моћ и немоћ председника Републике Србије”, нав. дело, стр. 336.

²⁹ Радомир Д. Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1975, стр. 189.

изражава државно јединство Републике Србије. Овако дефинисан положај указује да је улога и функција председника Републике да оличава сувереност државе и државне воље, да учествује у исказивању те воље, као и да „обједињује и наткриљује друге политичке власти”.³⁰ Његова представничка функција није истог квалитета као представничка снага коју има Народна скупштина. Председник Републике има функцију државног органа који не представља народ, него који изражава државно јединство.³¹

Уставом су дефинисани односи између највиших органа власти, тако што је Влади, као носиоцу извршне власти у Републици Србији, додељена активна и оперативна власт, док је председник Републике установљен као неутрална, арбитражна власт, чији је задатак да усклађује рад законодавне и извршне власти. Председник Републике је „орган везе и равнотеже међу органима политичког усмерења”.³² Бира се непосредним путем, чиме је легитимитет председника утемељен у народу а не у парламенту, као представничком телу.³³ Начин избора председника Републике представља одлучујућу одредницу његовог уставноправног и фактичког положаја, а распон председничких овлашћења би требало да се поклапа са начином доласка на функцију.³⁴

Уставна овлашћења, односно надлежности председника Републике, из члана 112. Устава Републике Србије, обухватају и репрезентативне надлежности на међународном и унутрашњем плану, као и надлежности које по свом садржају чине део послова извршне власти. Поред наведених, председник Републике има и овлашћења да учествује у остваривању уставотворне и законодавне власти, односно да утиче на уставотворне и законодавне процесе, путем права да поднесе предлог за промену Устава (члан 203.) и права да уложи суспензивни вето (члан 113.).³⁵ Стога, када је у питању законодавна делатност,

³⁰ Владан Петров, „О неким општим местима у поимању система власти уопште и у Републици Србији”, Фондација Центар за јавно право, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov3.pdf, 03/05/2022.

³¹ Исто.

³² Дарко Симовић, „Како до неутралне модераторне власти председника Републике Србије”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 29-43.

³³ Павле Јовановић, „Уставно правни положај председника републике у компаративној перспективи”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, бр. 3/2007, стр. 133.

³⁴ Ђорђе Марковић, „Начин избора председника Републике Србије”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 123-142.

³⁵ Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, nav. delo, str. 144, 146.

председник Републике се може сматрати њеним учесником, с тим што се може појавити у поступку који следи тек након усвајања закона – указом о проглашењу закона (који је акт декларативне природе) или, пак, суспензивним ветом, пре проглашења закона.³⁶

Према схватању Р. Марковића, употреба вета би требало да се ограничи на случајеве нецелисходности закона јер (не)уставност свих закона цени Уставни суд.³⁷ Према схватању В. Петрова, суспензивни вето се односи управо на функцију заштите Устава коју, по природи ствари, врши непосредно изабрани шеф државе. Применом вета председник „интервенише код законодавца” из разлога спречавања повреде устава која би настала усвајањем првобитног закона. У том смислу, иако се не може поистоветити претходна контрола уставности коју врши Уставни суд са оценом уставности закона коју врши председник Републике – председник, као политички орган, има слободу у давању оцене закона и која није ограничена постојањем чврстих доказа о неуставности закона. Истовремено, у случају да парламент поновно изгласа ветирани закон у истој верзији, председник тада мора прогласити закон, али затим може од Уставног суда захтевати оцену уставности спорног закона.³⁸ С наведеним у вези, Б. Ненадић је указала да је, начелно посматрано, погрешно решена надлежност о контроли закона *a priori*, из разлога што председник државе не може да покрене поступак пред Уставним судом о оцени закона пре него што он ступи на снагу, а претходна контрола управо треба да онемогући да на снагу ступи евентуално неуставни закон.³⁹

Непосредни избор председника и суспензивни вето као последично овлашћење могу оснажити уставну равнотежу, под условом да постоји ефикасна влада и од грађана неутуђен парламент.⁴⁰ Истовремено, снагу института суспензивног вета одређује већина која је потребна у парламенту за поновно изгласавање враћеног закона.⁴¹

³⁶ Marijana Pajvančić, „Dinamičke kompetencije državne vlasti – Osvrt na novi Ustav Republike Srbije”, нав. дело, стр. 25-26.

³⁷ Ратко Марковић, Уставно право, нав. дело, стр. 330.

³⁸ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 155.

³⁹ Bosa Nenađić, *Komitet pravnika za ljudska prava – YUCOM*, „Moj ustav”, *rasprava „Zašto nam je potreban novi ustav?”*, Internet, <http://mojustav.rs/zasto-nam-je-potreban-novi-ustav/>, 29/04/2022.

⁴⁰ Владан Петров, „Предговор – Устав по мери председника или председник по мери Устава”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 7-13.

⁴¹ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 157.

