

**АРХИВ
ЗА
ПРАВНЕ
И
ДРУШТВЕНЕ
НАУКЕ**

4
БЕОГРАД
2024.

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

Основаан 1906.

ИЗДАЈЕ

Институт за политичке студије
Удружење правника Србије
Адреса: Добрињска 11, Београд; Крунска 74, Београд
Телефони: 011/3349-204; 011/2446-910
Е-mail Редакције: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 УДК 34 Број 4/2024 Година 119

Главни и одговорни уредник
проф. др Владан ПЕТРОВ

Редакција

проф. др Владан ПЕТРОВ, проф. др Милош СТАНКОВИЋ,
проф. др Урош НОВАКОВИЋ, проф. др Валентина ЦВЕТКОВИЋ ЂОРЂЕВИЋ,
доц. др Ивана МИЉУШ, др Бојана ТОДОРОВИЋ, др Ђорђе МАРКОВИЋ,
др Мирослав ЂОРЂЕВИЋ, проф. др Јелена ВУЧКОВИЋ,
проф. др Вељко ТУРАЊАНИН, др Сања ШУЉАГИЋ,
Бојислав БАЧАНИН, Алекса ШКУНДРИЋ

Секретари часописа

Александар ЦВЕТКОВИЋ, Мина КУЗМИНАЦ,
Душан ЧОРБИЋ, Никола ПЕРИШИЋ

Савет

проф. др Миодраг ОРЛИЋ, академик АНУ РС Мирко ВАСИЉЕВИЋ,
проф. др Небојша ШАРКИЋ, проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ, проф. др Драгор ХИБЕР,
проф. др Зоран ТОМИЋ, проф. др Милан ШКУЛИЋ, проф. др Рената ТРЕНЕСКА
ДЕСКОСКА, проф. др Саша БОВАН, проф. др Добросав МИЛОВАНОВИЋ,
проф. др Бранко РАКИЋ, проф. др Владимир ЧОЛОВИЋ,
проф. др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ, проф. др Ненад ТЕШИЋ,
проф. др Драгутин АВРАМОВИЋ, проф. др Маријана ДУКИЋ МИЈАТОВИЋ,
проф. др Горан МАРКОВИЋ, проф. др Драгана КОЛАРИЋ, проф. др Александар
ГАЈИЋ, проф. др Маја ЛУКИЋ РАДОВИЋ, проф. др Сретен ЈУГОВИЋ,
др Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ, проф. др Дарко СИМОВИЋ, проф. др Балинт
ПАСТОР, проф. др Вања БАЈОВИЋ, проф. др Ана ПЕТРОВ, проф. др Димитрије
ЋЕРАНИЋ проф. др Сенад ГАНИЋ, проф. др Емир ЋОРОВИЋ, проф. др Гжегорж
ПАСТУШКО, др Милош СТАНИЋ, др Ђуро БОДРОЖИЋ, др Боса НЕНАДИЋ,
Катарина МАНОЈЛОВИЋ АНДРИЋ, Јелена ИВАНОВИЋ

ЧАСОПИС ИЗЛАЗИ ТРОМЕСЕЧНО

Прелом и штампа – Донат Граф, Гроцка
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

Institute for Political Studies
Lawyers Association of Serbia
Address: Dobrinjska 11, Belgrade; Krunska 74, Belgrade
Phones: 011/3349-204; 011/2446-910
E-mail: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 UDK 34 No 4/2024 Year 119

Editor in chief

prof. dr Vladan PETROV

Editorial board

prof. dr Vladan PETROV, prof. dr Miloš STANKOVIĆ,
prof. dr Uroš NOVAKOVIĆ, prof. dr Valentina CVETKOVIĆ ĐORĐEVIĆ,
doc. dr Ivana MILJUŠ, dr Bojana TODOROVIĆ, dr Đorđe MARKOVIĆ,
dr Miroslav ĐORĐEVIĆ, prof. dr Jelena VUČKOVIĆ,
prof. dr Veljko TURANJANIN, dr Sanja ŠULJAGIĆ,
Vojislav BAČANIN, Aleksa ŠKUNDRIĆ

Secretary of editorial board

Aleksandar CVETKOVIĆ, Mina KUZMINAC,
Dušan ČORBIĆ, Nikola PERIŠIĆ

Council

prof. dr Miodrag ORLIĆ, akademik ANU RS Mirko VASILJEVIĆ,
prof. dr Nebojša ŠARKIĆ, prof. dr Milan JOVANOVIĆ, prof. dr Dragor HIBER,
prof. dr Zoran TOMIĆ, prof. dr Milan ŠKULIĆ, prof. dr Renata TRENESKA
DESKOSKA, prof. dr Saša BOVAN, prof. dr Dobrosav MILOVANOVIĆ,
prof. dr Branko RAKIĆ, prof. dr Vladimir ČOLOVIĆ, prof. dr Bojan MILISAVLJEVIĆ,
prof. dr Nenad TEŠIĆ, prof. dr Dragutin AVRAMOVIĆ, prof. dr Marijana DUKIĆ
MIJATOVIĆ, prof. dr Goran MARKOVIĆ, prof. dr Dragana KOLARIĆ,
prof. dr Aleksandar GAJIĆ, prof. dr Maja LUKIĆ RADOVIĆ, prof. dr Sreten JUGOVIĆ,
dr Jelena ČERANIĆ PERIŠIĆ, prof. dr Darko SIMOVIĆ, prof. dr Balint PASTOR,
prof. dr Vanja BAJOVIĆ, prof. dr Ana PETROV, prof. dr Dimitrije ČERANIĆ,
prof. dr Senad GANIĆ, prof. dr Emir ČOROVIĆ, prof. dr Gžegorž PASTUŠKO,
dr Miloš STANIĆ, dr Đuro BODROŽIĆ, dr Bosa NENADIĆ,
Katarina MANOJLOVIĆ ANDRIĆ, Jelena IVANOVIĆ

THE JOURNAL IS PUBLISHED QUARTERLY

Print – Donat Graf, Grocka
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 2024.

ГОД. 119 СТР. 1–206

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

1. Mato ARLOVIĆ – NAČELO USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI I MEĐUSOBNI ODNOS REPUBLIČKOG I SAVEZNOG USTANOPRAVNOG SUSTAVA PO USTAVU SFRJ IZ 1963. GODINE.....13
2. Вељко ТУРАЊАНИН – ПОТЕНЦИЈАЛНИ ПРАВЦИ ИЗМЕНЕ ЗАКОНА О БЕСПЛАТНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ ПРЕМА ГРЕВИО ИЗВЕШТАЈИМА.....43
3. Весна ЋОРИЋ – ЗАБРАНА ИЗВРШЕЊА НЕЗАКОНИТОГ НАЛОГА ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ КАО МЕРА ЗА ЈАЧАЊЕ ИНТЕГРИТЕТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ.....73
4. Милош ВАСОВИЋ – НАЧЕЛО ФАКТИЦИТЕТА И ОПШТА АНТИАБУЗИВНА МЕРА ИЗ АТАД ДИРЕКТИВЕ.....99
5. Јелена РАЧИЋ – ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ.....113
6. Анђелија СТЕВАНОВИЋ – ЗНАЧАЈ ОБИЧАЈА У МОДЕРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ – СА ОСВРТОМ НА РАД КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО131
7. Милић БАНОВАЦ – ОПОЈНЕ ДРОГЕ, ЗАВИСНОСТ И СКРИВЉЕНА НЕУРАЧУЊИВОСТ.....151

ИЗ НАШЕ БАШТИНЕ

1. Ружица ГУЗИНА – ПРИЛОГ ПИТАЊУ РАЗВОЈА ГРАЂАНСТВА И ГРАДОВА У СРБИЈИ ЗА ВРЕМЕ ПРВЕ ВЛАДЕ МИЛОША ОБРЕНОВИЋА (1815–1839).....169

ARCHIVE
FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

№ 4

OCTOBER – DECEMBER 2024.
YEAR 119 PAGE 1-206

CONTENTS

ARTICLES

1. Mato ARLOVIĆ – THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY AND THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN THE REPUBLIC AND FEDERAL CONSTITUTIONAL SYSTEMS UNDER THE 1963 CONSTITUTION OF THE SFRY..... 13
2. Veljko TURANJANIN – POTENTIAL DIRECTIONS TO AMEND THE LAW ON FREE LEGAL AID ACCORDING TO GREVIO REPORTS..... 43
3. Vesna ČORIĆ – PROHIBITION TO EXECUTE AN UNLAWFUL SUPERIOR ORDER AS AN INTEGRITY-BUILDING MEASURE IN INTERNATIONAL LAW..... 73
4. Miloš VASOVIĆ – PRINCIPLE OF FACTICITY AND THE GENERAL ANTI-ABUSE RULE FROM THE ATAD DIRECTIVE..... 99
5. Jelena RAČIĆ – INITIATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA..... 113
6. Anđelija STEVANOVIĆ – THE IMPORTANCE OF CUSTOM IN MODERN INTERNATIONAL LAW – WITH REFERENCE TO THE ROLE OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION..... 131
7. Milić BANOVAČ – ILLEGAL DRUGS, ADDICTION AND ACTION FREE IN IT’S CAUSE..... 151

FROM OUR HERITAGE

1. Ružica GUZIŃA – A CONTRIBUTION TO THE QUESTION OF THE DEVELOPMENT OF CITIZENSHIP AND CITIES IN SERBIA DURING THE FIRST REIGN OF MILOŠ OBRENOVIĆ (1815–1839)..... 169

РЕЧ УРЕДНИКА

Живимо у „зауоставном времену“. Овом изразу свако може придати неко своје значење. Ако направимо паралелу са фудбалском утакмицом, то је време у којем: 1) се ништа не дешава, јер је победник решен у регуларном току; 2) се један тим грчевито брани да не би примио гол и изгубио повољан резултат, а други, којем резултат не одговара, хаотично напада; 3) један тим постиже гол и остварује победу коју је могао обезбедити, а није у регуларном току итд.

Поред наведених и других „фудбалских“ значења „зауоставног времена“, овај израз може се односити и на последње тренутке у једној епохи пре него што отпочне следећа, чије се контуре назиру, али још увек није сигурно кад ће и како отпочети нова. Ако се мало задржимо на овом значењу, крај 2024. године јесте „зауоставно време“ у многим великим државама света, у наднационалним организацијама попут ЕУ и уопште на глобалном нивоу. Рат између Русије и Украјине (читај: остатака старог светског поретка) не јењава, али се појављују макар наговештаји примирја (читај: нова америчка администрација на челу са новим-старим председником САД Доналдом Трампом). Рат у Гази, између Израела и Либана, наставља се са тенденцијом ширења ратних дејстава. Европска Унија је изабрала ново-старо „руководство“ и поново оснажује агенду свог проширења. Унутрашње тензије у Грузији и Румунији додатно употпуњују ситуацију. Пале су владе у Француској и Немачкој (додуше, у овој првој „пронађен“ је нови „привремени“ премијер). У овом времену, ако неком и није било јасно до сада, ЕУ је у великој кризи, а и њене оснивачке, водеће државе. „Нова Европа“ није ни на видику. Зато јесте БРИКС, који се шири и све чвршће повезује, тако да је очигледно да и сама организација и њене водеће државе, попут, Русије, Кине, Индије, Бразила, Јужноафричке републике и Уједињених Арапских Емирата постају све релевантнији центри геополитичке моћи. Униполарни свет је „сабијен у свој шеснаестерац“, а мултиполарни свет само што није постигао гол и прогласио победу. Зауоставно време је на измаку. Ускоро ће се и на глобалном

политичком плану као и на фудбалском првенству света у САД 2026. године играти нови формат такмичења, са измењеним правилима и већим бројем актера, односно „такмичара“. Ново увек доноси наду у бољитак, али остаје да се види, а пре свега да ли ће се главни актери уразумити да се у „ново“ уђе без „хаоса и туче“ већих размера „на крају утакмице“. Где је у свему томе Србија, питање је на које одговор не могу дати као аутор овог уводника, али свакако очекујем да ће, после првих пет година од поновног изласка нашег часописа „Архив за правне и друштвене науке“, бројни аутори покушати да у својим чланцима одговоре и на ово питање.

Кренули смо у јесен 2019. године скромно, али са јасно дефинисаним циљевима: да „Архив“ поново редовно излази, да добије одговарајућу категоризацију научног часописа, да започнемо процес његовог враћања на „трон“ научних часописа - и то пре свега у садржинском смислу, али и кад је реч о свим формалним и техничким захтевима које један савремен научни часопис мора да испуњава да би се могао објективно сматрати високо респектабилним и референтним. Прва два циља испунили смо у потпуности – часопис излази четири пута годишње, а не као двоброј, како је било у почетку; има категорију истакнутог националног часописа (M52) са лепим шансама да већ у овој или најкасније у наредној години добије и категорију изнад (M51). Трећи циљ је стратешки и то је процес, који захтева најмање још толико времена колико смо до сада имали и још организованијег рада.

У садржинском смислу, као и кад је реч о броју аутора, рецензена, чланова редакције и Савета, његовој видљивости и цитираности, „Архив“, без сумње, већ припада врхунској категорији часописа од националног значаја. Зaslуге за то припадају свима који су укључени у „пројекат очувања часописа који представља наше национално благо“ (Живојин Ђурић), али је на првом месту то Институт за политичке студије у Београду, његов ранији директор др Жика Ђурић и његов достојни „наследник“ садашњи директор Института др Миша Стојадиновић. Без вођства и финансија ништа се не може постићи, али ни без свакодневног напорног рада и залагања младих људи, секретара часописа, почев од првог, Ђорђа Марковића, преко Војислава Бачанина, до Александра Цветковића, којем су се од пре неког времена придружили и нови млади сарадници са Института и Правног факултета Универзитета у Београду.

Иначе, формално-правно, веза са Правним факултетом Универзитета у Београду прекинута је давних година одмах после Другог

светског рата, али је у садржинском, кадровском и симболичком смислу она у претходним годинама изузетно оснажила, што се може видети и по ауторима, члановима Редакције, Савета и рецензентима. У овом тренутку, а вероватно ни у догледно време, неће бити услова да се ради на „враћању“ часописа „матици“, али се он јако добро и сигурно налази и у својој актуелној кући – Институту за политичке студије у Београду.

Као главни и одговорни уредник, могу да најавим да ћемо у наредној, 2025. години радити на остварењу три задатка. Први је снажење Редакције, што ће имати за последицу њену „реконструкцију“ укључивањем оних угледних научника који су спремни да много посвећеније раде на даљем подизању часописа, као и даља „интернационализација“ Савета, увођењем истакнутих професора и научника из Региона, али и Централне Европе. Други задатак је испуњавање свих неопходних услова да се часопис већ у другој половини године „кандидује“ за вишу категорију М51, тако да ће бити и објективно та категорија, без обзира на одлуку Матичног одбора и Комисије надлежног министарства. Трећи задатак јесте припрема обележавања 120. годишњице „Архива“, која нас ишчекује у 2026. години.

Наш „Архив“ расте и то ће се, уверен сам, наставити и у наредном периоду. Да завршим како сам почео. Нећемо се зауставити! Сањамо нову епоху у којој ће „Архив“ бити на „трону“ домаћих научних часописа! У то име, нек нам је срећан овај двадесети број „Архива“ откад часопис поново излази. Живели!

У Београду, децембра 2024. године

проф. др Владан Петров
главни и одговорни уредник

dr. sc. Mato ARLOVIĆ*

Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK 342.4(497.1) "1963"
DOI: 10.5937/adpn2404013A
Originalni naučni rad

NAČELO USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI I MEĐUSOBNI ODNOS REPUBLIČKOG I SAVEZNOG USTANOPRAVNOG SUSTAVA PO USTAVU SFRJ IZ 1963. GODINE

Sažetak

Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1963. godine prihvatio je i normirao značajni broj novih rješenja radi ostvarivanja ideja, vrednota i ciljeva samoupravnog socijalističkog društva. Jedan od tih novuma je izražen i kroz sadržaj načela ustavnosti i zakonitosti pravnih akata, osobito u normiranju njihovog međuodnosa kao dijela republičkih i saveznog ustavnopravnog sustava. Radi se o potpuno novom pristupu u normiranju ustavnosti i zakonitosti u međuodnosu između republičkih i saveznih zakona, a napose u međuodnosu njihovih ustava. Njihovom analizom neupitno se dolazi do zaključka da je ustavotvorac takvim pristupom normiranja načela ustavnosti i zakonitosti jasno htio izraziti s jedne strane ustavnopravnu autonomiju socijalističkih republika, a s druge strane, istovremeno njihovu povezanost u okviru i putem saveznog ustavnopravnog sustava. Zapravo je i kroz tako institucionalizirano načelo ustavnosti i zakonitosti ustavotvorac neupitno htio iskazati ustavnopravnu autonomnost, državnost i suverenost socijalističkih republika unutar savezne države, s jedne strane i s druge strane, njihovu povezanost i uzajamnost putem saveznog ustavnopravnog sustava koji je trebao i morao biti pravi izraz uređenih društvenih odnosa utemeljenih na vrednotama, potrebama i interesima kako radničke klase na cijelom prostoru

* Autor je sudija i zamenik predsjednika Ustavnog suda Republike Hrvatske. Elektronska adresa autora: mato_arlovic@usud.hr. ORCID: 0000-0001-8937-1753.

SFRJ, tako i njezinih konstitutivnih socijalističkih republika i njihovih naroda i narodnosti. Novo ustavno uređenje načela ustavnosti i zakonitosti, zatim institucionaliziranje ustavnog sudovanja, jamstvo ljudskih prava i sloboda te njihove zaštite pred ustavnim sudom, svrstava Ustav SFRJ iz 1963. godine u moderne ustave trećeg tipa (u Sweetovom smislu) koji uređuju modernu ustavnu državu. Kako je normativno pravno uređeno načelo ustavnosti i zakonitosti? Koje je sve ustavnopravne odnose i međuodnose između pravnih akata (uključiv i ustava) republika i savezne države uspostavio? Zatim na koje se njegove nedostatke može kritički ukazati, pokušat ću dati moguće odgovore u ovom radu. Dakako, bez pretenzija da oni budu potpuni i općeprihvatljivi. Zapravo, u ovom radu želim otvoriti ovo pitanje jer ono to zaslužuje, ne samo zbog znanstvene radoznalosti, već i zbog aktualnih političko-pravnih potreba koje nameću nove europske integracije.

Gljučne riječi: ustav, ustavnost i zakonitost, ustavna i zakonodavna autonomija, konstitucionalizam, državnost, republika, federacija, SFRJ.

1. UVOD

Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) iz 1963. godine, sam po sebi, bio je novitet među tada važećim ustavno-pravnim aktima. On je po prvi puta u svjetskoj ustavno-pravnoj regulativi uređivao društveno-politički, društveno-ekonomski, pravni i sveukupni društveni i državni poredak, polazeći od marksističke ideologije i njezinih temeljnih vrednota, ideala, načela i sloboda. Među njima su ponajprije ona koja trebaju uspostaviti takve društvene odnose u cijeloj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji koji će omogućiti zasnivanje odnosa „među ljudima kao slobodnim i ravnopravnim proizvođačima i stvaraocima, čiji rad služi isključivo zadovoljavanju njihovih ličnih i zajedničkih potreba“ (Ustav SFRJ iz 1963, osnovno načelo II, st. 1).

Tako normiran legitimni ustavni cilj i ideal treba se zasnivati i ostvarivati na sustavu društvenih odnosa koji počivaju na: a) društvenom vlasništvu sredstava za proizvodnju, koja isključuju povratak „bilo kog sistema eksploatacije čovjeka od strane čovjeka i koja, ukidanjem otuđenosti čovjeka od sredstava za proizvodnju i drugih uslova rada, obezbeđuje uslove za samoupravljanje...“; b) „oslobođenje rada kao prevazilaženje istorijskih

uslovljenih društveno-ekonomskih nejednakosti i zavisnosti ljudi u radu, koja se obezbeđuje ukidanjem najamnih odnosa, samoupravljanjem radnih ljudi...“; c) pravu čovjeka „kao pojedinca i člana radne zajednice, da uživa plodove svoga rada i materijalnog napretka društvene zajednice prema načelu: Svatko prema sposobnostima – svakom prema njegovom radu...“; d) „samoupravljanju radnih ljudi u radnoj organizaciji; slobodno udruživanje radnih ljudi, radnih i drugih organizacija i društveno-političkih zajednica radi zadovoljavanja zajedničkih potreba i interesa...“; e) „demokratski politički odnosi, koji omogućavaju čoveku da ostvaruje svoje interese, pravo samoupravljanja i druga prava i uzajamne odnose...“; f) „jednakost prava, dužnosti i odgovornosti ljudi, u skladu s jedinstvenom ustavnošću i zakonitošću...“; g) „solidarnost i saradnja radnih ljudi...“; h) „ekonomska i socijalna sigurnost čoveka“ (Ustav SFRJ iz 1963, osnovno načelo II, st. 1). Ove vrednote, ideali i načela su osnova za društveno-ekonomski i politički sistem koji „proizlazi iz ovakvog položaja čovjeka i služi njemu i njegovoj ulozi u društvu“, istaknuto je u Osnovnom načelu II Ustava iz 1963.

2. USTAV SFRJ IZ 1963. GODINE, NOVITET U SUVREMENOM KONSTITUCIONALIZMU

Navedene vrednote, ideali, načela i slobode na kojima, u supstancijalnom smislu, počiva i iz kojih proizlazi sadržaj Ustava iz 1963. godine, time nisu iscrpljena. Dapače, koliko god ona bila važna, njih se ne može i ne smije razmatrati bez svih ostalih vrednota, ideala, načela i sloboda sa držanih u Osnovnim načelima od I do IX Ustava iz 1963. godine. Tek sva ona uzeta kao cjelina čine potpunu i validnu osnovu za tumačenje i sagledavanje cjeline Ustava iz 1963. godine, te njegove uloge, značaja i moguće (dosljedne) ostvarivosti u realnim društvenim odnosima. Ili u konkretnom smislu za njegovo proučavanje i spoznavanje kao konkretnog i funkcionalnog¹ ustavnog teksta. Da je tome tako, upućuju nas i načela koja se odnose na prava i slobode konstitutivnih naroda te narodnosti koji s njima zajedno žive i njihovih socijalističkih republika kao konstitutivnih dijelova SFRJ kao federativne države. Zatim, prava i slobode naroda i narodnosti koji žive u socijalističkim autonomnim pokrajinama u okviru Socijalističke Republike

¹ Pristup ustavu kao formalnom i funkcionalnom pravnom aktu prihvaćam u sadržajnom poimanju kako to čini McCormick u svojoj knjizi: „Institucije prava“ (2014,78), gdje piše „ustave treba shvatiti u funkcionalnom smislu, iako oni obično imaju i formalni te precizno definirani tekst usvojen nekim ustavnopravnim činom. Da bi država stekla ili održala obilježje pravne države u kojoj se vladavina prava u izvršavanju njezine vlasti u znatnoj mjeri ostvaruje, formalni ustav treba biti i funkcionalan – te djelujući – ustav.“

Srbije kao jedne od federalnih jedinica. Počevši od prava „svakog naroda na samoopredjeljenje uključujući i pravo na odcjepljenje“, pa nadalje, sve do načela na kojima počivaju međusobni odnosi između socijalističkih republika i socijalističkih autonomnih pokrajina, te njih prema SFRJ kao zajedničkoj federalnoj državi. Ne ulazeći u raspravu svih tih načela, vrednota, sloboda i ideala, ponajprije iz svrhe i namjene ovog rada te njome određenog njegovog opsega, odlučio sam se da o ovom problemu govorim na temelju analize načela ustavnosti i zakonitosti. I to polazeći od njegovog ustavnog reguliranja, te njegovog utjecaja, opsega i dosega na ustavnopravni položaj socijalističkih republika prema federaciji. Ali i na decentralizaciju zakonodavne vlasti, odnosno na ustavnu i zakonodavnu autonomiju socijalističkih republika u odnosu na Federaciju s jedne strane, a s druge strane kako je tako ustavno inaugurirano i propisano načelo ustavnosti i zakonitosti moglo utjecati na ostvarivanje vladavine prava u SFRJ.

Ustav SFRJ iz 1963. godine sam po sebi je, polazeći od njegovog formalno pravnog i supstancijalnog izričaja, novitet u ustavnopravnoj konstitucionalizaciji države koji do njegova pojavljivanja nije poznavala ni praksa ustavne regulacije ni teorijska spoznaja. Njegova originalnost proizlazila je upravo iz njegovog legitimnog cilja koji je bio usmjeren k ustavnopravnom ustroju društvene i državne zajednice koja počiva u društveno-ekonomskom i društveno-političkom smislu na novim socijalističkim samoupravnim odnosima među ljudima koji nisu u takvom obliku i sadržaju do tada egzistirali nigdje u svijetu, pa ni na prostoru same SFRJ.² Naime, i u SFRJ je on bio jedan od instrumenata nositelja ideološko-političke volje kakvo društvo treba izgraditi, a ne kako ono u realnosti egzistira. U tom smislu, radi se o revolucionarnom ustavotvorstvu³ zasnovanom na ideološkim pretpostavkama s velikim upitnikom koliko su one u realnom životu utemeljene i/ili su kao ideja, neovisno koliko je ona dobra ili loša utopija. Istovremeno nastojao je sadržajno obuhvatiti i sva nova dostignuća suvremenog konstitucionalizma kao što su: jamstvo i zaštita ljudskih prava i sloboda, ustavno sudovanje,⁴ elemente demokratskih načela u izboru i ustroju

² Sustav društvenih odnosa uređen ustavnim tekstom koji počiva na sredstvima u društvenom vlasništvu, samoupravljanju i vlasti radničke klase i svih radnih ljudi povijesni je pokušaj stvaranja novog slobodnog društva koji je pokušao samo na prostoru bivše SFRJ. Trajao je do disolucije SFRJ koja je nastupila početkom devedesetih godina.

³ Revolucionarno ustavotvorstvo poimam u sadržajnom smislu kako ga definira Isensee Josef, profesor ustavnog prava iz Njemačka u svojoj knjizi „Država, ustav, demokracija“ (Isensee 2004, 99).

⁴ „Jedna moderna zapadna demokracija (a smatram i bilo koja druga, pa tako i socijalistička, makar ona bila i samoupravna – primjedba M.A.) ne može se zamisliti bez ustavnog sudstva. Posebno, ostvarenje ideje ljudskih prava jedva da se može zamisliti bez djelovanja ustavnog sudstva. Najplemenitiji zadatak imaju pravni poredak i organi koji ga provode, tj. zaštitu slabijeg, zaštitu

tijela državne vlasti u okvirima jednopartijskog sustava, što je *contradictio in adjecto* s jedne strane, a s druge strane, ipak relativizira totalitarni oblik vlasti i stvara osnovu za njezinu transformaciju u autokratsku vlast, u okviru jednopartijskog političkog sustava.⁵ Zapravo je u svoj sadržaj kooptirao sve bitnije elemente ustava trećeg tipa u *Sweetovom* smislu, iako nije počivao na građanskom tržišnom i višestranačkom demokratskom sustavu.⁶

Na temelju tih činjenica s pravom možemo reći da se Ustav iz 1963. godine uvrstio u teorijsku koncepciju suvremenog modernog konstitucionalizma.⁷ Dakako, u svom formalno-pravnom izričaju, dok ocjena o tome koliko je on i funkcionalan ustav, moguće je dati tek nakon procjene u kojoj ga mjeri društveni poredak ostvaruje, odnosno „priznaje, štiti i razvija“ polazeći od „temeljnih načela“ suvremenog ili modernog konstitucionalizma (Bačić 2010, 78). No, potonje ne isključuje ocjenu da je po svom formalnom sadržaju i izričaju Ustav iz 1963. godine kao ustavno-pravni akt novitet koji se, upravo, po njemu izdvaja kao novi ustavni akt u odnosu na

-
- manjina, u posebnoj je mjeri i zadatak ustavnog sudstva. To se ne može dovoljno naglasiti.“ Ovo ističe Ludvig Adamovič (Ludwig Adamovich), ex predsjednik Ustavnog suda Austrije, na predavanju u Osijeku 1996. godine na temu: „Ustavni sud Austrije – prošlost, sadašnjost, vizija“.
- ⁵ Ustav SFRJ iz 1963. godine, uveo je niz novina u ustavnom uređenju Jugoslavije. Uz navedene u tekstu ovog rada možda nije nevažno reći da je njime promijenjeno ime savezne države i to iz Federativna Narodna Republika Jugoslavija (FNRJ) u SFRJ. No, veliki i značajan novitet koji je ustavotvorac donio Ustavom SFRJ iz 1963. godine jeste institucionaliziranje ustavnog sudovanja i Ustavnog suda SFRJ. Tako je SFRJ postala prva socijalistička zemlja u svijetu s ustavnim sudom i ustavnim sudovanjem. Potrebno je naglasiti da su i sve socijalističke republike, konstitutive članice SFRJ, svojim ustavima propisale ustavno sudovanje i utvrdile svoje ustavne sudove.
- ⁶ Sweet Alec Slone, pišući o ustavu trećeg tipa u svom radu „Ustavi i sudska vlast“ (2013, 165) ističe: „Jedan od najvažnijih razvoja u globalnoj politici posljednjih pedeset godina bila je konsolidacija ustava trećeg tipa kao standarda bez suparnika. Poanta nije u tome da su svi ustavi trećeg tipa jednaki. No, važna je široka globalna konvergencija u vjerovanjima da se samo ustavi trećeg tipa smatraju „dobrim“ ustavima. Ta se konvergencija naziva novim konstitucionalizmom [...] Nauk novog konstitucionalizma uključuje sljedeće: državne institucije uspostavljaju se pisanim ustavom i svoje ovlasti izvode isključivo iz njega; taj ustav propisuje konačnu vlast narodnu posredstvom izbora ili referendumu: prakticiranje javne vlasti, uključujući zakonodavnu vlast, zakonito je samo ako je u skladu s ustavnim pravom: ustav jamči katalog prava i ustav ustavnog sudstva za obranu tih prava; sam ustav specificira kako se može revidirati; ustavi uspostavljaju postupke koje treba slijediti u stvaranju različitih oblika prava. To su proceduralna ograničenja. Ako se postupak ne slijedi, stvorena pravna norma (zakon, administrativna odluka sudska presuda) ustavno nije valjana; prava su različiti tip metanorme po tome što nameću supstantivna ograničenja obavljanju javne vlasti.“
- ⁷ Kad se određuje naspram pojma suvremenog ili modernog konstitucionalizma, profesor Petar Bačić piše da tada „mislimo na skup pravnih i političkih ideja koje su se u zapadnom svijetu razvijale od pojave prosvjetiteljstva sve do današnjih dana. To su koncepti koji čine osnovu ustavno-demokratske političke i pravne misli i dioba i ograničenje državne vlasti, priznavanje i zaštita određenih osobnih prava (npr. zaštita privatnog vlasništva), te predstavnička vladavina. Te pojmove možemo promatrati i kao pokazatelje ustavnog razvoja svake suvremene države i društva“ (Vidjeti Bačić 2010, 78).

sve druge ustavne akte tadašnjeg demokratskog kapitalističkog i/ili nedemokratskog socijalističkog svijeta.

3. KLJUČNE ODREDBE USTAVA SFRJ IZ 1963. GODINE I AMANDMANA XVIII NA NJEGA O USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI

Posebni novitet uveo je Ustav SFRJ iz 1963. godine u konstitucionalizaciji savezne države, i međuodnosa s njom, njezinih konstitutivnih jedinica, tj. socijalističkih republika i socijalističkih autonomnih pokrajina,⁸ koji, također, do tada nije bio poznat u ustavnopravnoj teoriji i u ustavnoj regulativi federativnih država. Taj novitet je sadržan u specifičnom, njemu (Ustavu SFRJ iz 1963. godine i kasnije Ustavu SFRJ iz 1974. godine) imanentnom načinu ustavnog kreiranja i reguliranja načela ustavnosti i zakonitosti. Ponajprije u njegovom području ispoljavanja koji se odnosi na ustavno reguliranje međuodnosa ustavnih i zakonskih akata konstitutivnih jedinica i federacije u okviru jedinstvenog ustavno-pravnog poretka federalne države, konkretno SFRJ.

Ključne odredbe koje se odnose na ovo područje i bitne su za njegovo proučavanje sadržane su u „Glavi VII. Ustavnost i zakonitost“, zatim u Amandmanu XVIII na Ustav iz 1963. godine, te u „Glavi XIII. Ustavni sud Jugoslavije“.

Najbitnije među njima su:

a) Glava VII, Ustavnost i zakonitost

Član 147.

Svi propisi i drugi opšti akti moraju biti u suglasnosti sa Ustavom Jugoslavije.

Svi propisi i drugi opšti akti koji se donose u republici moraju biti u suglasnosti i sa republičkim ustavom.

Član 148.

Republički ustav ne može biti u suprotnosti sa Ustavom Jugoslavije.
Republički zakon mora biti u suglasnosti sa saveznim zakonom.

⁸ Socijalističke autonomne pokrajine Vojvodina i Kosovo i Metohija u sastavu Socijalističke Republike Srbije pravno su dobile prve elemente konstitutivnih jedinica SFRJ tek Amandmanom XVIII na Ustav SFRJ iz 1963. godine, koji je donesen 1968. godine. Ovim Amandmanom „se u federativnom sistemu Jugoslavije pojavio još jedan, treći zakonodavac, tj. pokrajinski...“ vidjeti kod: Ivančević 1983, 37.

Svi ostali propisi i drugi opšti akti koje donose državni organi moraju biti u suglasnosti sa zakonom.

Statuti društveno-političkih zajednica, kao i statuti i drugi opšti akti radnih i drugih samoupravnih organizacija, moraju biti u suglasnosti sa ustavom i zakonom.

Član 149.

Ako je republički ustav u suprotnosti sa Ustavom Jugoslavije, primeniće se Ustav Jugoslavije.

Ako republički zakon nije u suglasnosti sa saveznim zakonom, primeniće se do odluke Ustavnog suda Jugoslavije savezni zakon.

Kad sud smatra da zakon koji treba primeniti nije u suglasnosti s ustavom, predložiće nadležnom vrhovnom sudu da pokrene postupak za ocenjivanje suglasnosti tog zakona s ustavom.

Član 150.

Ustavni sudovi odlučuju o suglasnosti zakona sa ustavom i o suglasnosti drugih propisa i opštih akata s ustavom i zakonom.

Ustavni sudovi, suglasno zakonu, pružaju i zaštitu prava samoupravljanja i drugih osnovnih sloboda i prava utvrđenih ustavom, kad su ove slobode i prava povređeni pojedinačnim aktom ili radnjom, a nije obezbeđena druga sudska zaštita.

b) Amandman XVIII

(konkretno njegovi stavci 3, 4, 5. i 6, toč. 2)

Prava i dužnosti autonomne pokrajine utvrđuju se pokrajinskim ustavnim zakonom u skladu sa načelima Ustava Jugoslavije i sa republičkim ustavom.

Za vršenje zadataka i poslova iz oblasti Ustavom utvrđenih isključivih prava i dužnosti federacije, na teritorijima autonomnih pokrajina odgovorne su i autonomne pokrajine u okviru svojih prava i dužnosti utvrđenih u skladu sa ustavom.*

Federacija štiti Ustavom utvrđena prava i dužnosti autonomnih pokrajina.