4. РАЗВОЈ СУСПЕНЗИВНОГ ВЕТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Уставом Србије из 1990. године измењена је организација власти на републичком нивоу успостављањем принципа поделе власти⁴² и установљен је непосредни избор председника Републике, као механизам који је створио правнополитичку претпоставку за успостављање утицајног председника, због демократског легитимитета који такав избор обезбеђује.⁴³ На тај начин, створени су материјалноправни услови да се uvede право председника Републике на вето. На основу наведеног Устава, председник Републике је имао овлашћење да указом проглашава закон у року од 7 дана од дана његовог усвајања у Народној скупштини. У том року могао је захтевати да Народна скупштина поново гласа о закону, с тим што је био дужан да прогласи поново изгласани закон у Народној скупштини.⁴⁴ Као непосредно изабрани орган, председник Републике је имао исти изборни легитимитет као и парламент јер му је било дозвољено да задржи своју одлуку у поновљеном поступку, без додатних услова (за поновљено гласање о ветираном закону није била потребна посебна већина у парламенту). Шеф државе, дакле, није имао фактичку моћ да спречи парламент у вршењу законодавне власти, већ је путем употребе вета обезбеђивао промишљеније одлучивање о спорном закону.⁴⁵

Институт суспензивног вета је у анализама тадашњег Устава био учестало оспораван. П. Николић наводи да је увођењем вета у правни систем Републике Србије Уставом из 1990. године уставотворац потенцијално пореметио равнотежу власти, а омогућавањем председнику учешће у вршењу законодавне власти нарушио расподелу функција у корист председника Републике. Уставноправни темељ за превагу председника обезбедио је његов специфични положај у политичком систему условљен непосредним избором од стране грађана.⁴⁶ В. Петров

⁴² Дарко Симовић, „О социолошким функцијама Устава Републике Србије из 1990. године”, *Архив за правне и друштвене науке*, Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2020, год. 115, стр. 46.

⁴³ Владан Петров, „Поново рађање либерално-демократске уставности у Србији и уставни идентитет – уз три деценије од доношења Устава Србије из 1990.”, *Архив за правне и друштвене науке*, Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2020, год. 115, стр. 23.

⁴⁴ Члан 84. Устава Републике Србије из 1990, *Службени Гласник РС*, бр. 1/1990.

⁴⁵ Olivera Vučić, „Position and Functions of State Sovereign (Head of State)”, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Univerzitet u Nišu, Niš, бр. 1/2004, год. 2, стр. 49.

⁴⁶ Павле Николић, „Институција Председника Републике и промашаји и недоречености Устава Републике Србије из 1990”, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 2-3/1991, стр. 167.

наглашава да непосредно изабрани председник Републике јесте „чувар устава и арбитар у односима између извршне и законодавне власти” те се основна сврха и домаћај института суспензивног вета не огледају у опструкцији рада парламента, већ у интенцији да се путем његове примене одустане од неуставног закона или поправи недовољно добар закон, уз дужност председника да не поступа из политичких интереса већ искључиво у циљу заштите јавног интереса и достојанства устава.⁴⁷ Такође, у делу стручне јавности преовлађује став да је Устав из 1990. године установио полупредседнички систем власти са бицефалном егзекутивом, у којој је председник Републике био заправо њен слабији део, са тежиштем на његовом непосредном избору. При анализи тадашњег Устава, у дужем периоду је постојало одсуство консензуса о снази појединих овлашћења председника Републике Србије те је суспензивни вето често оспораван.⁴⁸ Ипак, снага суспензивног вета као евентуалног политичког средства била је готово занемарљива⁴⁹ због чињенице да Устав Србије из 1990. године није предвидео квалификовану већину за поновно усвајање ветираног закона од стране парламента.⁵⁰

Разлика у регулативи института суспензивног вета Устава из 1990. и 2006. године односи се, пре свега, на продужење рока у којем председник има овлашћење да врати закон парламенту, с тим да је и у унапређеној уставној одредби из 2006. године задржан (изузетни) рок од 7 дана уколико је закон донет по хитном поступку, што у домаћој парламентарној пракси постаје више правило него изузетак.⁵¹

Процедурална питања су, такође, другачије регулисана. На основу Устава из 1990. године парламент није имао могућност да оптира да ли да о ветираном предлогу закона поново гласа, већ га је на то изричито обавезивао Устав.⁵² Међутим, у Уставу из 2006. године прописано је да „ако Народна скупштина одлучи да поново гласа о закону

⁴⁷ Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 158.

⁴⁸ Вид. Мирослав Ђорђевић, „Суспензивни вето по Уставу из 1990. године – поводом тридесетогодишњице овог института у нашем уставноправном поретку”, *Архив за правне и друштвене науке*, Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2020, год. 115, бр. 04/2020, стр. 83-85.

⁴⁹ Исто.

⁵⁰ Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, нав. дело, стр. 300.

⁵¹ Постоје схватања да би једно од могућих инструмената за јачање положаја Народне скупштине било спречавање тзв. хитних законодавних поступака. Вид. Ирена Пејић, „Шеф државе у систему поделе власти – елементи за расправу”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 26.

⁵² Вид. Мирослав Ђорђевић, „Суспензивни вето по Уставу из 1990. године – поводом тридесетогодишњице овог института у нашем уставноправном поретку”, нав. дело, стр. 86.

који је председник Републике вратио на одлучивање...”, из чега произлази да је Народна скупштина власна да одлучи да ли ће о враћеном закону уопште одлучивати или не.⁵³

Споран аспект суспензивног вета из Устава из 1990. године односи се и на правно питање тзв. ћутања председника, односно потенцијалне ситуације у којој, након поновног изгласавања ветираниог закона од стране парламента, председник одбија да потпише указ о проглашењу закона. Такав правни недостатак је отклоњен чланом 113. став 4. важећег Устава Републике Србије који налаже да указ о проглашењу закона доноси председник Народне скупштине уколико то не учини председник Републике.⁵⁴ Упоредно посматрано, одбијање председника да потпише указ о проглашењу закона има појачани значај, и у неким државама (као што је Република Ирска), уколико председник одбије да потпише закон постоји последица у виду обавезног изношења тог закона на референдум. У тим случајевима, о судбини закона одлучује народна, а не парламентарна воља.⁵⁵

Напослетку, за разлику од Устава из 1990. године, суспензивни вето је уставном одредбом у члану 113. Устава из 2006. године уставовљен у поглављу под називом „Проглашење закона” (промулгација). Међутим, институт промулгације закона и институт суспензивног вета су два међусобно повезана али сасвим самостална института.⁵⁶

5. ПОСТУПАК ПРИМЕНЕ СУСПЕНЗИВНОГ ВЕТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Поступак примене суспензивног вета регулисан је чланом 113. Устава Републике Србије и чланом 19. Закона о председнику Републике.⁵⁷

Председник Републике је дужан да у року од 15 дана од дана изгласавања закона, односно у року од 7 дана ако је закон донесен у хитном поступку, донесе подзаконски акт – указ о проглашењу закона. Међутим, уколико су испуњени одређени законски разлози, председник

⁵³ Вид. Владан Петров, *Парламентарно право*, нав. дело, стр. 160.