U slučaju nesuglasnosti saveznog zakona i zakona pokrajine, do odluke Ustavnog suda Jugoslavije primjenjuje se savezni zakon.

(*Odredbe toč. 2, st. 3. ovog amandmana, zamijenjena je Amandmanom XXXI, a odredba toč. 4, st. 3, ukinuta je Amandmanom XX)

c) Glava XIII. Ustavni sud Jugoslavije,
(čl. 241, st. 1, toč. 1, 2. i 3)

Ustavni sud Jugoslavije:

1. odlučuje o suglasnosti zakona sa Ustavom Jugoslavije;
2. odlučuje o suglasnosti republičkih zakona sa saveznim zakonom;
3. odlučuje o suglasnosti drugih propisa i drugih opštih akata organa i organizacija sa Ustavom Jugoslavije, saveznim zakonima i drugim saveznim propisima:

Član 244.

Ustavni sud Jugoslavije daje saveznoj skupštini mišljenje o tome da li je republički ustav u suprotnosti sa Ustavom Jugoslavije.

4. KRITIČKA OPAŽANJA GLEDE USTAVNE I ZAKONSKE AUTONOMIJE U ODNOSU NA SFRJ PO USTAVU IZ 1963. GODINE

Analizom citiranih odredbi Ustava iz 1963. godine, zatim citiranih dijelova Amandmana XVIII na njega, možemo utvrditi nekoliko stajališta koja su važna za razumijevanje jedinstva i konzistentnosti ustavnopravnog sustava SFRJ, posebice u odnosu na njegovu hijerarhijsku dimenziju. Zatim, kako se iz načela ustavnosti i zakonitosti može iščitati zakonodavno-pravna autonomija socijalističkih republika i autonomnih pokrajina, te u konačnici pitanje decentralizacije i dekoncentracije državne vlasti s federacije i njezinih organa prema socijalističkim republikama i autonomnim pokrajinama i njihovim tijelima.

Pravni sustav⁹ kao sveukupnost pravnih propisa koji pravno uređuju društvene odnose da bi bio primjenjiv i efikasan kao pravni poredak, zahtijeva svoju homogenost odnosno međusobnu nomotehničku usklađenost, jasnoću i preciznost upotrijebljenih pojmova i akata, dostupnost i njihovu razumljivost svim svojim adresatima. U kojoj mjeri je stipulacija formalnog teksta Ustava iz 1963. godine koji se odnosi na načela ustavnosti i zakonitosti,

⁹ U ovom radu se pod pravnim sistemom razumijevaju isključivo pravni propisi u njihovom hijerarhijskom poretku i to tako da su niži pravni akti u hijerarhijskom poretku pravnog sistema podređeni višim i *vice versa* da su viši pravni propisi (akti) u toj hijerarhijskoj strukturi nadređeni nižim pravnim propisima (aktima). Za razliku od njega, koji je, zapravo, jednodimenzionalan, pravni poredak ima svoju dvodimenzionalnost, sadržanu u normativnoj i stvarnoj komponenti. Drugim riječima, pravni poredak je po svom opsegu širi pojam od pravnog sistema, jer obuhvaća sve pravne propise konkretnog pravnog sistema, ali i stvarno djelovanje (činjenje, nečinjenje i propuštanje) svih adresata na koje se odnosi i to u konkretnom vremenu i prostoru.

utjecala i doprinosila navedenim zahtjevima kojima bi trebao udovoljavati cijeli ustavnopravni sustav na čijem je vrhu upravo on kao njegov najviši akt i najviše pravo, važno je sagledati kako radi njega samog tako osobito i zbog ciljeva koji su se takvim njegovim sadržajem htjeli postići. Naprosto zbog toga što njihova prihvatljivost za sve adresate, sama operabilnost i implementiranost ovisi o njihovoj (ne)razumljivosti, jasnoći, međusobnoj usklađenosti i konzistentnosti.

4.1. O ustavnoj autonomiji republika prema federaciji

Nije potrebno ulaziti u detaljnu analizu sadržaja citiranih odredbi da bi se moglo zauzeti stajalište da većini izloženih zahtjeva svojim normiranjem načela ustavnosti pa makar se radilo o novitetu ustavotvorac Ustava iz 1963. godine nije udovoljio. Nekoliko je pitanja koja me ovlašćuju da zauzmem ovakvo stajalište. Prvo, nepobitna je činjenica da je već stavkom 1. člankom 147. propisano da „svi propisi ...“ itd. moraju biti u suglasnosti s Ustavom Jugoslavije. Isti pristup u odnosu na načelo ustavnosti odnosi se i na sve propise koji se donose u republici glede njihove suglasnosti s ustavom republike. S druge strane, stavkom 1. članka 148. propisano je da republički ustav ne može biti u suprotnosti s Ustavom „Jugoslavije“. Kako je i Ustav propis, očigledno je da je odredba stavka 1. članka 148. terminološki neusklađena s odredbom stavka 1. članka 147. Ustava SFRJ. To potpuno jasno proizlazi iz upotrebe pojmova u suglasnosti (stavak 1. članak 147.) i ne može biti u suprotnosti (stavak 1. članak 148). Sama upotreba ovih pojmova, a bez ustavnog utvrđenja minimuma elemenata koji se moraju ustavno-pravno ispuniti da bi se definirao pojam „suprotnost“ i mogla povući njegova diferencija u odnosu na pojam „suglasnost“, otvara pitanje što se pod njima u sadržajnom smislu valja razumijevati s jedne strane, a s druge strane dok se taj sadržaj ne odredi u općeprihvaćenom poimanju oni mogu i izazivaju različito poimanje i tumačenja ne samo kod laika, već i kod pravnih eksperata.

Na ovaj problem je već, u svojoj skripti „Nomotehnika“ upozoravao prof. dr. sc. Vladimir Horvat, uz iznošenje svojih teorijskih stavova što se pod njima ima razumijevati. On o tome piše: „Tome bismo dodali da u pravnoj teoriji i njezinoj interpretaciji normi sadržanih u općim pravnim aktima valja terminološki, pojmovno i pravno precizirati izraze suprotnost i usklađenost odnosno u pravnim propisima sadržane formulacije u suprotnosti i protivno te u skladu ili u suglasnosti“ (Horvat 1980). „Po našem mišljenju dvije su pravne norme (odnosno dva opća pravna akta) „u

suprotnosti“ – kad se jednom normom ili aktom, priznato subjektivno pravo ne bi moglo realizirati primjenom druge norme. Stoga je razumljivo da moraju biti ništavne odredbe samoupravnih općih akata kojima se sadržaj nekog subjektivnog prava utvrđuje suprotno sadržaju tog prava utvrđenog u zakonu. Naprotiv, dvije pravne norme ili dva opća pravna akta nalaze se u „suglasnosti“ ili u „skladu“ kada jedna iz druge sadržajno proizlaze. Iz toga slijedi da pravni akti koji moraju biti u skladu ili u suglasnosti, stoje u hijerarhijskom odnosu pa postoji ustavom i zakonom utvrđeni postupak kojim se hijerarhijski niži akt ukida, odnosno poništava“ (Horvat 1980, 37).

Drugo, ponuđenim odgovorima na postavljena pitanja, iako su oni u svom sadržaju točni, samo smo na njih dobili djelomičan odgovor. Naime, ostaje i dalje pitanje radi li se u hijerarhijskom smislu o usklađenosti pravnog sustava kada niži pravni akt (ustav republike) ne mora biti u suprotnosti s višim pravnim aktom (Ustavom SFRJ) ili ne. To tim prije kada republički zakon mora biti u suglasnosti s republičkim ustavom (čl. 147, st. 2), ali i sa saveznim zakonom (čl. 148, st. 2). Takva regulacija otvara sama po sebi drugo pitanje, a to je u kojem su međuodnosu republički ustav i savezni zakon u hijerarhijskoj strukturi ustavno-pravnog sustava SFRJ.

Na postavljena pitanja nije lako dati odgovor niti on može biti jednostavan. Ponajprije zbog činjenice da hijerarhijska struktura pravnog sustava, po prirodi stvari podrazumijeva, da pravni akti unutar njega čine jedinstveni pravni predak uspostavljen na temelju podređenosti nižeg pravnog akta višem, odnosno nadređenosti višeg pravnog akta nižem. Stoga na postavljena pitanja nije moguće dati odgovor, a da se prije ne sagleda koji je legitiman cilj imao ustavotvorac kada je takvom regulacijom načela ustavnosti i zakonitosti postavio međuodnose između republičkog i federalnog ustava, na jednoj strani i republičkog ustava prema federalnom (saveznom) zakonu na drugoj. Zapravo se nužno otvara pitanje ustavne i zakonodavne autonomije republika na jednoj strani i na drugoj strani pitanje vladavine prava prilikom provede ustavno-pravnog poretka.

Propisujući da republički ustav ne može biti u suprotnosti s Ustavom Jugoslavije, ustavotvorac je 1963. godine normom ustavne snage (federalnog ustava) uz zakonodavnu uveo i ustavnu autonomiju socijalističkim republikama kao konstitutivnim članicama federacije. Svojim ustavnim utvrđenjem on je istovremeno potvrdio državno-pravni status svakoj od socijalističkih republika s pravom da ima svoj ustav koji ne može biti u suprotnosti s Ustavom SFRJ. Istovremeno, takvo ustavno utvrđenje međuodnosa između republičkog i federalnog ustava bio je izraz legitimne (moguće) namjere i cilja saveznog ustavotvorca da republikama otvori prostor

ustavno-pravne autonomije, ali u okviru ustavnog okvira utvrđenog u Ustavu SFRJ. Sama po sebi ustavno-pravna autonomija je sadržajno obuhvaćala a) djelomičnu decentralizaciju i b) dekoncentraciju državne, u prvom redu zakonodavne vlasti. Decentralizacija i dekoncentracija zakonodavne vlasti očitovale se u ustavno-pravnoj činjenici da je Ustav iz 1963. godine u SFRJ inaugurirao u početku dva zakonodavca – federalnog i republičkog. Kako sam rekao u početku, vrlo brzo, pod pritiskom (ne)opravdanih zahtijevanja od strane socijalističkih autonomnih pokrajina, Amandmanom XVIII na Ustav iz 1963. godine, inaugurirat će i trećeg zakonodavca, ali ne i ustavotvorca. To su tim Amandmanom postale socijalističke autonomne pokrajine. Međutim, Amandmanom XVIII socijalističke autonomne pokrajine nisu dobile pravo da donesu svoje ustave, već su dobile samo pravo da se njihova prava i dužnosti utvrđuju ustavnim zakonom u skladu s načelima Ustava „Jugoslavije i s republičkim ustavom“ (Amandman XVIII na Ustav iz 1963. godine, toč. 2, st. 2). Uzgred budi rečeno, vrlo brzo, donošenjem novog Ustava SFRJ 1974. godine socijalističke autonomne pokrajine su uz status zakonodavca, dobile i status ustavotvorca, jer su dobile ustavno pravo da svoja prava i dužnosti uređuju vlastitim ustavima. Takav ustavni status im je potvrđen i Ustavom Socijalističke Republike Srbije iz 1974. godine. Međutim, po Ustavu iz 1974. godine pokrajinski ustavi nisu mogli biti kao i republički u suprotnosti s Ustavom SFRJ (Ustav SFRJ iz 1974. godine, čl. 206, stavak 1), ali uz to oni nisu mogli biti u suprotnosti ni s Ustavom Socijalističke Republike Srbije (Ustav Socijalističke Republike Srbije iz 1974. godine, čl. 226).

Odgovor na pitanje što u sadržajnom smislu znači da republički ustavi ne mogu biti u odnosu na Ustav federacije, u suprotnosti, zapravo istovremeno daje i odgovor na pitanje kakva je kvaliteta ustavnopravne i zakonodavne autonomije te na temelju nje izvršene decentralizacije zakonodavne vlasti.¹⁰

Prvo što smatram potrebnim reći jeste ustavnopravna činjenica da Ustav SFRJ i ustavi socijalističkih republika nisu u istom rangu na ljestvici hijerarhijske strukture pravnih propisa (akata) koji čine pravni sustav SFRJ. Neovisno o istom nazivu, ipak je neupitna stanovita nadređenost Ustava SFRJ ustavima socijalističkih republika, odnosno podređenost potonjih Ustavu SFRJ. Navedena konstatacija proizlazi iz same stipulacije načela

¹⁰ Jedno od obilježja državnosti jest i pravo da tako organizirane zajednice ljudi na određenom teritoriju imaju suverenu vlast da same svojim ustavom uređuju svoje društvene odnose. Kada su one povezane s drugima u neki oblik savezne države, sama činjenica njezine ustavne samostalnosti upućuje na zaključak da se radi o konfederativnom savezu. Ako postoji ustavna povezanost između njih saveznom ustavom, to je prvi pokazatelj da se radi o federaciji. No što je ta povezanost manja i slabija to je veza unutar federacije labavija, odnosno slabija.

ustavnosti u dijelu koji se odnosi na međudnos (s tog aspekta) između republičkih i federalnog Ustava.¹¹

Drugo je pitanje koliki je prostor ustavne autonomije otvoren socijalističkim republikama ustavnom stipulacijom načela ustavnosti po kojem republički ustavi ne mogu biti u suprotnosti s Ustavom SFRJ. Uz već citirano stajalište profesora Horvata smatram da je moguće prostor tako uspostavljene ustavne autonomije socijalističkih republika interpretirati i na sljedeće načine. Ponajprije ne bi bilo neprihvatljivo, po mom mišljenju, postupanje republičkog ustavotvorca ako bi neko pitanje odnosno društveni odnos koje nije regulirao federalni Ustav samostalno regulirao. Samo i u tom slučaju, u sadržajnom smislu odredba republičkog ustava ne bi smjela biti u suprotnosti sa sadržajem saveznog Ustava, a morala bi, u skladu s člankom 108. stavkom 3. biti u skladu s njegovim načelima.

Treće; u razradi pojedinih ustavnih načela, prava, sloboda i dužnosti koji su sadržani u federalnom ustavu, smatram da republički ustavotvorac ima široko područje vlastite regulative, ali je nesporno dužan voditi računa da u toj regulativi ne stipulira u procesnom i/ili sadržajnom smislu takvu odredbu u republičkom ustavu koja bi bila suprotna sadržaju pojedine odredbe i/ili bila nesuglasna s načelima Ustava SFRJ kao cjeline.

Četvrto; na temelju članka 108. stavka 3. u vezi sa stavkom 1. istog članka Ustava SFRJ iz 1963. godine koji propisuje: „Prava i dužnosti republike utvrđuju se republičkim ustavom u skladu s načelima ovog ustava“ (Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 108, stavak 3). Kako se, u osnovi, sva prava i dužnosti socijalističke republike kao državne socijalističke demokratske zajednice zasnovanoj na vlasti radnog naroda i samoupravljanju (vidjeti pobliže: Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 108, st. 1), uređuju u republičkom ustavu, to je člankom 108. stavkom 3. određena linija razgraničenja do kojeg stupnja seže ustavna autonomija socijalističke republike u odnosu na federaciju odnosno ustava socijalističke republike u odnosu na Ustav SFRJ. Krajnji doseg do kojeg republički ustav može imati svoju autonomiju u odnosu na federalni je, zapravo, određen s dva mjerila. Prvim, njegov sadržaj odnosno on sam ne može biti u suprotnosti pojedinim odredbama sadržanim u člancima Ustava SFRJ, i drugo, prava i dužnosti republike koja se uređuju republičkim ustavom moraju biti u skladu s načelima federalnog ustava. Drugim riječima, ustav socijalističke republike u svom sadržajnom smislu koji se odnosi na uređenje prava i dužnosti republike mora biti u

¹¹ Stupanj nadređenosti Ustava SFRJ iz 1963. godine ustavima socijalističkih republika još je razvidnija ako se ima u vidu njegova odredba članka 108. stavka 3. koji propisuje „Prava i dužnosti republike uređuje se republičkim ustavom u skladu s načelima ovog ustava.“

skladu s načelima federativnog ustava, odnosno odredbe republičkog ustava kojima se uređuje ovo područje moraju biti u skladu s načelima višeg pravnog akta (Ustava SFRJ). Zapravo, ustav republike u odnosu na načela federalnog ustava se nalazi u čistom i čvrstom hijerarhijskom odnosu, odnosu podređenosti nižeg pravnog akta prema načelima na kojima počiva viši pravni akt, tj. federalni ustav. U svim drugim područjima on ne može u materijalno-pravnom, dakle sadržajnom smislu, biti u suprotnosti s federalnim Ustavom, odnosno Ustavom SFRJ.

Peto; savezni ustavotvorac je *expressis verbis* propisao i koje su posljedice u slučaju kada je republički ustav u suprotnosti s Ustavom SFRJ. Tako Ustav SFRJ iz 1963. godine izričito propisuje u članku 149. stavku 1. „Ako je republički ustav u suprotnosti s Ustavom Jugoslavije, primjenić se Ustav Jugoslavije“ (Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 149, st. 1).

Međutim, za poštivanje i ostvarivanje vladavine prava iznimno je važno znati koje je tijelo nadležno utvrditi je li republički ustav suprotan Ustavu Jugoslavije i ako to utvrdi tko će donijeti odluku po sili samog Ustava SFRJ da se tada primjenjuje on, a ne republički ustav. Postupak koji se provodi u ovakvom slučaju, kao i u konačnici nadležno tijelo koje donosi konačnu odluku, ne samo da ne daju nužna, potrebna i u demokratskom društvu opravdana jamstva da će to učiniti u skladu s vladavinom prava, već se s pravdom može zaključiti da će to učiniti u skladu s voljom političke vlasti te njezinih interesa i potreba. Naime, u konačnici, odluku je li ili nije republički ustav u suprotnosti s Ustavom Jugoslavije donosi Savezna skupština na temelju mišljenja o tom pitanju koje joj daje Ustavni sud Jugoslavije (Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 244).