⁵⁴ Исто. стр. 161.

⁵⁵ Богољуб Милосављевић, Драгољуб М. Поповић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2017, стр. 279.

⁵⁶ Miroslav Đorđević, „Neki nomotehnički propusti regulativne funkcije predsednika Republike u Ustavu Srbije”, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, Fakultet pravnih nauka, Banja Luka, br. 10/2020, god. 10, str. 158-159.

⁵⁷ Однос Народне Скупштине и председника Републике је регулисан и Законом о Народној Скупштини – вид. *Збирка прописа из Уставног права*, приредили Владан Петров *et al.*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

има овлашћење да такав закон, уз писмено образложење, врати Народној скупштини на поновно одлучивање. На тај начин, уместо проглашења закона, председник Републике користи своје уставно овлашћење и ставља суспензивни вето на спорни закон. Изузетно, председник Републике не може Народној скупштини вратити на поновно одлучивање закон о коме су се грађани изјаснили на референдуму пре његовог доношења и закон који су грађани потврдили на референдуму.⁵⁸

На основу наведеног члана Закона о председнику Републике, председник може уз писмено образложење да врати Народној скупштини изгласани закон на поновно одлучивање ако сматра да закон није сагласан са Уставом, да је у супротности с потврђеним међународним уговорима или општеприхваћеним правилима међународног права, да при доношењу закона није поштована процедура која је прописана за доношење закона, или да закон не уређује неку област на одговарајући начин.

Наредна фаза примене института суспензивног вета односи се на реаговање Народне скупштине на стављање суспензивног вета од стране председника Републике. Оцењујући уставну формулацију суспензивног вета из члана 113. Устава Републике Србије, Р. Марковић указује на евентуалну могућност двоструког тумачења уставне одредбе везане за овлашћење председника Републике да врати Народној скупштини закон који му је послат на проглашење. Наиме, с обзиром на то да у овом члану изричито стоји следеће „Ако Народна скупштина одлучи да поново гласа о закону који је председник Републике вратио на одлучивање, закон се изгласава већином од укупног броја посланика”, поставља се питање да ли Народна скупштина може да одлучи да не гласа о закону, и да ли гласа о закону само ако не усвоји сугестије председника Републике.⁵⁹ Такође, уколико се институт суспензивног вета тумачи као моћни инструмент председника Републике за блокирање спровођења политике Владе, онда већина потребна за изгласавање ветираног закона који је враћен на поновно одлучивање мора бити она која надмашује Влади парламентарну већину.⁶⁰ У сваком случају, истиче В. Петров, таква непрецизна уставна формулација омогућава да, у случају да Народна скупштина одлучи да не гласа поново о

⁵⁸ Члан 113. Устава РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021. Члан 19. Закона о председнику Републике, *Службени гласник РС*, бр. 111/2007.

⁵⁹ Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед”, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, бр. 2/2006, год. 54, стр. 21-22.

⁶⁰ Ратко Марковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 330.

закону који је председник Републике вратио на одлучивање, истакнути суспензивни вето фактички постане апсолутни вето.⁶¹

У правној теорији постоје и различита мишљења о томе да ли председник може да ветира само закон у целости или само део закона, јер таква ситуација није предвиђена Уставом. Став В. Кутлешића је да се закон може прогласити неуставним и у једном делу, применом принципа „ко може више може и мање (*argumentum ad minorem a maiore*).⁶²

6. КРАЋИ ОСВРТ НА ДВА ВЕТА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У НАЈНОВИЈОЈ УСТАВНОЈ ПРАКСИ

Применом овлашћења из Устава Републике Србије и Закона о председнику Републике Србије, председник Републике Србије, Александар Вучић, вратио је Народној скупштини Републике Србије на поновно одлучивање два закона – дана 22. јула 2021. године враћен је Закон о изменама и допунама Закона о водама, и дана 08. децембра 2021. године враћен је Закон о изменама и допунама Закона о експропријацији.

У образложењу Одлуке председника Републике о враћању Народној скупштини на поновно одлучивање изгласаног Закона о изменама и допунама Закона о водама, констатовано је да су се стекли услови за примену овлашћења из члана 19. Закона о председнику Републике и указано је на потребу спровођења опсежније јавне расправе о предложеном закону, као и на несагласности предложеног закона, као посебног закона, са Законом о општем управном поступку, као системским законом, због које несагласности може доћи до повреде начела јединства правног поретка из члана 194. Устава Републике Србије.⁶³

Образложењем Одлуке председника Републике о враћању Народној скупштини на поновно одлучивање изгласаног Закона о изменама и допунама Закона о експропријацији истакнуто је да се изгласаним изменама област експропријације не уређује на одговарајући начин и да посебно треба преиспитати рокове за предузимање појединих радњи у поступку, а нарочито рок за изјашњење сопственика непокретности о предлогу за експропријацију, који је прекратак. Такође, указано је на

⁶¹ Владан Петров, „О неким општим местима у поимању система власти уопште и у Републици Србији”, нав. дело, стр. 9.