Prilikom zauzimanja stajališta na osnovu kojih će donijeti svoje mišljenje, Ustavni sud SFRJ ocjenjuje je li republički ustav u suprotnosti s federalnim polazeći od cjeline ustavnih tekstova.¹² Dakle, počevši od načela

¹² Kod provođenja apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti (u ovom slučaju ocjene ustavnosti jednog ustavnog akta prema drugom ustavnom aktu), ustavnim aktima se pristupa u njihovoj cjelini (sveukupnosti), naprosto stoga što je ustavni akt sam po sebi cjelina. O potrebi uzimanja ustava kao cjeline kad se u odnosu na njega provodi postupak apstraktne kontrole ocjene ustavnosti i zakonitosti, u svojoj praksi ustavnog sudovanja zauzeo je stajalište Ustavni sud Republike Hrvatske riječima: „Ustav čini jedinstvenu cjelinu. Njemu se ne može pristupati na način da se iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju izvlači jedna odredba pa se ona onda tumači zasebno i mehanički, neovisno o svim ostalim koje su Ustavom zaštićene. Ustav posjeduje unutarne jedinstvo i značenje pojedinog dijela vezano je uz sve ostale odredbe. Promatra li ga se jedinstveno Ustav odražava pojedina sveobuhvatna načela i temeljne odluke u vezi s kojima se moraju tumačiti sve njegove pojedine odredbe. Stoga se ni jedna ustavna odredba ne može izvući iz konteksta i samostalno interpretirati. Drugim riječima, svaka pojedina ustavna odredba uvijek se mora tumačiti u skladu s najvišim vrijednostima ustavnog poretka koji su temelj

pa sve do konkretnih sadržajnih odredbi koje su na izravan i/ili neizravan način važne je li utječu i/ili mogu utjecati na ocjenu ustavnosti republičkog ustava u odnosu prema federalnom ustavu. Takva situacija nužno dovodi do toga da Ustavni sud SFRJ ocjenjuje, uz ostalo, u kojem se odnosu s aspekta ustavnosti nalazi republički ustav prema načelima federalnog ustava. Zapravo se svaka ustavna odredba uvijek, kako onog ustava koji se osporava, tako i one sadržane u Ustavu u odnosu na koje se ustavnost prethodne dovodi u pitanje mora tumačiti polazeći od pitanja njihove usklađenosti s načelima na kojima počiva ustav, ali i s njegovim sadržajem kao cjelinom. Upravo ta činjenica otvara kafkijansko pitanje s kojim se moraju suočiti suci Ustavnog suda SFRJ prilikom zauzimanja i davanja mišljenja Saveznoj skupštini je li ili nije osporavani republički ustav u cjelini ili u pojedinom svom dijelu u suprotnosti s federalnim ustavom. Naime, oni su stavljeni u dvostruku poziciju samim normama Ustava SFRJ. Prvo, ocjenjujući osporeni republički ustav moraju ocijeniti je li u skladu s načelima na kojima počiva savezni sustav, barem u pitanjima koje republički ustav uređuje kao prava i dužnosti republike. Drugo, nakon što donese takvu ocjenu tada mora donijeti mišljenje je li osporena odredba ili cijeli ustavni akt republike u suprotnosti s federalnim ustavom. Pođimo od pretpostavke da se radi o pitanju, odnosno odredbi kojom republički ustav uređuje prava i dužnosti republike i da je ta odredba republičkog ustava osporena s aspekta povrede načela ustavnosti pred Ustavnim sudom SFRJ. Ako Ustavni sud utvrdi da ta odredba republičkog ustava nije u skladu s načelima saveznog ustava, unaprijed znamo kakvo će mišljenje, u supstancijalnom smislu glede suprotnosti republičkog ustava s federalnim, donijeti Ustavni sud SFRJ. On nema druge mogućnosti i mora donijeti mišljenje da je osporena odredba republičkog ustava (ili on u cjelini) suprotna saveznom ustavu. Naprosto stoga što ta njegova odredba nije u skladu s načelima saveznog ustava.

Prilikom raspravljanja i odlučivanja o tome je li osporena odredba republičkog ustava u skladu s načelima saveznog ustava nije nevažno upozoriti pred kojim se problemom u donošenju takve ocjene nalaze suci Ustavnog suda SFRJ. Naime, načela na kojima počiva savezni sustav (i/ili bilo koji drugi pravni akt) su u pravilu: a) u odnosu na svoj sadržaj određiva, ali nisu u cijelosti određena; b) ona su kao takva podložna interpretaciji ne samo kao pravne norme već i kao realni sadržaj društvenih odnosa na koje se odnose. Stoga su kod njihovog tumačenja suci izloženi (objektivnim

za tumačenje samog Ustava“ (Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-3789/2003 od 8. prosinca 2010. godine).

razlozima prisutnim u realnoj društvenoj stvarnosti) subjektivnim stavovima o tome što u sadržajnom smislu razumijevaju pod konkretnim načelom i/ili svim načelima u odnosu prema kojima ocjenjuju je li usklađena osporena norma republičkog ustava. Drugim riječima, hoćeš nećeš, na stajalište ustavnih sudaca o usklađenosti osporene norme republičkog ustava s načelima saveznog ustava, utjecat će uz ustavnopravni i drugi, npr. ekonomski, politički, kulturni razlozi.¹³

Kad se tome doda činjenica da je Savezna skupština u postupku raspravljajući i donošenja odluke o tome je li ili nije osporena odredba (ili cijeli akt) republičkog ustava u suprotnosti s federalnim ustavom, dužna se upoznati s mišljenjem Ustavnog suda SFRJ, ali nije kod donošenja konačne odluke njime vezana, onda ipak pretežu razlozi da se s pravom može zaključiti da je njezina konačna odluka primarno politička, a tek onda i ustavno-pravna. Iz izloženog je sasvim razvidno da sveukupna ustavnopravna situacija utvrđena u Ustavu SFRJ glede odlučivanja o mogućoj suprotnosti republičkog ustava (ili njegove pojedine odredbe) prema federalnom Ustavu nije osobito pogodna za ostvarivanje i jačanje vladavine prava i ustava. I to kako u odnosu na subjekte odlučivanja, tako i u odnosu na propisani postupak za odlučivanje te u odnosu na materijalni aspekt osnova za ocjenjivanje ovog oblika ustavnosti.

Sve navedeno upućuje na zaključak da je formalna ustavna autonomija republika u stvarnim ustavno-pravnim odnosima, vrlo relativizirana s aspekta njezine djelotvorne ostvarivosti. Nadalje, propisujući nadležnost Saveznoj skupštini da je ona ovlaštena ocijeniti je li ili nije republički ustav suprotan saveznom, doduše na osnovu mišljenja Ustavnog suda SFRJ, Ustav SFRJ je otvorio još najmanje dva pitanje. Prvo, glede relativiziranja vladavine prava kao jednog od važnog načela ustavnog sustava. Naime, konačnu odluku u ovom pitanju kao i odluku ako je republički ustav u suprotnosti sa saveznom, ona kao najviše političko tijelo vlasti u SFRJ, a ne neovisno i neutralno u odnosu na svaku vlast, državno tijelo koje je vezano u donošenju takvih odluka samo ustavom i vladavinom prava. Drugo, sam Ustavni sud SFRJ se u odnosu na ovo pitanje pojavljuje u ulozi servisnog tijela Saveznoj skupštini, vrlo slično onoj koju u odnosu na nju imaju njezina radna tijela. Takva njegova situacija negira njegovu ulogu kao ključnog tumača ustava, njegovog zaštitnika i čuvara u Haberleovom smislu (Häberle 2009, 353). Naprosto stoga jer takva njegova ustavna situacija u

¹³ Naime, ovdje je prilika za istaknuti „da ideali i vrednote demokratskog društva nisu neutralni. To su kategorije koje imaju moralni sadržaj i čine dijelove određene filozofije“, ističe profesor Petar Bačić (2010, 280).

odnosu na Saveznu skupštinu neupitno potvrđuje njegovu podređenost Saveznoj skupštini kao političkom tijelu, a ne samom Ustavu i njime propisanoj ustavnosti i zakonitosti.

4.2. O zakonskoj autonomiji republika prema federaciji

Prostor zakonodavne autonomije republika je, po mom mišljenju, savezni ustavotvorac propisujući načelo ustavnosti i zakonitosti za republičke zakone u odnosu prema federalnom ustavu i federalnom zakonu značajno suzio s jedne strane, a s druge strane kriterij ocjene pooštrio u odnosu na ocjenu ustavnosti republičkog ustava prema saveznom ustavu.

Ustav SFRJ iz 1963. godine je izrijekom propisao da „Republički zakon mora biti u suglasnosti sa saveznim zakonom.“ (Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 148, st. 2). Drugo; njime je, također izrijekom propisano: „Svi propisi i drugi opšti akti moraju biti u suglasnosti s Ustavom Jugoslavije“ (Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 147, st. 1). „Svi propisi i drugi opšti akti koji se donose u republici moraju biti u suglasnosti i sa republičkim ustavom“ (Ustav SFRJ iz 1963. godine, čl. 147, st. 2).

Kako je iz zbirne imenice „svi propisi“ izdvojen stavkom 1. člankom 148. samo republički ustav i određena mu drugačija kvaliteta odnosa prema Ustavu SFRJ po načelu ustavnosti, to valja zaključiti da se pod zbirnom imenicom „svi propisi“ nalaze i republički zakoni. Ispravnost ovog zaključka potvrđuje i sam Ustav SFRJ npr. u svojem članku 246. stavku 1. kad propisuje: „Kad Ustavni sud Jugoslavije utvrdi da republički zakon nije u suglasnosti s Ustavom Jugoslavije ili sa saveznim zakonom ...“. Iz citirane stipulacije primjenom metode zaključivanja *argumentum a contrario* proizlazi, nesporno da po Ustavu SFRJ u pojam svi propisi: a) ulaze kako republički, tako i savezni zakoni, drugi propisi i samoupravni opći akti samoupravnih organizacija i zajednica, ali je upitno ulaze li u njega i republički ustavi; b) da i republički i savezni zakoni moraju biti u skladu s njim i c) da republički zakon osim što mora biti u suglasnosti s federalnim i republičkim ustavom, mora biti u suglasnosti i sa saveznim zakonom. Tako propisano načelo ustavnosti i zakonitosti koje se odnosilo na republičke zakone, iznad njih je postavilo tri viša pravna akta (savezni zakon, republički ustav i Ustav SFRJ) s kojim su oni morali biti u skladu. Drugim riječima, navedena tri pravna akta su po svom hijerarhijskom položaju bili nadređeni pravni akti republičkim zakonima. Oni su, slijedom takvog svog hijerarhijskog položaja, u sadržajnom smislu proizlazili iz sadržaja im nadređenih akata.

Kako je vidljivo iz izloženog, Ustav SFRJ je svojom normom odredio ustavni okvir zakonodavne autonomije republikama. Krucijalni kriteriji koji se moraju poštovati za utvrđivanje tih granica propisani su u načelu ustavnosti i zakonitosti kojih se republički zakonodavac mora držati krećući se u svom autonomnom zakonodavnom prostoru prilikom donošenja republičkih zakona. Ti kriteriji su: a) republički zakon mora biti u suglasnosti kako s Ustavom SFRJ, tako i s ustavom republike; b) republički zakon mora biti u suglasnosti sa saveznim zakonom.¹⁴ Uspoređujući položaj republičkog zakona prema saveznom zakonu s takvim položajem republičkog ustava prema Ustavu SFRJ, očigledno je da je kriterij vezanosti, odnosno usklađenosti republičkog zakona prema saveznom zakonu, znatno stroži no što je u međudnosu između republičkog i saveznog ustava. Navedena ustavna situacija je pomalo neočekivana. Naime, bilo bi, po meni normalnije da je stupanj vezanosti republičkog ustava sa saveznim ustavom jači odnosno čvršći no što je to propisano za zakone. Ponajprije zbog same činjenice da se radi o ustavima koji u hijerarhijskom sustavu zauzimaju važniji položaj. Osim toga, nije logično rješenje da republički zakon ima isti stupanj usklađenosti s aspekta ustavnosti i zakonitosti prema saveznom zakonu koji ima prema Ustavu SFRJ i ustavu republike. Naime, takvim pristupom se, po osnovu načela ustavnosti i zakonitosti, savezni zakon *volens nolens* nepotrebno i neopravdano izdiže na rang sličan ustavu. Zapravo bi bilo najlogičnije da je kod načela zakonitosti zadržan isti kriterij u međudnosu između republičkog i saveznog zakona kakav je propisujući načelo ustavnosti utvrdio savezni ustavotvorac za međudnos između republičkog i saveznog ustava, tj. da republički zakon ne može biti u suprotnosti sa saveznim zakonom.¹⁵

Polazeći od izložene ustavno-pravne situacije moglo bi se zaključiti da oni u odnosu na više pravne akte nemaju niti mogu imati nikakav autonomni karakter, što bi nas u konačnici moglo ponukati na zaključak da ne postoji nikakav stvarni, već samo formalni, prostor za zakonodavnu autonomiju republika u odnosu na Federaciju. Međutim, takav zaključak bio bi nepotpun, preuranjen i, zapravo, netočan. Naime, moguće je izložiti konkretne primjere koji pokazuju da je prostor zakonodavne autonomije republika u odnosu na Federaciju postojao i kao takvi je potvrđuju,

¹⁴ U supstancijalnom smislu načelo ustavnosti i zakonitosti za republičke zakone u odnosu prema Ustavu SFRJ, Ustavu SRH i saveznom zakonu utvrdio je i propisao i Ustav SRH iz 1963. godine u svom čl. 239, st. 1.

¹⁵ Uočenu nelogičnost je savezni ustavotvorac otklonio u novom ustavnom tekstu, tj. u Ustavu iz 1974. godine, gdje je u članku 307. stavku 2. propisao: „Republički i pokrajinski zakon i drugi propisi i opći akti ne mogu biti u suprotnosti sa saveznim zakonom ...“ (Ustav SFRJ iz 1974. godine).

unatoč tako utvrđenom načelu zakonitosti u odnosu između republičkog i saveznog zakona.

Navedenu tezu potvrđuje neupitna pravna situacija u slučaju kada zakonodavac nije (neovisno o njegovim razlozima) pojedino pitanje u okviru društvenih odnosa uopće pravno uredio, a republički zakonodavac iz svojih razloga to je pitanje zakonom uredio. U takvoj situaciji, republički zakonodavac mora voditi samo računa o tome da njegov zakon mora biti u skladu, kako s republičkim, tako i sa saveznim ustavom. Briga za njegovo usklađenje sa saveznim zakonom je tada potpuno suvišna. Naprosto zbog toga što saveznog zakona nema. Problem zakonitosti tog republičkog zakona može se (i otvara se) eventualno tek *ex post*, konkretno kada to pitanje zakonom naknadno uredi savezni zakonodavac. Ako bi u odnosu na pojedine odredbe i/ili prema cijelom saveznom zakonu, republički zakon bio neusklađen, to bi po Ustavu SFRJ iz 1963. godine rezultiralo (snagom njegovih odredbi) poništenjem tih odredbi, odnosno cijelog republičkog zakona ako je on kao cjelina neustavan i nužnim zahtjevom da se on uskladi sa saveznim zakonom. Sve do njegovog usklađenja u takvoj situaciji primjenjivao bi se savezni zakon, neovisno o tome što je republički zakon donesen, stupio na snagu i primjenjivao se prije donošenja saveznog zakona.¹⁶

Međutim, treba imati u vidu ustavnu činjenicu da je Ustavni sud Jugoslavije nadležan za provođenje postupka ocjene ustavnosti saveznog zakona. Nastaje vrlo interesantna ustavnopravna situacija kad Ustavni sud Jugoslavije, u postupku ocjene nesuglasnosti republičkog zakona sa saveznim zakonom, utvrdi da savezni zakon nije u skladu s Ustavom Jugoslavije. Tada će po Ustavu (vid. čl. 245, st. 3.) Jugoslavije, Ustavni sud Jugoslavije do donošenja svoje konačne odluke odlučiti da se ne primjenjuju odredbe saveznog zakona koje nisu u suglasnosti sa saveznim Ustavom. *Argumentum a contrario*, sam republički zakon bi se mogao i trebao u tom vremenu i dalje primjenjivati. I to je, nesporno neizravna potvrda zakonodavne autonomije republika.

U prethodnim pravnim situacijama, hipotetski gledano, moglo bi se otvoriti vrlo interesantno ustavno-pravno pitanje od iznimnog značaja za ocjenu stvarne kvalitete, kako ustavne, tako i zakonske autonomije,

¹⁶ Glede ocjene zakonitosti takvog republičkog zakona u odnosu na savezni zakon, Ustavni sud Jugoslavije postupat će u skladu s člankom 246. Istovremeno ovaj članak propisuje kakve posljedice po republički zakon ima odluka Ustavnog suda Jugoslavije kojom je utvrdio njegovu nesuglasnost s Ustavom Jugoslavije ili sa saveznim zakonom, kao i nadležnost tijela i rokove za njegovo postupanje da se otkloni utvrđena neustavnost i/ili nezakonitost republičkog zakona, prije no što on donese odluku o prestanku njegova važenja kao cjeline ili pojedine njegove osporene odredbe.

republika u odnosu na Federaciju, odnosno na stvarno implementiranje vladavine prava u SFRJ. Ta hipotetska situacija mogla bi nastati npr. u slučaju da je republički ustavni sud ocjenjivao ustavnost republičkog zakona prije donošenja saveznog zakona koji uređuje isto pitanje. Nadalje, da je republički ustavni sud nakon provedenog propisanog postupka utvrdio da je republički zakon u skladu s republičkim ustavom. Ako bi se nakon donošenja saveznog zakona (*post festum*) otvorilo pitanje ocjene zakonitosti prema njemu pred Ustavnim sudom SFRJ, Ustavni sud SFRJ bi se našao *volens nolens* u situaciji ne samo da ocjenjuje zakonitost republičkog zakona u odnosu prema saveznom zakonu, već podredno da ocjenjuje kako odluku ustavnog suda republike, tako i republičkog ustava. Dakako, također se otvara pitanje što u odnosu na njih ispituje Ustavni sud SFRJ, obzirom da mu je u konkretnom slučaju zadatak utvrditi je li ili nije republički zakon usklađen sa saveznim zakonom, a savezni zakon je u skladu sa saveznim Ustavom. Kako u kratkom vremenu važenja Ustava iz 1963. godine takvih hipotetskih situacija, koliko mi je znano nije bilo, neću davati moguće odgovore na nju. Ostavljam čitatelju da sam za sebe izvuče moguće zaključke. Dakako, osim jedne konstatacije. Ona se odnosi na ozbiljan prigovor nomotehničkoj kvaliteti Ustava iz 1963. godine. Naime, i ovaj slučaj pokazuje kako je on bio nedorečen, nejasan i otvarao mogućnosti za različite oblike voluntarističkog političkog postupanja, što je u državi vladavine prava jednostavno neprihvatljivo.