⁶² Марко Пејковић, „Положај шефа државе у политичком систему Србије” *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, Београд, бр. 2/2010, год. 17, стр. 112.

⁶³ Суспензивни вето председника Александра Вучића, Република Србија, Председник, Одлука о враћању Народној скупштини изгласани закон о изменама и допунама закона о водама на поновно одлучивање, КИРС – 135, Београд, 22. јула 2021. године.

потребу целисходнијег и прецизнијег регулисања правне процедуре у поступку експропријације, у циљу спровођења уставног начела из члана 58. Устава Републике Србије, којим се гарантује неприкосновеност права својине, уз приложену праксу Европског суда за људска права и Суда правде Европске уније.⁶⁴

В. Петров је, поводом усвајања Закона о изменама и допунама Закона о експропријацији у парламенту, подсетио на овлашћења председника Републике која се односе на могућност да „након што је саслушао мишљење непосредно заинтересованих грађана и установио да у усвојеном закону постоје одређена питања која нису на одговарајући начин уређена, председник може вратити закон на поновно одлучивање Народној скупштини, из разлога што закон не уређује област на одговарајући начин, односно из разлога нецелисходности закона”.⁶⁵ Т. Маринковић је јавности скренуо пажњу да је „једини излаз из постојећег стања насталог народним незадовољством због изгласавања Закона о изменама и допунама Закона о експропријацији, да председник Републике врати тај закон, уз писмено образложење, Народној скупштини, на поновно одлучивање. Тада би Народна скупштина могла да одлучи да не гласа поново о закону који је председник вратио на одлучивање и на тај начин би парламент одустао од тог закона и задржао на снази „стари” Закон о експропријацији”.⁶⁶

Истиче се чињеница да су оба наведена ветирана закона била у непосредној вези са питањима заштите здраве животне средине, што је вредност зајемчена Уставом⁶⁷ и питање од најширег јавног значаја и интереса. Стога, у ситуацији када надлежне институције нису у потпуности спровеле ваљан законодавни поступак, који укључује и процену мишљења стручне јавности, док су, истовремено, разматране теме имале и јаку политичку конотацију, ветирање закона од стране

⁶⁴ Суспензивни вето председника Александра Вучића, Република Србија, Председник, Одлука о враћању Народној скупштини изгласани Закон о изменама и допунама закона експропријацији, КПРС – 210, Београд, 08. децембра 2021. године.

⁶⁵ Vladan Petrov, „Profesor Vladan Petrov za „Novosti”: Koje poteze može Vučić da povuče oko Zakona o eksproprijaciji” *Novosti*, 07.12.2021, Internet, <https://www.novosti.rs/vesti/politika/1063702/profesor-vladan-petrov-novosti-koje-poteze-moze-vucic-povuce-oko-zakona-eksproprijaciji>, 20/04/2022.

⁶⁶ Tanasije Marinković, „Vučić da vrati Zakon o eksproprijaciji parlamentu”, *Danas*, 07.12.2021, Internet, <https://www.danas.rs/vesti/politika/marinkovic-predsednik-da-vrati-zakon-o-eksproprijaciji-parlamentu/>, 30/04/2022.

⁶⁷ Чланом 74. Устава Републике Србије зајемчено је универзално право на здраву животну средину, уз прописану посебну одговорност Републике Србије за заштиту животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

председника Републике је био логичан начин заустављања неодговарајућих законских решења, у интересу јавности и очувања Устава.

7. ЗАКЉУЧАК

Институт суспензивног вета председника Републике је, у садашњем облику државне власти, користан демократски инструмент који у уставној држави заснованој на принципима поделе власти доприноси постизању равнотеже и међусобног проверавања између власти, спречава концентрацију моћи при извршној или законодавној власти и чува Устав и јавни интерес. Свој легитимитет црпи из уставних одредби на основу којих председник Републике изражава државно јединство, има надлежност да указом проглашава законе и бира се на непосредним изборима, тајним гласањем. Да би суспензивни вето могао да достигне своје пуно дејство и домаћај потребно је да се процедурално уобличи, као и да се у пракси употребљава у неопходним случајевима, искључиво у циљу очувања уставноправних начела и грађанских интереса. Уз помоћ суспензивног вета, председник Републике има овлашћење да интервенише у случајевима када је угрожена уставност, законитост и одговоран и транспарентан начин доношења закона.

Када председник Републике уложи вето на закон у јавности се често покреће стручна и политичка расправа, како о враћеном закону тако и о самом институту вета те, у том смислу, његова употреба доприноси и развоју и унапређењу политичког плурализма и уставноправне и законодавне праксе.

ЛИТЕРАТУРА

Ђорђевић Мирослав, *Суспензивни вето председника републике*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2020.

Ђорђевић Мирослав, „Суспензивни вето по Уставу из 1990. године – поводом тридесетогодишњице овог института у нашем уставноправном поретку”, *Архив за правне и друштвене науке*, Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2020, год. 115, стр. 81-100.

Јовановић Павле, „Уставно правни положај председника републике у компаративној перспективи”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, Правни факултет у Новом Саду, бр. 3/2007, стр. 123-143.

Јовановић Слободан, *Држава*, БИГЗ, Београд, 1990.

Лово Филип, *Велике савремене демократије*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999.

Лукић Радомир Д., Кошутић Будимир, *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1975.

Марковић Ђорђе, „Начин избора председника Републике Србије”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 123-142.

Марковић Ратко, „Моћ и немоћ председника Републике Србије”, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, Београд 2004, бр. 3-4/2004, год. 52, стр. 325-360.

Марковић Ратко, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019.

Марковић Ратко, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед”, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, Београд, бр. 2/2006, год. 54, стр. 19-46.

Милосављевић Богољуб, Поповић Драгољуб М., *Уставно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2017.

Николић Павле, „Институција Председника Републике и промашаји и недоречености Устава Републике Србије из 1990”, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 2-3/1991, стр. 287-295.

Пејић Ирена, „Шеф државе у систему поделе власти – елементи за расправу”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, 2018, стр. 13-29.

Пејковић Марко, „Положај шефа државе у политичком систему Србије” *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, Београд, бр. 2/2010, год. 17, стр. 101-119.

Петров Владан, Станковић Марко, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

Петров Владан, *Парламентарно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017.

Петров Владан, „Поновно рађање либерално-демократске уставности у Србији и уставни идентитет – уз три деценије од доношења Устава Србије из 1990.”, *Архив за правне и друштвене науке*, Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2020, год. 115, стр. 11-35.

Петров Владан, „Предговор – Устав по мери председника или председник по мери Устава”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 7-13.

Збирка прописа из Уставног права, приредили Петров Владан, Маринковић Танасије, Станковић Марко, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

Симовић Дарко, „Како до неутралне модераторне власти председника Републике Србије”, у зборнику: *Председник Републике и Устав* (приредио Владан Петров), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, стр. 29-43.

Симовић Дарко, „О социолошким функцијама Устава Републике Србије из 1990. године”, *Архив за правне и друштвене науке*, Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и Институт за политичке студије, Београд, бр. 4/2020, год. 115, стр. 37-46.

Симовић Дарко, *Полупредседнички систем*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник”, Београд, 2008.

Ђорђевић Мирослав, „Неки номотехнички пропусти регулативне функције председника Републике у Уставу Србија”, *Годишњак факултета правних наука*, Факултет правних наука, Банја Лука, бр. 10/2020, год. 10, стр. 154-166.

Кутлешић Владан, „The Institution of Head of State in the Former Socialist Countries”, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, Београд, бр. 1-2/1995, год. 43, стр. 1-22.

Рајванчић Маријана, „Динамичке компетенције државне власти – Осврт на нови Устав Републике Србије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, бр. 1-2/2007, год. 41, стр. 21-41.

Рајванчић Маријана, *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009.

Вучић Olivera, „Position and Functions of State Sovereign (Head of State)”, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Универзитет у Нишу, Ниш, бр. 1/2004, год. 2, стр. 41-51.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Закон о председнику републике – *Службени гласник РС*, бр. 111/2007.

Суспензивни вето председника Александра Вучића, КППС – 135 од 22. јула 2021. године

Суспензивни вето председника Александра Вучића, КППС – 210 од 08. децембра 2021. године.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Петров Владан, „О неким општим местима у поимању система власти уопште и у Републици Србији”, *Фондација Центар за јавно право*, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov3.pdf, 03/05/2022.

Ђорђевић Мiroslav, „Suspensivni veto predsednika – šta se dešava sa zakonom koji se vrati na ponovno odlučivanje?”, *Espresso*, 09.12.2021, Internet, <https://www.espresso.co.rs/vesti/politika/931805/suspensivni-veto-predsednika-vucica>, 05/04/2022.

Marinković Tanasije, „Vučić da vrati Zakon o eksproprijaciji parlamentu”, *Danas*, 07.12.2021, Internet, <https://www.danas.rs/vesti/politika/marinkovic-predsednik-da-vrati-zakon-o-eksproprijaciji-parlamentu/>, 30/04/2022.

Nenadić Bosa, *Komitet pravnikā za ljudska prava – YUCOM*, „*Moј ustav*”, *rasprava „Zašto nam je potreban novi ustav?”*, Internet, <http://mojustav.rs/zasto-nam-je-potreban-novi-ustav/>, 29/04/2022.

Petrov Vladan, „Profesor Vladan Petrov za „Novosti”: Koje poteze može Vučić da povuče oko Zakona o eksproprijaciji”, *Novosti*, 07.12.2021, Internet, <https://www.novosti.rs/vesti/politika/1063702/profesor-vladan-petrov-novosti-koje-poteze-moze-vucic-povuce-oko-zakona-eksproprijaciji>, 20/04/2022.

Regular Vetoes and Pocket Vetoes: In Brief, *Congressional Research Service*, Internet, <https://crsreports.congress.gov>, RS22188, 02/05/2022.

Isidora Fürst

SUSPENSIVE VETO OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Resume

The suspensive veto is a regular power of the president of the republic that appears in the modern constitutions of the countries based on the separation of powers. The suspensive veto of the president of the republic, as a special power granted to the president by the constitution, serves to protect the constitutional order and creates a balance between the executive and legislature. As such, the suspensive veto has both the protective effect, in relation to the constitution and the public interest, as well as a dual function, political and the function of control. Its effect is both preventive and repressive. The legal basis of the suspensive veto as the power of the President of the Republic of Serbia is found in the constitutional provisions on the basis of which the President is elected in direct elections, on which he expresses the national unity of Serbia and promulgates laws by decree. The constitutional position of the president, from which the existence of the institution of the suspensive veto derives, is determined by the way in which the president is elected, his powers and responsibilities. Opposed to the Constitution from 1990, the current Constitution of the Republic of Serbia formulates the suspensive veto more thoroughly and in accordance with its' purpose. Two suspensive vetoes from recent constitutional practice, used in a situation in which it was necessary to do so, represent the valid use of this extremely important legal mechanism.