Poteškoće u razumijevanju republičke zakonodavne autonomije prema federalnom zakonodavstvu proizlazile su, iz Ustavom SFRJ iz 1963. godine utvrđene, zakonodavne nadležnosti Federacije. Naime, člankom 161. utvrđeno je da u oblasti zakonodavstvo federacija je nadležna da donosi: a) potpune zakone, b) osnovne i c) opšte zakone. S druge strane, republički ustavi su sadržavali odredbu da njihovo zakonodavno tijelo „kao osnovni nosilac prava i dužnosti Republike, neposredno i isključivo: (...) 2) donosi zakone, daje autentično tumačenje republičkih zakona; (...)“(Ustav Socijalističke Republike Hrvatske iz 1963. godine, čl. 170, st. 1, toč. 2). Polazeći od takve ustavne utvrđenosti zakonodavne nadležnosti između federacije i republika, postavlja se pitanje u kojem se okviru kreće zakonodavna autonomija republika.

Polazeći od propisanog načela ustavnosti i zakonitosti koje je važilo za republičke zakone, mogli bi zaključiti da se zakonodavna autonomija republika u odnosu na federaciju, mogla odvijati u sljedeća tri pravca. Prvo; u odnosu na potpune zakone koje je donosila federacija, republika je mogla donositi samo zakone koji su u funkciji provođenja saveznog zakona. U

tom smislu, ovi republički zakoni su, neovisno o svom imenu, imali status provedbenog propisa, odnosno onog koji imaju podzakonski akti. Samim time, u tom slučaju je zakonodavna autonomija republika bila samo formalna. Nikako i funkcionalna. U odnosu na osnovne zakone koje je donosila federacija, republički zakoni su u okviru svoje zakonodavne autonomije imali i/ili mogli imati dvostruku funkciju: a) provedbenu ulogu u odnosu na savezni zakon, ali i mogućnost da nedostatno regulirani odnos saveznim zakonom dodatno svojim zakonom razrade, odnosno propišu razradu prava i obaveza koje je već uredio savezni zakon i to isključivo u skladu sa saveznim zakonom; i b) pravno da uredi i razrade onaj dio društvenog odnosa koji federalni zakon kao osnovni nije obuhvatio. Dakle, da uređuju posebni dio društvenog odnosa kojeg savezni zakonodavac nije uređivao jer, po njemu nije ulazio u njegov osnovni sadržaj. No, i taj dio republičkog zakona je morao biti u skladu sa saveznim zakonom u onom dijelu koji je on uredio. Ali uvijek u skladu i s republičkim i saveznim ustavom.

Treći dio odnosi se na onaj ustavni okvir zakonodavne autonomije koji je savezni zakonodavac ostavljao u skladu s ustavom uređujući pojedini društveni odnos zakonom koji je imao opći karakter. Drugim riječima, ovdje je u zakonodavnu autonomiju republika ulazilo pravo da svojim zakonom uredi sva ona pitanja koja nije uredio opći zakon, dakako u skladu s republičkim i saveznim ustavom, te u skladu sa saveznim zakonom.¹⁷

Veoma brzo je savezni ustavotvorac uočio sve moguće probleme koji proizlaze iz ovakvog ustavnog uređenja zakonodavne autonomije republika u odnosu prema federalnoj zakonodavnoj nadležnosti. Ne samo zbog svoje složenosti, pa samim time i otežanog razumijevanja, već i zbog stvarne praktične provedivosti. S druge strane, kako se zakonodavna autonomija republika zasnivala na njihovom ustavnom pravu utvrđenom u Ustavu SFRJ to je sve više jačala tendencija u republikama da u ovom ustavnom okviru reguliraju društvene odnose kod sebe polazeći od svojih interesa i potreba, a ne vodeći dovoljno računa o zajedničkim interesima na nivou federacije. Savezni ustavotvorac je na takvu situaciju reagirao donošenjem Amandmana XXX na Ustav SFRJ iz 1963. godine. Tim Amandmanom je trodioba zakona na: posebne, osnovne i opće, zamijenjena je zakonima federacije kojim je ona uređivala „osnove prava“, „osnove sistema“, „osnove pravnog položaja i poslovanja“ itd. u društvenim odnosima koji su predmet zakonske regulacije. Dakako, uz one koji su u isključivo njezinoj nadležnosti. Ovaj Amandman je kasnije bio, uz Amandman XVIII, i druge osnova

¹⁷ Slično o tome piše kod: Ivančević 1983, 37–39.

za ustavno uređenje zakonodavne autonomije, pa i jačanju državnosti¹⁸ republika u odnosu na federaciju u Ustavu SFRJ iz 1974. godine. Kako je u formalnom i sadržajnom smislu Ustav SFRJ iz 1974. godine uredio ustavnu i zakonodavnu autonomiju socijalističkih republika i socijalističkih autonomnih pokrajina u sastavu SR Srbije, te koje je takvo uređenje imalo utjecaje na funkcioniranje i održivost federacije, napose u turbulentnim vremenima velikih promjena u svijetu krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina krajem prošlog stoljeća. Možda bi bilo potrebno raspraviti na znanstveno-stručnoj konferenciji koja bi bila posvećena samo tom pitanju.

5. ZAKLJUČNA STAJALIŠTA

Ustav SFRJ iz 1963. godine bio je potpuno novi ustavno-pravni akt po svom sadržaju i pristupu u konstitucionalizaciji države, neovisno jesu li oni, u tadašnjem bipolarnom svijetu, pripadali zapadno-demokratskom ili socijalističkom komunističkom društvenom poretku. Donesen je na području bivše SFRJ sredinom prošlog (dvadesetog) vijeka. Takav zaključak se može, bez zadržske, izvući i na temelju obrade teme ovoga rada, iako je ona po svom sadržaju i opsegu samo dio cjeline tog ustavnog akta.

Analizom samog ustavnog teksta koji se odnosi na tematski sadržaj ovog rada, kako s teorijskog, tako i s nomotehničkog ustavno-regulatornog aspekta, moguće je, uz gornji opći zaključak, zauzeti još nekoliko zaključnih stajališta o ovom ustavnom tekstu.

Prvo, razvidno je, čak i iz ovog njegovog dijela da je Ustav SFRJ iz 1963. godine bio produkt marksističke ideologije i na njoj zasnovanog političkog svjetonazora o tome kakvo društvo treba biti, a ne kakvo ono jest u konkretnoj državi.

Drugo, analizom sadržaja odredbi njegovih članaka koji se odnose na pitanje načela ustavnosti i zakonitosti uočljiv je napor njegova ustavotvorca u nastojanju: a) da navedena načela stavi u funkciju ostvarivanja ideoloških vrednota, načela, ideala i ciljeva na kojima počiva i iz kojih njegov tekst (u cjelini) u supstancijalnom smislu proizlazi; b) da pronade kompromisno rješenje i pomiri zahtjeve koje pred ova načela u modernim državama postavlja vladavina prava, s jedne strane, a s druge strane političke potrebe i interesi vladajuće političke jednopartijske strukture na vlasti; c) da je ovo

¹⁸ Možda je ovdje prilika ukazati na ustavnopravnu činjenicu da su donošenjem Ustava SRJ iz 1974. godine socijalističke autonomne pokrajine u Socijalističkoj Republici Srbiji uz ustavnu i zakonodavnu dobile neizravno i teritorijalnu autonomiju, jer su uz to što su konstitutivni element Socijalističke Republike Srbije, postale i konstitutivnim elementom SFRJ (vidi članka 1. Ustava SFRJ iz 1974. godine, broj 8/74.)

načelo tako ustavno uređeno, pored ostalog i zbog toga, da u složenoj do tada vrlo centralističkoj ustrojenoj državi, otvori prostor njezinoj decentralizaciji i dekoncentraciji prijenosom više normativno-pravnih ovlasti na socijalističke republike - konstitutivne subjekte federacije; d) da je načelo ustavnosti i zakonitosti stavljeno, ne samo u funkciju implementiranja vladavine prava, već i radi povećanja ustavnog okvira utvrđenog u federalnom ustavu koji je namijenjen širenju ustavotvorne i zakonodavne republičke autonomije; e) da je radi ostvarenja načela ustavnosti i zakonitosti po prvi puta u nekoj socijalističkoj zemlji ustavom institucionaliziran ustavni sud kao posebno državno tijelo, koje ne ulazi u zakonodavnu, izvršnu ni sudbenu vlast, iako je, obzirom na utvrđenu mu nadležnost, i državno tijelo vlasti i tijelo koje sudi; f) da je u zaštiti ustavnosti u međuodnosima između ustava republika i saveznog ustava odluku o tome je li ili nije republički ustav u suprotnosti sa saveznim, prepustio u konačnici donijeti političkom tijelu - Saveznoj skupštini, a ne Ustavnom sudu.

Treće, sadržajna i nomotehnička rješenja primijenjena u stipulaciji pojedinih odredaba koja se odnose na ustavno uređenje načela ustavnosti i zakonitosti pokazuju čitav koloplet nekonzistentnosti, nedorečenosti, pa i proturječnosti što za posljedicu ima, ne samo poteškoće u njihovom poimanju i tumačenju, već dovode u pitanje samu mogućnost njihovog, sukladno legitimnom cilju zbog kojeg su unesene u ustav, implementiranja u realnom društvenom životu, odnosno u realnim društvenim odnosima.

Takvo stajalište je nužno zauzeti polazeći od sljedećih ustavnih činjenica sadržanih u pojedinim odredbama ustava kojima je uređeno načelo ustavnosti i zakonitosti. Tako je u njima nesporna i očigledna nekonzistentnost glede utvrđivanja u kojem je odnosu republički ustav prema federalnom ustavu. Prvo se propisuje da republički ustav, kada utvrđuje prava i dužnosti republike mora biti u skladu s načelima saveznog ustava, a onda se kasnije propisuje da republički ustav ne može (kao cjelina – primjedba M. A.) biti u suprotnosti sa saveznim ustavom.¹⁹ Radi se o očiglednoj nekonzistentnosti, pa i ustavno-pravnom nonsensu. Ovo stoga što je teško zamisliti koja bi to pitanja bila koja uređuje republički ustav, a da ona istovremeno ne ulaze u prava i dužnosti republike. Drugo, kako je moguće zahtijevati - propisivati da republički ustav mora biti u skladu s načelima na kojima počiva federalni ustav, a istovremeno prihvatiti rješenje da on kao cjelina ne može u odnosu na njega biti u suprotnosti. Teško se oteti

¹⁹ Usporedi članak 108. stavak 3. s člankom 148. stavkom 1. Ustava SFRJ, *Službeni glasnik SFRJ* 14/63.

dojmu da je ovakva konstrukcija propisana hotimično. Naime, ona otvara mogućnost da se o odnosu republičkog ustava prema saveznom uvijek može i treba, s aspekta načelna njegove ustavnosti raspravljati politički, i da o tom pitanju odluku donese političko tijelo, doduše uz prethodno mišljenje o tom pitanju Ustavnog suda Jugoslavije.

Vrlo komplicirano, dakle teško za rješavanje, odnosno implementiranje postavljeno je načelo zakonitosti. Njegova kompliciranost je tim veća što je sam ustavotvorac u tekst saveznog ustava unio tri vrste zakona, a da istovremeno nije propisao dostatne uvjete i kriterije za njihovo međusobno, prije svega u sadržajnom smislu, razlikovanje. Osim toga, ono je postavljeno tako da je propisana obveza da republički zakon mora biti u skladu sa saveznim zakonom, a s aspekta ustavnosti i u skladu, kako sa saveznim, tako i s republičkim ustavom. Kod načela zakonitosti u odnosu republičkog prema saveznom zakonu, ono je propisano ustavnim normom koja ima generalno značenje. Njome je, naime, propisano da republički zakon mora biti u skladu sa saveznim zakonom, neovisno o tome spada li taj savezni zakon u grupu potpunih, osnovnih ili općih zakona.²⁰ Polazeći od načela zakonitosti i njegove propisanosti za ustavom utvrđeni odnos između republičkog i saveznog zakona, savezni ustavotvorac je potpuno izjednačio taj odnos prema bilo kojem saveznom zakonu, iako ih je on po svom sadržajnom biću razvrstao u tri grupe, čime je sam priznao da, po saveznom ustavu u odnosu na njega, nisu i ne mogu biti istovrsni.

Posebno interesantno pitanje, s aspekta kompliciranosti njegova rješenja, proizlazi iz činjenice da je savezni ustavotvorac izjednačio odnos republičkog zakona prema saveznom zakonu u dijelu odnosa koji on mora imati prema republičkom ustavu. Takav pristup je na neizravan način otvorio prostor Ustavnom sudu SFRJ da svaki puta prilikom ocjene zakonitosti republičkog zakona u odnosu prema saveznom zakonu propituje, htio to ili ne htio i pitanje odnosa oba zakona, kako prema saveznom, tako i prema republičkom ustavu. Do kojih komplikacija i poteškoća u raspletljavanju ovog ustavno-pravnog čvora može doći, dostatno je pogledati rješenja koja je ustavotvorac morao propisati u članku 245. stavku 3. i članku 246. Ustava SFRJ iz 1963. godine.

Tako strogo i komplicirano propisano načelo zakonitosti moglo bi na prvi pogled uputiti na zaključak da je ono bitno suzilo ustavni okvir zakonodavne autonomije republikama. Međutim, takav zaključak ne bi bio cjelovit pa ni točan. Zapravo su svoju zakonodavnu autonomiju republike

²⁰ Usporedi s člankom 161. Ustava SFRJ iz 1963. godine.

koristile u onom prostoru koji je bio upražnjen, npr. kad savezni zakonodavac još za njega nije donio savezni zakon, kao prvo, a kao drugo, onaj prostor koji im je preostao, jer ga savezni zakonodavac nije ozakonio osnovnim i/ili općim zakonom. No, takva ustavna situacija je istovremeno bila poticajna da republički zakonodavac kod svoje zakonodavne djelatnosti nastoji ozakoniti one interese i pitanja koja su od primarnog interesa republike, ne vodeći dostatno računa o interesima federacije. Slično postupanje u provođenju zakonodavne djelatnosti bilo je prisutno i na federalnoj razini. Stoga je sam Ustav iz 1963. godine (što je apsurdno samo po sebi) postao jedan od faktora koji je utjecao na povećanje raskoraka između posebnih (republičkih) i općih (federalnih) interesa.

Četvrto, Ustav SFRJ iz 1963. godine je svojim člankom 2. stavkom 1. potpuno jasno utvrdio da su socijalističke republike konstitutivne sastavnice SFRJ. Istovremeno je tim konstitutivnim jedinicama izrijekom priznao status države, propisujući: „Republika je državna socijalistička demokratska zajednica...” (vidjeti: Ustav SFRJ iz 1963. godine. čl. 108, st. 1) Priznavanjem i utvrđenjem statusa države socijalističkim republikama, te njih kao konstitutivnih jedinica federacije, savezni ustavotvorac je Ustavom iz 1963. godine u federalni ustroj SFRJ unio bitni element za njezinu konfederativnost. To je dodatno ojačavao utvrđenim prostorom ustavne autonomije republika prema federaciji. Novonastala ustavnopravna situacija je stimulirala i poticala republike u prešutnim zahtjevima prema federaciji za širenjem svoje ustavno-pravne autonomije i na osnovu nje jačanja svoje državnosti.

Peto, socijalističke pokrajine Vojvodina, Kosovo i Metohija po Ustavu SFRJ iz 1963. godine nisu bile konstitutivne jedinice SFRJ. Taj status su imale, po njemu, samo republike. Međutim, pokrajine su bile sastavne jedinice SR Srbije. Pozivom i na status republika, kako ga je Ustav iz 1963. godine utvrdio, one su tražile sličan (istovrstan) status pokrajine u odnosu na SR Srbiju i, dakako, nastavno prema federaciji. Prvi iskorak kojim će pokrajine dobiti zakonodavnu, ali ne i ustavnu autonomiju utvrdit će Amandman XVIII na Ustav iz 1963. godine, koji je donesen 1968. godine.