Keywords: suspensive veto, powers of the President of the Republic, decree on the promulgation of laws, control of constitutionality, ineffectiveness of laws, 1990. Constitution of the Republic of Serbia, 2006. Constitution of the Republic of Serbia.

* Рад је примљен 21.11.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023.

Владан ПЕТРОВ*
 Правни факултет
 Универзитета у Београду

УДК 801:929 Ђурић Ж.
 DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.42022.9>

IN MEMORIAM

ДР ЖИВОЈИН ЂУРИЋ
(1954-2022)

На измаку прошле године, 3. децембра 2022. године, отишао је с овог света др Живојин Ђурић, вишегодишњи директор Института за политичке студије. О организационим способностима нашег Жике, као и о његовом научном опусу могао бих понешто рећи као његов сарадник и пријатељ. Ипак, остављам другима да говоре о томе. Дозволићу себи у вези с тим само једну реченицу: *Институт за политичке студије у Београду – Живојин Жика Ђурић.*

У овом тексту, издвојио бих *три лична догађаја* по којима ћу памтити Жику. Први се односи на почетак мог радног века и моје академске каријере. *Жика ми је дао први посао.* У мојој радној књижици стоји да сам кратко време био запослен у Институту за политичке студије у Београду. Дао ми је шансу и није се наљутио што сам само неколико месеци по пријему на посао, отишао у „већи клуб“ – на Правни факултет у Београду. Од тада до његовог физичког нестанка, крајем прошле године, сарађивали смо не превише често, али редовно и квалитетно. Поштовали смо се и били одани један другом, јер смо се трудили, а рекао бих неретко и успевали, да своју личност ставимо у службу науке, а науку у службу нашег народа, државе и друштва. *Жику је одликовао интелектуални патриотизам*, а спојити особине научника и патриоте, поготово данас у Србији и шире, ретка је и несумњиво изузетна појава.

Други који ме везује за Жику је тај што ми је објавио научни чланак у његовој *Српској политичкој мисли*, захваљујући чему сам на

* Аутор је редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: vpetrov@ius.bg.ac.rs.

време испунио и последњи услов за избор у звање редовног професора. Иначе, тај чланак је био „на чекању“ у *Аналима Правног факултета у Београду*. Претпостављам ненамерно, у тадашњој редакцији, чији сам био дугогодишњи члан, а у то време и продекан за наставу на Факултету, одлучили су да мој текст буде објављен у првом следећем броју, на јесен (таман колико треба да буде касно). Ако је редакција часописа мог факултета тако одлучила, нисам желео ни по коју цену да утичем на евентуалну промену одлуке. Једног петка касно увече (било је прошло десет сати), позвао сам Жика и објаснио шта се десило, односно шта се није десило, а требало је. Одмах ми је рекао да ће задржати на неколико дана штампање актуелног броја СПМ-а да би у њега уврстио и мој рад. *Жика је био, како ја волим да кажем, широк играч*, његова привидна неодлучност у свакодневном поступању увек је имала свој озбиљан разлог. У мом случају, учинивши ми услугу од животног значаја, он је, у ствари, знао да само учвршћује наше пријатељство и гради стратегију будуће, ничим помућене, сарадње. Зато је те вечери, без трунке задршке, рекао: „Шаљи чланак! Чекам колико треба!“.

Жика ми се нашао и када сам преузео задатак чије узвишене тежине у том тренутку нисам био у потпуности свестан – да подигнем из вишегодишње „уснулости“ великана међу научним часописима из области правних и друштвених наука: *Архив за правне и друштвене науке*. Морам бити до краја искрен, не само због Жике, него и због судбине самог *Архива*. Иницијатива да се часопис обнови потекла је од професора Миодрага Орлића, коме је мој професор Ратко Марковић предложио да постави мене за главног и одговорног уредника („Једино Владан у овом тренутку то може...“ – тако ми је речено), али *ништа се не би десило да издавање часописа није преузео Жика, односно Институт за политичке студије*. Ја сам у овом подухвату заложиио, да будем нескроман, име, оно име које сам у науци и струци, највећим делом, и стекао захваљујући професору Марковићу и Жики (који су се, као „стари социјалисти“ држали и међусобно уважавали). Тачно је. Ризик је био највише мој, јер у том тренутку мало ко је искрено желео повратак старог великог *Архива*. Ја сам рационални емотивац који ризикује изузетно и у крајње оправданим случајевима. То су они случајеви кад осетим да снови могу постати реалност и да то никако не буду само моји снови него и људи који имају више и опште циљеве (неко ће можда рећи: непоправљиви идеалисти, али се у данашњем речнику могу наћи и тежи изрази). „Ризик“ у новом заједничком подухвату са Жиком око *Архива*, данас мање од четири године касније,

већ ми се „исплатио“. Моје име нашло се међу именима некадашњих уредника, од којих су неки највећи професори јавног права које смо икада имали (довољно је споменути, на пример, Ђорђа Тасића, између два рата, или Јована Ђорђевића, после Другог светског рата). Ја се нађох у њиховом друштву захваљујући *Архиву*, иако ми је преостало, надам се, још много „километара“ академског прегалаштва. Много важније од ове личне сатисфакције, која носи са собом таштину овоземаљског и пролазног, је неспорна чињеница да смо Жика и моји најближи сарадници у *Архиву* успели да вратимо *Великана* на пут који води ка „славним данима наше прошлости“, како каже она модерна, навијачка песма. *Жика је стремио високим и великим циљевима. Њих је остваривао стрпљиво, предано, беспрекорно непоколебљиво, иако је његова појава неупућеном каткад остављала утисак некаквог, специфично Жикиног врлудања.* Вода увек нађе свој пут и јача је од било које овоземаљске силе, знао је то врло добро наш Жика.