Drugi korak bit će učinjen novim Ustavom iz 1974. godine kada su socijalističke autonomne pokrajine, uz zakonodavnu, dobile i ustavnu autonomiju. Naime, njime će biti propisano da ustavi socijalističkih republika i socijalističkih autonomnih pokrajina „ne mogu biti u suprotnosti s Ustavom SFRJ.” (vidjeti: Ustav SFRJ iz 1974. godine. čl. 206, st. 1). Isto tako, po načelu zakonitosti „republički i pokrajinski zakoni i drugi propisi i opći akti ... ne mogu biti u suprotnosti sa saveznim zakonom ...“ (vidjeti: Ustav SFRJ iz 1974. godine. čl. 207, st. 2). Ovim (drugim) korakom, odnosno Ustavom

SFRJ iz 1974. godine, ustavno-pravno je dosljedno utvrđena ustavna i zakonska autonomija republika. Njime su istovremeno obje pravne autonomije proširene i na socijalističke autonomne pokrajine, što je svojim ustavom potvrdila i SR Srbija.

Šesto, sama pravna činjenica da je na Ustav iz 1963. godine, počevši od 1967. godine, doneseno XLII amandmana pokazuje kolika je bila potreba njegovog popravljavanja i dograđivanja, odnosno koliko on sam po sebi (izvorno) nije bio cjelovit, dovršen i konzistentan. Amandmanska sudbina koja je pratila Ustav iz 1963. godine kao cjelinu, pratila je i njegov sadržaj koji se odnosio na pitanje ustavnosti i zakonitosti. Još točnije, koja se odnosila na problem ustavne i zakonodavne autonomije republika, te u skladu s njima decentralizacije i dekoncentracija centralne vlasti. Ona je kasnije proširena i na zakonodavnu autonomiju socijalističkih pokrajina Vojvodine, Kosova i Metohije. Prvo kao zakonodavna, a nakon donošenja Ustava iz 1974. godine, i kao ustavna. Paralelno s ovim procesom odvijao se *ex constitutiones* i proces slabljenja povezanosti unutar federacije. Mogli bi, zapravo, s pravom zauzeti stajalište da je Ustavom iz 1963. godine započelo, a amandmanima i Ustavom SFRJ iz 1974. godine u jugoslavensku federaciju uneseno mnogo konfederativnih elemenata koji su, s jedne strane slabili kohezivne veze unutar federacije, a s druge strane širile ustavni prostor za ustavnu i zakonodavnu autonomiju pa i državnost njezinih konstitutivnih jedinica. U tom smislu, bio je u pravu komunistički lider, znanstvenik i državnik Vladimir Bakarić kada je (počesto) znao reći u političkom govoru da u Jugoslaviji ima samo toliko federacije koliko se o tome dogovore njezine socijalističke republike i pokrajine. Ili da, federacija federira na postignutim dogovorima svojih socijalističkih republika i pokrajina.

LITERATURA

Adamovich, Ludwig. 1996. „Ustavni sud Austrije – prošlost, sadašnjost, vizija“, predavanje održano na Pravnom fakultetu u Osijeku, 1996, zabilješke – privatna arhiva autora.

Arlović, Mato. 2014. „Konstitucionalizacija ustavne države i društveni razvitak“. U: Arsen Bači (ur.), *Zbornik radova HAZU-a, knjiga 24* (str. 111–137). Zagreb: HAZU.

Arlović, Mato. 2014. Ocjena ustavnosti i zakonitosti drugih propisa. *Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku*, 3(4), 9–48.

- Arlović, Mato. 2021. „Ustav i Ustavni sud Republike Hrvatske u konstitucionalizaciji Hrvatske kao moderne, demokratske ustavne države“. U: Miroslav Đorđević (ur.), *Zbornik radova s beogradskog ustavnopravnog foruma*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Bačić, Arsen i Bačić, Petar. 2009. *Ustavna demokracija i sudovi*. Split: Pravni fakultet.
- Bačić, Arsen. 2001. *Hrvatski izazovi konstitucionalizma*. Split: Književni krug.
- Bačić, Petar. 2010. *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*. Split: Pravni fakultet.
- Crnić, Jadranko. 1994. *Vladavina ustava*. Zagreb: Informator.
- Geršković, Leon. 1981. *Suvremeni ustavni problem*. Beograd: Ekonomika.
- Häberle, Peter. 2009. „Uloga i utjecaj ustavnih sudova iz komparativne perspektive“. U: Arsen Bačić i Bačić Petar (ur.), *Ustavna demokracija i sudovi*, Split: Pravni fakultet.
- Horvat, Vladimir. 1980. *Nomotehnika – skripta*. Osijek: Pravni fakultet Osijek.
- Isensee, Josef. 2004. *Država, ustav, demokracija*. Zagreb: Politička kultura.
- Ivančević, Velimir. 1983. *Institucije upravnog prava*. Zagreb: Pravni fakultet – Centar za usavršavanje i suradnju s udruženim radom.
- Kelsen, Hans. 1951. *Opća teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- McCormick, Neil. 2014. *Institucije prava*. Zagreb: Naklada Breza.
- Perić, Berislav. 1974. *Struktura prava*. Zagreb: Liber.
- Smerdel, Branko i Sokol, Smiljko. 2006. *Ustavno pravo*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Sweet, Alec Stone. 2013. „Ustav i sudska vlast“. U: D. Caramani (ur.), *Komparativna politika*, Zagreb: Fakultet političkih znanosti, Centar za cjeloživotno obrazovanje,
- Šarčević, Edin. 1997. *Ustav i politika*: (kritika etničkih ustava i postrepubličkog ustavotvorstva u Bosni i Hercegovini). Sarajevo: Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca.
- Trnka, Kasim. 2000. *Ustavno pravo*. Sarajevo: Studentska štamparija Univerziteta.

Vrban, Duško. 2003. *Država i pravo*. Zagreb: Golden marketing.

Vuković, Mihajlo. 1969. *Izrada pravnih propisa*. Zagreb: Nomotehnika.

IZVORI PRAVA

Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije s ustavnim amandmanima i ustavnim zakonima 9/74.

Ustav SFRJ, *Službeni list SFRJ* 14/63.

Ustav Socijalističke Republike Hrvatske, *Narodne novine SRH* 15/63.

Ustav SFRJ. Ustavi socijalističkih republika i pokrajina, ustavni zakoni, registar pojmova, Beograd: Prosveta, 1974.

Ustav SFRJ iz 1974. godine, *Službeni list SFRJ* 9/74.

Ustav SR Srbije iz 1974. godine, *Službeni glasnik SR Srbije* 8/74.

SUDSKA PRAKSA

Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-3789/2003 od 8. prosinca 2010.

dr. sc. Mato Arlović

THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY AND THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN THE REPUBLIC AND FEDERAL CONSTITUTIONAL SYSTEMS UNDER THE 1963 CONSTITUTION OF THE SFRY

Resume

The 1963 Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter: SFRY) accepted and regulated a considerable number of new solutions aimed at implementing ideas, values and goals of a self-governing socialist society. One of these novelties is expressed through the content of the principle of constitutionality and legality of legal acts, in particular by regulating their relationship as part of the republican and federal constitutional legal system. This is a completely new approach to the standardisation of constitutionality and legality in the relationship between republican and federal laws and, in particular, in the relationship between their constitutions. Their analysis undoubtedly leads us to the conclusion that by norming the principle of constitutionality and legality in this way, the legislator intended to express, on the one hand, the constitutional autonomy of the socialist republics and, on the other hand, their interconnectedness within and through the framework of the federal constitutional system. It was precisely with this institutionalised principle of constitutionality and legality that the drafters of the Constitution intended to express, on the one hand, the constitutional autonomy, statehood and sovereignty of the socialist republics within the federal state and, on the other hand, their interconnectedness through the federal constitutional legal system, which was to be the legal expression of social relations based on the values, needs and interests not only of the working class throughout the SFRY but also of its constitutive socialistic republics and their citizens. The new constitutional regulation of the principle of constitutionality and legality, followed by the institutionalisation of constitutional judiciary, the guarantee of human rights and freedoms and their protection before the Constitutional Court, place the 1963 SFRY Constitution in the modern constitutions of the third type (in Sweet's sense) governing a modern constitutional state. How is the principle of constitutionality and legality normatively regulated? What constitutional and other relations did it establish between the legal acts

(including the constitution) of the republics and the federal state? What are its drawbacks? In this paper I will try to provide possible answers to all these questions. Of course, without the intention of making them complete and universally accepted. Rather, in this paper I would like to take up this topic because it deserves this, not only out of academic curiosity, but also because of the current political and legal requirements arising from the new European integrations.

Keywords: constitution, constitutionality and legality, constitutional and legal autonomy, constitutionalism, statehood, republic, federation, SFRY.

Вељко ТУРАЊАНИН*

Правни факултет
Универзитет у Крагујевцу

УДК 343.851:343.62
DOI: 10.5937/adpn2404043T

Оригинални научни рад

ПОТЕНЦИЈАЛНИ ПРАВЦИ ИЗМЕНЕ ЗАКОНА О БЕСПЛАТНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ ПРЕМА ГРЕВИО ИЗВЕШТАЈИМА

Сажетак

Право на бесплатну правну помоћ представља важан сегмент права на правично суђење, гарантовано бројним међународним документима. Последњих година нарочиту пажњу привлаче захтеви Истанбулске конвенције оваплоћени кроз ГРЕВИО извештаје за државе потписнице ове конвенције. Стога аутор у раду, након уводних разматрања о бесплатној правној помоћи, укратко објашњава међународне акте којима је предвиђено право на бесплатну правну помоћ, након чега анализира ставове Групе експерата за акцију против насиља над женама и насиља у породици изражене кроз извештаје о примени Истанбулске конвенције. У закључним разматрањима аутор сумира запажања и даје предлоге и препоруке у ком правцу би Закон о бесплатној правној помоћи Републике Србије могао да се мења.

Кључне речи: бесплатна правна помоћ, ГРЕВИО, насиље над женама, специјализација

* Аутор је ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу. Електронска адреса аутора: turanjaninveljko@gmail.com; vturanjanin@jura.kg.ac.rs. ORCID број: <https://orcid.org/0000-0001-9029-0037>. Рад је написан у оквиру пројекта *EU Criminal Law* број 101176650 – *ECL*, који се финансира из средстава Европске уније у оквиру *Erasmus-JMO* програма.

1. УВОД

Приступ бесплатној правној помоћи је кључна компонента правичног правосудног система, осигуравајући да сви појединци – без обзира на њихова финансијска средства – могу тражити и добити правно заступање, остварити своја права и заштитити своје интересе у правним поступцима. У суштини, право на правично суђење осликава препознатљиву карактеристику сваког међународног нормативног инструмента којим се штите људска права (Summers 2007, 97). Један од аспеката овог права јесте и право на бесплатну правну помоћ. Приступ правној помоћи представља веома важан сегмент права на правично суђење према члану 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и члану 47. Повеље Европске уније о основним правима.

За економски угрожене групе, маргинализовано становништво и жртве родно заснованог насиља, приступ правној помоћи може бити одлучујући фактор између правде и маргинализације. Бесплатна правна помоћ је посебно неопходна за особе које су преживеле насиље, јер их оснажује да се крећу у сложеним правним процесима, обезбеде заштиту и траже правду, често суочени са значајним друштвеним, економским и емоционалним изазовима. Уважавајући то, бројни међународни правни инструменти и конвенције истичу право на бесплатну правну помоћ као темељ заштите људских права, социјалне правде и владавине права.

Право на бесплатну правну помоћ се обично сматра у оквиру права на приступ правди (Storskrubb & Ziller 2007, 323). Програм Уједињених нација за развој (УНДП) дефинише приступ правди као способност људи да траже и добију правни лек путем формалних или неформалних институција у складу са стандардима људских права (UNDP 2005). Државе данас пружају различите системе приступа правди и правној помоћи широм света (Svensson & Gallo 2022; Kunst et al. 2022; de Avila 2002). Као што се у литератури сугерише, у просперитетним државама, главни актери у приступу правди су владе и општинске службе бесплатне правне помоћи (Murayama 2009, 180). Владе пружају бесплатну правну помоћ у кривичним и грађанским стварима како би осигурале да њихови грађани који немају довољно средстава имају приступ правди. У случајевима када правна помоћ недостаје, адвокати волонтери и међународне адвокатске фирме пружају бесплатну правну помоћ *pro bono* (Kahale 2021, 19; Rhode 2004, 145; Daniels & Martin 2009).

Пружање бесплатне правне помоћи у већини земаља, посебно у сиромашнијим, није једноставно. Понекад тржишни услови такође диктирају доступност правне помоћи (Sandefur 2007, 85). Међутим, због тога је напредак дигиталних технологија веома важан у овој области. У времену у којем живимо, технолошке иновације могу значајно повећати доступност бесплатне правне помоћи (Wiik 2021, 218). Припадници маргинализованих група имају посебан проблем у контексту приступа правди у свакој земљи. Према Шиту (Shitt 2015) и Лонгеу (Longe 2021), где грађани, посебно маргинализоване групе, систем виде као застрашујући или страни, нема приступа правди.

У последњих десет година, с једне стране, објављено је више научних радова на тему пружања бесплатне правне помоћи у Србији. Аутори се суштински фокусирају на међународне изворе који регулишу право на бесплатну правну помоћ на основу ставова Европског суда за људска права и Закона о бесплатној правној помоћи (ЗБПП); међутим, изузетно је ограничен број емпиријских радова о овом облику пружања правне помоћи (Турањанин и Чановић 2022; Радојевић 2018; Радојевић 2020; Станковић 2020; Станковић 2018; Mileusić 2020). У истом периоду рађене су различите студије о пружању бесплатне правне помоћи у Србији, како пре тако и после доношења ЗБПП-а. Препоруке су дате у старијој анализи *YUCOM-a* (YUCOM 2013). *YUCOM* је у недавној студији успео да представи прве резултате примене ЗБПП-а жртвама родно заснованог насиља (Vasić и Filipović 2021). Затим, према Извештају Покрајинског омбудсмана из 2013. године, механизми пружања бесплатне правне помоћи након примене Закона о бесплатној правној помоћи имали су низ недостатака. Бесплатна правна помоћ је пружена у малом броју општинских јединица, а у већини случајева свела се на најједноставнији облик – давање правних савета. Међутим, и овако минимална правна помоћ и даље је била недоступна многим грађанима (Pokrainski ombudsman 2013). Конкретно, у разговорима са интерно расељеним лицима потврђени су проблеми који се односе на недовољну инклузивност ЗБПП-а и неуспех да се у центар политике ставе потребе најугроженијих грађана како би се систем „изравнао“ у односу на те потребе угрожених лица. Они су такође обрађени у студијама случаја представљеним у овој публикацији (Inicijativa 2020).

Међутим, примена и делотворност система бесплатне правне помоћи увелико варира од земље до земље, под утицајем разлика у националним законодавствима, расположивим ресурсима и нивоима посвећености очувању ових права. Стога ћемо у раду укратко приказати

пејзаж бесплатне правне помоћи кроз свеобухватну анализу ГРЕВИО препорука, са посебним фокусом на Републику Србију. Испитујући шири оквир постављен међународним инструментима и регионалним стандардима, имамо за циљ да истакнемо најбоље праксе и критичне области за побољшање. Истовремено, кроз детаљну анализу постојећег правног оквира Србије, проценићемо у којој мери је српско законодавство усклађено са овим међународним стандардима и задовољава потребе најугроженије популације. Коначно, пружићемо препоруке за политике за унапређење оквира бесплатне правне помоћи у Србији, наглашавајући важност приступачне, висококвалитетне услуге правне помоћи за све, посебно за жртве родно заснованог насиља. Препоруке имају за циљ да ојачају правни оквир Србије, да га ближе ускладе са међународним стандардима и да обезбеде да услуге правне помоћи буду доступне, свеобухватне и адекватно финансиране.

2. ПРАВО НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ У МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВНИМ АКТИМА

Неколико међународних правних инструмената регулише право на бесплатну правну помоћ, са циљем да се обезбеди приступ правди и једнак третман пред законом, посебно за угрожене појединце и оне који не могу да приуште правно заступање. На првом месту, право на бесплатну правну помоћ регулисано је Универзалном декларацијом о људским правима. Прво, чланом 7 – гарантује се једнакост пред законом и право на једнаку заштиту без дискриминације. Потом, чланом 10. се обезбеђује право на правичну и јавну расправу пред независним и непристрасним судом. Иако Универзална декларација о људским правима не помиње експлицитно бесплатну правну помоћ, она успоставља основу за приступ правди и правичном суђењу, што инхерентно укључује правну помоћ када је то неопходно.

Други међународноправни инструмент на овом пољу је Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Члан 14. гарантује право на правично суђење и посебно помиње правну помоћ. Наиме, члан 14, став 3, тачка (д) је прописано да приликом одлучивања о кривичним пријавама, свако има право да буде обавештен о оптужбама, да има довољно времена да припреми одбрану и да добије правну помоћ. Ако лице нема довољно средстава, има право на бесплатну правну помоћ. Међународни пакт о грађанским и политичким правима је обавезујући уговор за своје потписнице и директно регулише пружање бесплатне правне помоћи у кривичном поступку.

На трећем месту анализираћемо укратко Европску конвенцију о људским правима. Чланом 6. Конвенције је прописано:

1. Приликом утврђивања грађанских права и обавеза и основаности било какве кривичне оптужбе против њега, свако има право на правично суђење и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним, законом утврђеним судом. Пресуда се изриче јавно, али се новинари и јавност могу искључити с читавог или једног дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне сигурности у демократском друштву, када то налажу интереси малолетника или заштите приватног живота страна у спору, или када то суд сматра изричито неопходним зато што би у посебним околностима публицитет могао нанети штету интересима правде.
2. Свако ко је оптужен за кривично дело сматра се невиним док се његова кривица по закону не докаже.
3. Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права:
 - а) да одмах, на језику који разуме, буде подробно обавештен о природи и разлогу оптужбе против њега;
 - б) да му се осигурају време и услови неопходни за припремање одбране;
 - ц) да се брани сам или уз помоћ браниоца кога сам изабере или да, уколико не располаже средствима да плати браниоца, да га добије бесплатно, када то налажу интереси правде;
 - д) да сам испитује или захтева испитивање сведока оптужбе и да се присуство и саслушање сведока одбране одобри под условима који важе и за сведока оптужбе;
 - е) да користи бесплатну помоћ тумача уколико не разуме или не говори језик који се користи на суду.