Са Жиком сам се последњи пут чуо телефоном, 8. новембра 2022. године, на Митровдан, на моју славу. Јавио ми се из болнице. Имао је ковид. Упозорио ме је да се око нас све више окупљају и зли и надасве безвредни људи. Није то била порука човека који је одустао или осетио дах физички „неизбежног“ у својој близини. Завршио је тај разговор, рекавши ми, отприлике: „Чим изађем одавде, све ћу ти конкретно објаснити, наставићемо да се боримо“. Када сам у петак по подне, тог суморног децембра прошле године добио вест о Жикином одласку с овог света, почињала је утакмица светског фудбалског првенства Швајцарска-Србија. Примео сам фудбалски пораз савршено мирно. Те вечери отишао је мој Жика, а мој Пикси, узор из детињства са фудбалских терена, привидно је, са својим момцима, доживео велики неуспех на светском фудбалском првенству. Пораз који ће се, ако бог да, претворити ускоро у велику победу: победу нашег народа и за наш народ, победу Србије! *Жика је био велики Србин у правом и једином могућем смислу те речи.* Драги мој Жико, дајем реч са позивом на великог Његоша: „Нека буде борба непрестана! Нека буде што бити не може!“

Живојин Жика Ђурић био је и *први рецензент мог првог самосталног уџбеника Уставно право.*

У Београду, на Савиндан, 27. јануара 2023. године
Владан Петров

* Рад је примљен 28.01.2023. године, а прихваћен на састанку Редакције 06.02.2023. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Редакција часописа „*Архив за правне и друштвене науке*“ прихвата радове који су уређени на следећи начин.

Радови који нису усклађени са датим упутствима неће бити разматрани за објављивање у часопису.

За писање рада користити **ћирилично писмо**.

Текст писати у фонту *Times New Roman*, величина фонта **12**, са увученим пасусима и проредом **1,5** и маргинама *Normal 2,5 cm*.

Обим рада не сме бити већи од 36.000 карактера са размаком (приликом провере броја карактера користити: *Review/Word Count/Character (with spaces)*) – активирати опцију *Include textboxes, footnotes and endnotes*. Литературу изоставити приликом провере.

Име и презиме аутора се пише на средини, малим словима – *Bold* и *Italic* (фонт 12).

Афилијација се пише испод имена аутора на средини, малим словима – *Italic* (фонт 12). Уколико је аутор запослен на факултету, након навођења факултета, наводи се и универзитет (нпр. *Правни факултет, Универзитет у Београду*). Уколико је аутор запослен на институту, наводи се и град у коме се институт налази (нпр. *Институт за политичке студије, Београд*).

Наслов се пише на средини, великим словима – *Bold* (фонт 14). Фуснота поред наслова служи за навођење назива и броја пројекта у оквиру кога је чланак написан.

Сажетак се пише испод наслова на средини малим словима величина фонта 12. Испод тога пише се текст сажетка у обиму од 100 до 250 речи – фонт 12, *Justify*. Сажетак садржи предмет анализе, циљ рада, коришћене теоријско-методолошке приступе, резултате и закључке рада.

Кључне речи се пишу испод текста сажетка малим словима (фонт 12), и одвајају зарезом. Наводи се од 5 до 10 кључних речи.

Поднаслови се пишу на средини, великим словима – *Bold* (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне се такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – малим обичним словима *Bold* (фонт 12).

Начин цитирања:

Фусноте у форми напомена се дају на дну стране у којој се налази коментарисани део текста или навођене литературе. Фусноте уносе командом *Insert – Reference – Footnote*. Фусноте се пишу у фонту *Times New Roman*, величина слова **10**. Фусноте треба поравнати по левој и десној маргини, односно изабрати опцију *Justify*.

Приликом навођења фуснота руководити се следећим упутствима:

• **приликом навођења монографије/књиге фуснота мора садржати:**

– Име и презиме аутора, наслов рада курсивом (*Italic*), назив издавача, место, годину издања и број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

– Уколико издање има **више** од два аутора/уредника наводи се име и презиме првог аутора/уредника уз додавање скраћенице (*et al.*) *Italic*.

• **приликом навођења чланака из часописа:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа курсивом (*Italic*), назив издавача, место издавања, број, година излагања и број стране.

– **Пример:** Владан Петров, „У потрази за уставном стабилношћу у Републици Србији“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2017, том IV, стр. 592.

• **приликом навођења зборника радова/поглавља из књиге:**

– Име и презиме аутора, назив рада под наводницима, назив зборника/поглавља курсивом (*Italic*), имена и презимена приређивача зборника у загради, назив издавача, место издања, година издања, број стране.

– **Пример:** Коста Чавошки, „Устав као средство агитације и пропаганде“, у зборнику: *Два века српске уставности* (приредили: Александар Фира, Ратко Марковић), Српска академија наука и уметности и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 330.

• **приликом навођења извора са Интернета** (не смеју прећи више од **10%** коришћене литературе):

– Име и презиме аутора, наслов чланка курсивом (*Italic*), пуну интернет адресу и датум приступа.

– **Пример:** Karen Devine, *Stretching the IR theoretical spectrum of debate on Irish neutrality: arguments and evidence in favor of a critical*

social constructivist framework of understanding, Internet, http://doras.dcu.ie/609/1/int_pol_sci_29_4_2008.pdf, 05/03/2018.

• **приликом навођења архивске грађе:**

– мора да садржи назив институције у којој се грађа чува, фонд, фасциклу (уколико има), назив документа (ако нема назива документа одређује се тако да одговори на питања: ко? коме? шта?), место, датум.