Право на правну помоћ осигурава делотворан приступ правосуђу за лица која не располажу са довољно финансијских средстава за подмиривање трошкова судских поступака (Savet Evrope 2016, 58). Као што произилази из наведеног, прави се разлика између правне помоћи у некривичним и кривичним предметима, будући да се примењују различита правила. Додела бесплатне правне помоћи у кривичним поступцима подлеже финансијском тесту и тесту интереса правде. Када је у питању финансијски тест, појединци морају да докажу да не

поседују довољно средстава да плате правну помоћ, при чему не постоји дефиниција „довољних средстава“, а окривљени терет доказивања недостатка средстава. Да би се утврдило да ли интереси правде захтевају пружање правне помоћи, неопходно је узети у обзир три чиниоца: озбиљност кривичног дела и тежину могуће казне, сложеност предмета и личну и социјалну ситуацију окривљеног. Приликом одлучивања, Суд треба да размотри сва три чиниоца, али они при том не чине целину, већ било који од њих може да оправда додељивање правне помоћи.¹ Република Србија је донела Закон о бесплатној правној помоћи, којим су решена нека, али не и сва питања у погледу пружања ове врсте правне помоћи, а истовремено, функционисање овог законског текста у пракси указује на поједине проблеме, који су изискивали спровођење емпиријског истраживања.²

Дакле, прво, чланом 6, став 1 гарантује се право на правично суђење у грађанским и кривичним стварима. Друго, члан 6, став 3, тачка (ц) посебно помиње право појединаца да се сами бране или да им се додели правна помоћ када је не могу приуштити, ако то захтевају интереси правде. Европски суд за људска права је тумачио члан 6. тако да укључује не само право на адвоката у кривичним предметима, већ, у неким случајевима, и у грађанским стварима, посебно када су основна права у питању. Члан 6 представља данас један од чланова

¹ Пресуде у којима је Суд постављао стандарде права на бесплатну правну помоћ, између осталих, су: *Airey v. Ireland*, App. No. 6289/73, October 09, 1979; *Alimena v. Italy*, App. No. 11910/85, January 24, 1991; *Artico v. Italy*, App. No. 6694/74, July 13, 1980; *Benham v. the United Kingdom*, App. No. 19380/92, June 10, 1996; *Boner v. the United Kingdom*, App. No. 18711/91, October 28, 1994; *Caresana v. the United Kingdom*, App. No. 31541/96, August 29, 2000; *Croissant v. Germany*, App. No. 13611/88, September 25, 1992; *Czekalla v. Portugal*, App. No. 38830/97, October 10, 2002; *Dvorski v. Croatia*, App. No. 25703/11, September 20, 2015; *Goddi v. Italy*, App. No. 8966/80, April 09, 1984; *Granger v. the United Kingdom*, App. No. 11932/86, March 28, 1990; *Maxwell v. the United Kingdom*, App. No. 18949/91, October 28, 1994; *Mikhaylova v. Russia*, App. No. 46998/08, November 19, 2015; *Monnell and Morris v. the United Kingdom*, App. No. 9562/81 and 9818/82, March 02, 1987; *Lagerblom v. Sweden*, App. No. 26891/95, January 14, 2003; *Pakelli v. Germany*, App. No. 8398/78, April 25, 1983; *Perks and Others v. the United Kingdom*, App. Nos. 25271/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 and 28456/95, October 12, 1999; *Pham Hoang v. France*, App. No. 13191/87, September 25 1992; *Quaranta v. Switzerland*, App. No. 12744/87, May 24, 1991; *R. D. v. Poland*, App. Nos. 29692/96 and 34612/97, December 18, 2001; *Shekhov v. Russia*, App. No. 12440/04, June 19, 2014; *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria (No. 2)*, App. No. 2376/03, January 14, 2010; *Tsonev v. Bulgaria (No. 3)*, App. No. 21124/04, October 16, 2012; *Twalib v. Greece*, App. No. 24294/94, June 09, 1998; *Volkov and Adamskiy v. Russia*, App. Nos. 7614/09 and 30863/10, March 26, 2015; *Zdravko Stanev v. Bulgaria*, App. No. 32238/04, November 06, 2012.

² Важно је нагласити да су предложене измене Законика о кривичном поступку у духу побошљања положаја оштећеног, али и окривљеног, у смислу права на бесплатну правну помоћ.

на чију се повреду подносиоци представки највише позивају у својим поднесцима, што се најчешће објашњава обимом одредаба овог члана, које се протежу на гарантовање правичног суђења и у грађанским и у кривичним поступцима (Mowbray 2004, 97). Састоји се од три става, при чему се први састоји од серије општих принципа применљивих на две основне категорије модерних суђења данашњице, тј. грађанска и управна с једне стране, те кривична с друге стране, док се преостала два става односе на кривичне поступке, где је у другом ставу прописана претпоставка невиности, а у трећем низ минималних гаранција које треба применити у кривичном поступку (Schabas 2015, 270–271). О бесплатној правној помоћи се у литератури може говорити и у склопу позитивних обавеза, које се такође развијају у судској пракси Европског суда за људска права (Mowbray 2004; Schabas 2015; Summers 2007; Lavrysten 2020; Stoyanova 2020; Xenos 2012; Lavrysten 2018).

Чланом 47. Повеље Европске уније о људским правима гарантује се право на ефикасан правни лек и правично суђење. У њему се посебно наводи да ће се правна помоћ пружити онима који немају довољно средстава, уколико је таква помоћ неопходна да би се обезбедио ефикасан приступ правди. Наиме, Повеља ЕУ даље јача концепт правне помоћи тако што га повезује директно са приступом правди.

Принципи и смернице Уједињених нација о приступу правној помоћи у системима кривичног правосуђа (2012) су усвојени од стране Генералне скупштине УН, те принципи постављају међународне стандарде за правну помоћ у системима кривичног правосуђа. Наглашавају пружање бесплатне правне помоћи сиромашним појединцима, посебно рањивим групама као што су жене, деца, избеглице и мањине, и наглашавају одговорност државе да финансира и обезбеди делотворне системе правне помоћи.

Конвенција о правима детета, чланом 37, тачка (д) гарантује право деце лишене слободe да имају брз приступ правној помоћи, која треба да укључује бесплатну правну помоћ када је то неопходно. Ова одредба наглашава значај правне помоћи малолетницима у кривичном поступку и другим правним стварима.

Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена (Општом препоруком бр. 33 из 2015. године) бави се приступом жена правди и наглашава важност пружања бесплатне правне помоћи женама, посебно у случајевима родно заснованог насиља и дискриминације. Ово тумачење укључује правну помоћ као саставни део обезбеђивања једнаког приступа женама правосудним системима широм света.

Истанбулска конвенција (Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици) захтева од држава чланица да жртвама насиља над женама обезбеде приступ бесплатној правној помоћи када је то неопходно (члан 57). Ова одредба има за циљ да осигура да жртве насиља у породици и родно заснованог насиља не буду искључене из правде због финансијских препрека.

Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица, кроз члан 18, став 3, тачка (д) пружа радницима мигрантима право на правну помоћ, укључујући бесплатну правну помоћ ако не могу приуштити адвоката, посебно у кривичном поступку.

Поред Европске конвенције о људским правима, још два међународна акта која предвиђају право на бесплатну правну помоћ су Афричка повеља о људским правима и правима народа и Америчка конвенција о људским правима. Прво, Афричка повеља о људским правима и правима народа гарантује право на одбрану, укључујући право на одбрану од стране браниоца по сопственом избору, што се тумачи као да обухвата бесплатну правну помоћ тамо где је то неопходно (члан 7, став 1, тачка ц). Друго, чланом 8, став 2, тачка (е) Америчке конвенције о људским правима предвиђа се право на правно заступање онима који се суочавају са кривичним пријавама, а ако оптужени не може да приушти адвоката, држава га мора обезбедити. Ова одредба осигурава приступ правној помоћи за сиромашне у систему кривичног правосуђа. Интерамерички суд за људска права је протумачио право на бесплатну правну помоћ према Америчкој конвенцији о људским правима као неопходно за заштиту права на правични поступак и правично суђење, посебно за угрожене групе.

На крају, Женевске конвенције и додатни протоколи гарантују одређену заштиту за појединце у оружаним сукобима, укључујући право на правично суђење, што имплицитно укључује правну помоћ за оне којима је потребна (заједнички члан 3), док и Протокол I (члан 75) даље разрађује права на правично суђење за појединце погођене оружаним сукобом, укључујући приступ правној помоћи.

Смернице Комитета министара Савета Европе о ефикасности и ефективности шема правне помоћи у грађанским и управним стварима имају за циљ да обезбеде генеричка решења која могу учинити националне шеме правне помоћи у областима грађанског и управног права ефикаснијим и делотворнијим, без промене њиховог укупног организационог оквира.

3. ПРАВО НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ ПРЕМА ИСТАНБУЛСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ

Као што је наведено, Истанбулска конвенција се бави правом на бесплатну правну помоћ у члану 57, који се фокусира на правну помоћ жртвама родно заснованог насиља. Кроз одредбу наведеног члана јасно се назире да на првом месту Конвенција налаже државама чланицама да предузму неопходне законодавне или друге мере како би жртвама пружиле адекватну правну помоћ, а што се посебно односи на бесплатну правну помоћ када је то потребно. У погледу критеријума, одредба је осмишљена да осигура да се жртвама насиља, посебно женама које су финансијски неспособне да приуште правно заступање, обезбеди бесплатна правна помоћ ради заштите њихових права током судског поступка. Циљ је осигурати да жртве имају ефикасан приступ правним процесима, што укључује пружање правних савета и заступање. Ово осигурава да жртве не остану без подршке у кретању сложеним правним системима, као што су случајеви који се односе на насиље у породици, сексуално насиље, психолошко и економско насиље, као и прогањање.

Члан 57. признаје да се жртве насиља, посебно жене, могу суочити са финансијским и системским препрекама које им онемогућавају приступ правној заштити и правди. Правна помоћ обезбеђује да финансијска неспособност не блокира приступ жртвама правним лековима, укључујући налоге за заштиту и кривично гоњење. Истанбулска конвенција ставља нагласак на потребу да рањиве популације, као што су жртве насиља у породици, имају непосредан приступ правним услугама, посебно у ситуацијама када је њихова безбедност угрожена.

Имплементација бесплатне правне помоћи према Истанбулској конвенцији разликује се од држава потписница, у зависности од њихових националних правних система и финансијских критеријума подобности. ГРЕВИО (Група експерата за акцију против насиља над женама и насиља у породици) прати усклађеност са овим захтевом, а у својим извештајима земаља често препоручују побољшања свести, приступачности и обуке за стручњаке за правну помоћ који раде са жртвама родно заснованих насиља, о чему ће више речи, у односу на поједине државе, бити у даљем тексту. У пракси то значи да жртве треба информисати о свом праву на бесплатну правну помоћ, као и да правни стручњаци који пружају бесплатну правну помоћ треба да буду обучени за рад са случајевима насиља у породици и родно заснованог

насиља. Истовремено, ова одредба истиче право на ефективно правно заступање као кључни аспект приступа правди за жртве родно заснованог насиља. Обавезујући бесплатну правну помоћ, Конвенција јача потребу да правни системи буду одговорни и подржавају жртве насиља, посебно у ситуацијама у којима правна интервенција може бити кључна за њихову сигурност и добробит.

Будући да Конвенција (између осталих међународних правних аката) налаже успостављање система пружања бесплатне правне помоћи, прво ћемо анализирати постојеће начине регулисања бесплатне правне помоћи у појединим европским државама, након чега ћемо се посветити анализи ГРЕВИО извештаја у погледу истих држава, наглашавајући предности и недостатке, док ћемо посебну пажњу посветити законодавству Републике Србије.

4. ПРАВО НА БЕСПЛАТНУ ПРАВНУ ПОМОЋ И ГРЕВИО ИЗВЕШТАЈИ

ГРЕВИО је независно надзорно тело основано у складу са Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Основни, тј. полазни, извештаји су детаљне процене које је припремио ГРЕВИО како би проценио колико добро држава примењује Истанбулску конвенцију. Ови извештаји пружају свеобухватан преглед националних мера, политика и пракси усмерених на борбу против насиља над женама и насиља у породици. Називају се „основни извештаји“ јер представљају прву процену усклађености неке земље са Конвенцијом након њене ратификације.

Основни извештаји имају за циљ да процене усаглашености, идентификују недостатке, промовишу одговорност и дају препоруке. Сваки извештај се фокусира на одређену земљу која је ратификовала Истанбулску конвенцију. Она испитује напредак те земље, изазове и могућности у борби против насиља над женама. Извештајима се анализира широк спектар тема, попут дефинисања насиља над женама и насиља у породици, доступности услуга жртвама, мера превенције и кампање подизања свести јавности, те обуци професионалаца. ГРЕВИО се ослања на више извора за припрему ових извештаја, као што су државни извештаји (владе су у обавези подносити детаљне извештаје у којима се објашњавају мере које су предузеле да би се ускладиле са Конвенцијом, извештаји из сенке, те посете на лицу места и интервјуи.

Типичан основни извештај укључује увод (позадина Истанбулске конвенције и процес праћења), преглед земље (опис контекста земље, укључујући њен правни и политички оквир), анализа кључних чланова Конвенције (мере превенције, услуге заштите и подршке жртвама, гоњење учинилаца, интегрисане политике за борбу против насиља), изазови и празнине (идентификација недостатака у усклађености) и препоруке (конкретне препоруке које се могу применити прилагођене контексту земље). Сматра се да се кључна важност извештаја огледа у промовисању политике усмерене на жртве (извештаји наглашавају права и потребе жртава, обезбеђујући да оне остану централне у националним стратегијама), представљају водич за реформе (и тиме усмеравају државе ка усаглашавању са Истанбулском конвенцијом), те у подизању свести и подстицању сарадње.

Већина полазних извештаја садржи коментаре у вези са бесплатном правном помоћи. Извештајем ГРЕВИО-а о Француској (Grevio: France 2019, 70) истиче се неколико кључних питања у вези са бесплатном правном помоћи и подршком женама жртвама насиља, укључујући недостатак довољне правне и институционалне подршке жртвама, посебно у погледу приступа бесплатној правној помоћи. Иако француски правни систем предвиђа правну помоћ, ГРЕВИО је истакао да је ова подршка често недовољна и неравномерно распоређена, посебно за жене у рањивим ситуацијама као што су жене мигранткиње или оне са инвалидитетом. Извештај предлаже побољшање приступа бесплатној правној помоћи како би се осигурало да све жене, посебно оне које се суочавају са вишеструким облицима дискриминације, добију адекватну подршку током судских поступака у вези са насиљем у породици и другим облицима родно заснованог насиља. Извештај позива на ревизију тренутне политике и наглашава важност специјализованих правних услуга, посебно у руралним и недовољно опскрбљеним подручјима. Штавише, наглашава се потреба за бољом обуком правних стручњака за решавање случајева насиља над женама, осигуравајући да бесплатна правна помоћ буде ефективно прилагођена потребама жртава. Ови налази указују на недостатак у доступности свеобухватне бесплатне правне помоћи за жене, што је у складу са ширим препорукама ГРЕВИО-а за побољшање подршке жртвама широм Европе.

У Извештају за Немачку ГРЕВИО наглашава да тражиоци азила могу добити правну помоћ, што им омогућава приступ адвокату који ће им пружити правне савете и пратити их на саслушањима. Међутим, чини се да многи тражиоци азила немају знања о томе како да

нађу одговарајућег специјалисту адвоката. Поред тога, тражиоци азила у великој мери зависе од локалне доступности таквих адвоката за овај облик правног савета, пошто је њихов радијус кретања озбиљно ограничен због њихове обавезе боравка. Језичка баријера такође стоји на путу правних савета, јер нема права на пратњу преводиоца. Штавише, хонорари које адвокатима плаћа држава за саветовање тражилаца азила су несразмерно ниске у поређењу са напорима који се улажу у припрему и присуство на саслушању за азил. Као резултат тога, ГРЕВИО је забринут да, у пракси, многи адвокати можда неће бити у могућности да понуде саветодавне услуге у складу са захтеваним стандардом, ако уопште могу (Grevio: Germany 2022, 90).

Потом, за Италију, ГРЕВИО у извештају подстиче италијанске власти да предузму неопходне мере како би осигурале да жене жртве свих облика насиља обухваћених Истанбулском конвенцијом имају приступ правној помоћи коју спонзорише држава и да услови за приступ таквој помоћи не представљају превелик терет за жртве и њиховог правног саветника (Grevio: Italy 2020, 77–78). У погледу Шпаније (Grevio: Spain 2020, 69), ГРЕВИО са забринутошћу примећује да квалитет и доступност бесплатне правне помоћи за жртве насиља од интимног партнера у великој мери варира, јер ова услуга зависи од надлежне администрације (Министарства правде или регионалне владе). Чини се да се често јављају питања око доступности дежурних адвоката, посебно у руралним подручјима, а жртве се одричу права на адвоката у почетној фази жалбе како би избегле дуго чекање, посебно када се јављају ноћу. ГРЕВИО стога у извештају снажно подстиче шпанске власти да обезбеде да жртве свих облика насиља обухваћених Истанбулском конвенцијом имају *de jure* и *de facto* приступ правној помоћи у раној фази поступка (у тренутку давања прве изјаве полицији или подношење жалбе).