– **Пример:** Архив Србије, МИД, К-Т, ф 2, р93/1894, Извештај Министарства иностраних дела о постављењу конзула, Београд, 19. април 1888.

• **приликом навођења прописа/закона:**

– Пуним називом прописа/закона, курзивом гласило у коме је пропис објављен, број и година објављивања.

– **Пример:** Закон о судијама – ЗоС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - одлука УС, 106/2015, 63/2016 - одлука УС и 47/2017).

• **приликом навођења публикација у новинама:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив новине курзивом, датум објављивања

– **Пример:** Слободан Кљакић, „Черчилов рат звезда против Хитлера“, *Политика*, 21. 12. 2004.

• **Код поновљеног цитирања истог извора узастопно на истој страни користити:**

– Исто, број стране

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104. Исто, стр. 105.

• **Код поновљеног цитирања истог извора уколико није узастопно и на истој страни користити:**

– Име, презиме аутора, назив извора, нав.дело, број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

Драган Стојановић, *Уставно судство*, **нав. дело, стр. 104.**

• **Код уноса табела и графикана користити:**

Изнад табеле/графикана центрирано пише се Табела/Графикон, редни број, назив табеле, величина фонта 10.

Испод табеле/графикана пише се Извор: навести извор по правилима цитирања за фусноте, величина фонта 10.

За „види више“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „Упореди“ скраћеница „Упор.“.

Литература се наводи на исти начин као и у фуснотама, с тим што се прво наводи презиме, па име аутора. У случају када постоји више аутора који су у фуснотама означени скраћеницом *et al.*, у литератури се наводи пуно име и презиме свих аутора.

Литература је поређана по азбучном реду за изворе на ћириличном писму, који се први наводе, а затим по абecedном реду за изворе на латиници. **Одвојено се наводи попис коришћених правних извора (Под насловом Правни извори, у оквиру којих се може издвојити посебно судска пракса) и попис извора коришћених са интернета (Извори са интернета).**

За чланке из часописа, зборника као и за поглавља у књигама потребно је навести од које до које стране је чланак или поглавље у зборнику/књизи.

Литература садржи само изворе који су наведени у фуснотама.

Након литературе, латиничним писмом навести **име и презиме аутора** на средини – *Bold* (фонт 12), испод тога наслов рада на енглеском великим словима – *Bold* (фонт 14).

Резиме (*Resume*) се пише на средини, малим словима – *Bold* (фонт 12). Испод тога пише се текст резимеа на енглеском језику у обиму до **1/10** дужине чланка. Резиме садржи резултате и закључке истраживања до којих је аутор дошао у свом раду и то знатно шире него у сажетку.

Кључне речи (*Keywords*) се пишу малим словима (фонт 12) и одвајају зарезом.

Радови који се предају за објављивање морају да се заснивају на новијој литератури, посебно на изворима, тј. радовима који су објављени у научним часописима правне и политиколошке тематике.

Аутори су у обавези да приликом слања радова доставе и изјаву о ауторству, тј. да тај рад није раније објављиван, те да он није аутоплагијат или плагијат.

Радови са *ауторском изјавом (потписана и скенирана)* шаљу се на адресу:

arhiv@ips.ac.rs.

УПУТСТВА ЗА РЕЦЕНЗЕНТЕ

Улога рецензента је да допринесе очувању високог квалитета нашег часописа. Рецензије су анонимне у оба смера. Рок за рецензирање је седам дана од пријема рада. Садржај рецензије је поверљив, те се не сме откривати особама које нису у уредништву часописа. Уколико рецензент у било ком тренутку схвати да постоји било који вид конфликта интереса у вези са радом који треба да рецензира потребно је да о томе што пре обавести редакцију. Приликом рецензије рукописа, рецензент треба да попуни рецензентски лист у прилогу.

Име, презиме и звање аутора текста:

Назив рада:

Актуелност, друштвени и научни значај разматране теме:

У којој мери је аутор јасно назначио теоријски, методолошки приступ у раду:

Да ли је рад заснован на савременој и релевантној литератури, посебно у којој мери је аутор користио најновије резултате објављене у научним часописима и зборницима (посебно часописи и зборници из области права и политикологије):

Научни и друштвени допринос рада:

Општи коментар о квалитету рада:

Ваша сугестија аутору за побољшање квалитета рада, ако је потребно:

Молимо Вас да одаберете једну од препорука за категоризацију рада:

Оригинални научни рад

Прегледни рад

Научна критика, полемика и осврти.

Молимо Вас да одаберете једну од препорука о публикавању овог рада:

Објавити без измена

Објавити уз мале измене

Након корекције, рад послати на нови круг рецензије

Одбити

Додатни коментари за уредника који се тичу етичких (плагијаризам, превара, итд) или неких других аспеката рада, а који ће уреднику помоћи у доношењу коначне одлуке о даљем статусу рада.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АРХИВ за правне и друштвене науке = Archive for
Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник
Владан Петров. - Год. 1, књ. 1, св. 1 (1906)-год. 9, књ. 17,
св. 4 (1914) ; год. 10, књ. 1(18), св. 1 (1920/1921)-год. 31,
књ. 42(52), св. 3 (1941) ; год. 32, књ. 1(60), св. 1/2 (1945)-
. - Београд : Савез Удружења правника Србије и
Републике Српске : Институт за политичке студије, 1906
- (Житиште : Ситопринт). - 23 cm

Тромесечно. - Текст на срп. и енгл. језику. – Прекид у
излажењу од 2014-2018. год.

ISSN 0004-1270 = Архив за правне и друштвене науке
COBISS.SR-ID 578831