У погледу законодавства Албаније, у првом евалуативном извештају, ГРЕВИО снажно подстиче власти да: а. издвајају одговарајућа, довољна и одржива средства за политике, програме и мере за спречавање и борбу против свих облика насиља над женама, како на централном тако и на општинском нивоу; б. осигурају, адекватним финансирањем, одрживу улогу невладиних организација за женска права које пружају услуге подршке жртвама било којег и свих облика насиља над женама и свим категоријама жртава, укључујући правну помоћ, на пример кроз дугорочне грантове засноване на транспарентним процедурама набавке, и да се уклоне непотребне бирократске препреке

у процесу аплицирања за финансирање (Grevio: Albania 2024, 14). У Андори, правну помоћ прве линије пружа специјалистичка Служба за подршку жртвама родно заснованог насиља у виду правног савета и упућивања релевантним службама. Жртвама мора бити омогућено да анонимно добију ове информације без потребе да се идентификују и/или докажу да се насиље догодило. Правна помоћ другог реда састоји се у бесплатној правној помоћи од стране званично именованог адвоката, који по закону мора да има посебну обуку о насиљу. ГРЕВИО са задовољством констатује да је ова помоћ доступна под одређеним условима прихода, али и ако је жртва лишена средстава због економског насиља. У 2019. овој служби се за бесплатну правну помоћ обратило 85 жена и она је одобрена у 95% случајева. Међутим, само трећина жена заправо је затражила бесплатну правну помоћ. Како би проценили доступност и делотворност система правне помоћи, ГРЕВИО сматра да би надлежни могли да размотре прикупљање података о задовољству жена које су се пријавиле за бесплатну правну помоћ или помоћ и која им је додељена, као и о разлозима због којих жене траже бесплатну правну помоћ или подршку (Grevio: Andorra 2020, 59).

За Белгију, ГРЕВИО је у извештају подстакао власти да обезбеде да услови предвиђени интерним законодавством за остваривање права на правну помоћ не стварају превелике препреке могућности за жртве које су лишене финансијских средстава и нису у могућности да плате услуге адвоката да би користио бесплатну правну помоћ и правну помоћ (Grevio: Belgium, 2020, 58). Затим, ГРЕВИО охрабрује власти Босне и Херцеговине, која има изузетно компликовано законодавство, да предузму неопходне законодавне и друге мере како би обезбедиле право, *de jure* и *de facto*, где оно још не постоји, на правну помоћ и бесплатну правну помоћ у свим деловима територије, између осталог, жртвама свих облика насиља над женама обухваћених Истанбулском конвенцијом, укључујући и оне које живе у руралним подручјима; и да обезбеди да такву правну помоћ пружају адвокати који су адекватно обучени у области насиља над женама (Grevio: Bosnia and Herzegovina 2022, 87–88). Слична ситуација је и у вези са Хрватском, те ГРЕВИО охрабрује хрватске власти да предузму мере како би осигурале, укључујући кроз законске измене, пружање бесплатне правне помоћи жртвама свих облика насиља над женама и да их систематски информису о њиховим правима и могућностима у оквиру програма бесплатне правне помоћи. Штавише, ГРЕВИО подстиче хрватске власти да уклоне све административне или процедуралне препреке за добијање

правне помоћи и да прате утицај одредаба о правној помоћи у пракси како би се осигурао континуиран приступ женама правди кроз квалитетно правно заступање (Grevio: Croatia 2023, 75–76).

ГРЕВИО је позвао и кипарске власти да предузму неопходне законодавне и друге мере како би осигурале ефикасан приступ жена правди кроз висококвалитетно правно заступање, посебно идентификацијом и отклањањем свих административних или процедуралних препрека за добијање правне помоћи и осигуравањем да те жртве насиља против жене које испуњавају критеријуме могу користити бесплатну правну помоћ у контексту грађанског и кривичног поступка (Grevio: Сургус 2022, 76). Затим, ГРЕВИО снажно охрабрује данске власти да обезбеде да је правна помоћ подједнако доступна обема странама у жалби на одлуке о притвору како би се избегла индиректна дискриминација жена које се жале из разлога у вези са злостављањем које су они или њихова деца претрпели (Grevio: Denmark 2017, 55). ГРЕВИО снажно подстиче и естонске власти да обезбеде приступ правној помоћи за жртве различитих облика насиља обухваћених Истанбулском конвенцијом: а. промовисање, у сарадњи са специјалистичким службама за подршку и/или организацијама за права жена, обуке адвоката који пружају услуге у оквиру државног програма правне помоћи о различитим облицима насиља над женама обухваћеним Истанбулском конвенцијом; б. подизање свести о постојећој правној помоћи која је доступна женама жртвама различитих облика насиља над женама обухваћених Истанбулском конвенцијом (Grevio: Estonia 2022, 61–62).

У извештају везаном за Финску, ГРЕВИО је приметио да је специјализација за правно заступање, у најранијој могућој фази, од највеће важности за изградњу предмета/пријаве, а да је мало информација доступно у вези са процедуром подношења захтева за правну помоћ. Адвокати и представници организација цивилног друштва су указали да жртве то доживљавају као гломазну и бирократску. Штавише, у вези са забранама приласка, жртве не знају пре подношења захтева да ли имају право на правну помоћ или не (Grevio: Finland 2019, 55–56). У Грузији је успостављен портал бесплатне правне помоћи за жртве које траже бесплатну правну помоћ. Портал садржи информације о Мрежи пружалаца правне помоћи и другим невладиним организацијама које пружају бесплатну правну помоћ и савете широм земље (Grevio: Georgia 2022, 70–71).

ГРЕВИО снажно подстиче грчке власти да предузму неопходне законодавне и друге мере како би осигурале ефикасан приступ жена

правди кроз приступачно и квалитетно правно заступање, посебно идентификацијом и отклањањем свих административних или процедуралних препрека за добијање бесплатне правне помоћи и обезбеђивање приступ правној помоћи у раној фази поступка (Grevio: Greece 2023, 67).³ Ниска примања адвоката који пружају бесплатну правну помоћ ГРЕВИО је разматрао и у извештају везаном за Исланд. Адвокати су обавестили ГРЕВИО да је исплата коју примају од државе за своје услуге далеко испод уобичајене стопе коју би примали као адвокати. Штавише, чини се да примају плату тек када се поступак оконча, што значи да ће можда морати да чекају две до три године на своју накнаду у оним предметима који иду на суђење. Да би се обезбедило квалитетно правно саветовање за жене жртве насиља, треба размотрити адекватну и благовремену надокнаду правних саветника (Grevio: Island 2022, 69–70). Слична ситуација је запажена и у Холандији (Grevio: Netherlands 2019, 58).

Као што је то случај и у већини других држава, ГРЕВИО у извештају за Црну Гору апелује на црногорске власти да осигурају приступ бесплатној правној помоћи за жртве свих облика насиља над женама како је предвиђено Законом о бесплатној правној помоћи, посебно предузимањем активних мера како би се осигурала свест жртава о овом праву (Grevio: Montenegro 2018, 57).⁴ Потом, питање специјализације пружалаца бесплатне правне помоћи је разматрана у извештају за Северну Македонију. Наиме, запажено је да не постоји редовна обука за изградњу капацитета за службенике правне помоћи и администраторе или за адвокате правне помоћи о родно заснованом насиљу над женама и родно одговорном приступу правди (Grevio: North Macedonia 2019, 87–91).

На крају, укратко ћемо објаснити став ГРЕВИО-а у погледу законодавства Републике Србије. На првом месту, ГРЕВИО *позива* српске власти да предузму мере како би у практичној примени Закона о бесплатној правној помоћи обезбедили пружање бесплатне правне помоћи довољног квалитета у свим областима које се односе на Истанбулску конвенцију. У свом извештају Србији, ГРЕВИО, дакле, наглашава потребу да српске власти унапреде практичну примену Закона о бесплатној правној помоћи како би обезбедиле да пружање бесплатне правне помоћи испуњава довољне стандарде квалитета, посебно у областима

³ Вид. и Grevio: Romania 2022, 77–78.

⁴ Слично је запажено и у Норвешкој, вид. Grevio: Norway 2022, 66–67.

које се односе на Истанбулску конвенцију. Једноставно, Истанбулска конвенција има за циљ превенцију и борбу како против насиља над женама тако и насиља у породици. ГРЕВИО ставља снажан нагласак на потребу да државе пруже адекватну подршку жртвама, укључујући приступ правди и правној помоћи. Иако Србија има правни оквир за пружање бесплатне правне помоћи, забринутост ГРЕВИО-а одражава питања која се односе на практичну примену овог закона, посебно у вези са жртвама родно заснованог насиља.

На другом месту, ГРЕВИО *снажно подстиче* српске власти да прате, у оквиру и изван надзора који је прописан самим законом, његов утицај у пракси у циљу обезбеђивања континуираног приступа женама правди кроз квалитетно правно заступање и уклањање свих административних или процедуралних препрека за добијање правне помоћи (Grevio: Serbia 2019, 8).⁵ Сам термин *снажно подстиче*, као што наглашава Биљана Бранковић, користи се за случајеве када је ГРЕВИО приметио недостатке које треба исправити у блиској будућности ради свеобухватне примене конвенције (Бранковић 2024, 8). У свом извештају о Србији, ГРЕВИО наглашава важност праћења Закона о бесплатној правној помоћи не само у погледу усаглашености са законским захтевима, већ и ради оцене његовог практичног утицаја на приступ жена правди. Стога на овом пољу постоји неколико кључних тачака које је ГРЕВИО истакао.

Прво, ГРЕВИО подстиче српске власти да процене колико ефикасно систем бесплатне правне помоћи функционише у пракси, посебно се фокусирајући на приступ жена правном заступању. То значи да се гледа даље од квантитативних аспеката (нпр. број обрађених захтева) да би се проценили квалитативни резултати, као што су задовољство корисника пруженим правним услугама и стварне препреке са којима се суочавају у приступу тим услугама. Друго, треба обезбедити квалитетно правно заступање. Квалитетно правно заступање је од суштинског значаја за жртве родно заснованог насиља. Препорука ГРЕВИО-а подразумева да праћење треба да укључи процену да ли је пружена правна помоћ ефикасна и да ли задовољава специфичне потребе жена. Ово би могло укључивати процену компетентности и осетљивости

⁵ Такође и у: Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention), *Recommendation on the implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Serbia*, Adopted on 30 January 2020, <https://rm.coe.int/committee-of-the-parties-recommendations-on-serbia/pdfa/16809a46c0>.

пружалаца правне помоћи када се баве случајевима насиља у породици или сексуалног напада. Потом, треба уклонити све административне и процедуралне баријере како процес подношења захтева за правну помоћ не би био гломазан, и самим тим потенцијално одвраћајући за жртве од тражења помоћи. Препреке у пракси могу укључивати сложене формуларе, дуго време обраде или недостатак информација о томе како се пријавити за правну помоћ. Мониторинг треба да има за циљ да идентификује ове баријере како би се оне могле ефикасно решити. Треће, препорука ГРЕВИО-а сугерише да власти треба да имплементирају механизме за прикупљање повратних информација од корисника система правне помоћи. Ове повратне информације могу пружити вредан увид у изазове са којима се суочавају жене и помоћи у побољшању система. Четврто, укључивање невладиних организација (НВО) и других заинтересованих страна у процес праћења може побољшати ефикасност процена. Невладине организације често имају искуства из прве руке са изазовима са којима се суочавају жртве и могу допринети идентификовању недостатака и предлагању решења.

Самим тим, могло би се рећи да постоје четири корака у циљу задовољавања овог захтева које би Србија требало да предузме. Прво, формирати независне органе који ће редовно процењивати квалитет и утицај услуга бесплатне правне помоћи, фокусирајући се на искуства и исходе жена. Друго, поједноставити процес пријаве за правну помоћ како бисте га учинили лакшим за корисника и приступачнијим. Треће, потребно је спроводити континуиране обуке и изградити капацитете, тј. обезбедити да пружаоци правне помоћи прођу обуку о питањима везаним за родно засновано насиље, побољшавајући квалитет заступања доступних жртвама. Четврто, потребно је редовно објављивати транспарентне извештаје о налазима из активности праћења, чинећи ове информације доступним јавности и заинтересованим странама.

5. ЗАКЉУЧАК

ГРЕВИО извештаји пружају вредан увид у проблеме жртава родно заснованог насиља у приступу бесплатној правној помоћи у различитим земљама, наглашавајући потребу за свеобухватним реформама и побољшањима система правне помоћи. Истакнуто је неколико уобичајених изазова и критика у вези са законима о бесплатној правној помоћи широм Европе. Ови изазови често погађају жртве родно заснованог насиља и могу ометати њихов приступ правди. Многе жртве

нису свесне својих права на бесплатну правну помоћ или специфичних услуга које су им доступне. Овај недостатак често доводи до тога да жртве не траже правну помоћ која им је потребна. Извештаји указују на то да су стратегије ширења информација често неадекватне, остављајући многе потенцијалне кориснике у мраку. Потом, иако правни оквири за бесплатну правну помоћ постоје у различитим земљама, примена ових закона је често недоследна. Диспаритети у приступу услугама правне помоћи могу значајно да варирају између региона и локалитета, што може створити препреке за жртве у мање доступним областима. Многе земље се суочавају са изазовима у вези са финансирањем услуга правне помоћи. Недовољна финансијска средства могу довести до неадекватне подршке пружаоцима правне помоћи, ограничавајући њихову способност да ефикасно помогну жртвама. Ово често резултира дугим временом чекања и смањеном доступношћу услуга. Извештаји показују да адвокати за правну помоћ можда немају увек неопходну обуку или искуство да сензитивно поступају у случајевима родно заснованог насиља, што може угрозити квалитет подршке која се нуди жртвама. Такође, аплицирање за бесплатну правну помоћ може бити сложено и бирократско, обесхрабрујући жртве да траже помоћ. Компликоване процедуре и обимни захтеви за документацијом могу бити посебно изазовни за оне који су већ рањиви. У неким контекстима, културно стигматско насиље може спречити жртве да траже правну помоћ. Ови друштвени ставови могу утицати не само на спремност жртава да траже помоћ, већ и на одговор пружалаца правне помоћи и органа за спровођење закона.

Да би се ојачао Закон о бесплатној правној помоћи Републике Србије из 2019. године и самим тим побољшао приступ правди, неколико области би се могле унапредити. На првом месту, сматрамо да је потребно проширити критеријуме подобности. Наиме, тренутно се бесплатна правна помоћ пружа одређеним угроженим групама и онима који испуњавају финансијски тест. Попуштање или проширење ових критеријума омогућило би приступ помоћи већем броју грађана, посебно оних који су мало изнад финансијског прага, али још увек не могу да приуште правно заступање. Земље попут Холандије и Немачке пружају флексибилно право на правну помоћ, на коју би Србија могла да се угледа како би решила „јаз у правди“. Истовремено, и одређене ГРЕВИО препоруке јасно говоре у овом правцу.

На другом месту, потребно је подићи јавну свест. Многи грађани Србије који испуњавају услове нису свесни свог права на бесплатну

правну помоћ. Повећање домета и образовања јавности о правима на правну помоћ, посебно у руралним подручјима, побољшало би приступ. Кампање спроведене кроз различита удружења, локалне самоуправе и невладине организације могле би да играју кључну улогу у ширењу информација и појашњавању процеса пријаве. На трећем месту, неминовно је да је потребно повећати финансирање и ресурсе. Ограничења финансирања у систему правне помоћи у Србији ограничавају квалитет и доступност услуга, јер адвокати често добијају минималну надокнаду ову врсту правне помоћи. Повећање финансирања побољшало би пружање услуга и подстакло више адвоката да учествују у систему. Додељивање већих средстава, као што је у другим европским системима, помогло би Србији да обезбеди доследан квалитет услуга правне помоћи.

На трећем месту, неопходно је ојачати инфраструктуру бесплатне правне помоћи. Србија би могла имати користи од проширења канцеларија за правну помоћ и партнерства са организацијама цивилног друштва како би допрла до области са недостатком услуга, посебно у руралним регионима. Ово би помогло децентрализацији правне помоћи и учинило је доступнијом грађанима који не могу да путују у веће градове. Потом, у овој области неопходна је континуирана обука и подршка за пружаоце правне помоћи. Да би се побољшао квалитет заступања, Србија би могла да спроводи континуиране програме обуке за адвокате у систему правне помоћи, посебно у осетљивим случајевима као што је насиље у породици и родно засновано насиље. Иницијативе за обуку су успешно интегрисане у системе правне помоћи у земљама попут Велике Британије, где је специјализована обука за јавне браниоце побољшала квалитет услуга. На петом месту, успостављање свеобухватног система праћења и евалуације помогло би у процени ефикасности система правне помоћи и идентификовању области за побољшање. Редовне процене независног тела могле би да пруже увид у приступачност, квалитет услуге и задовољство клијената, омогућавајући влади да направи побољшања заснована на подацима. Спровођење ових промена учинило би систем правне помоћи у Србији инклузивнијим, ефикаснијим и усклађенијим са најбољом праксом у Европи, што би на крају промовисало једнак приступ правди за све грађане.

У случајевима родно заснованог насиља, идеалан правни оквир за бесплатну правну помоћ требало би да обухвати низ специјализованих пружалаца услуга који ће одговорити на сложене потребе

преживелих, посебно имајући у виду трауматичну и осетљиву природу ових случајева. Уколико сагледамо компаративна законодавства, постоји више примера на који начин одговорити на ово изузетно комплексно питање. Рецимо, држава може да организује орган или обезбедити државно финансирање за бесплатну правну помоћ посебно фокусирану на случајеве родно заснованог насиља, а који би требало да запошљава или ангажује адвокате обучене за родно осетљиве приступе. Централизована, јавно финансирана услуга би обезбедила доследну, висококвалитетну помоћ. Потом, као пружаоце бесплатне правне помоћи на подручју родно заснованог насиља треба омогућити специјализованим невладиним организацијама да пружају бесплатну правну помоћ. Овакве организације са дубоком експертизом у родно заснованом насиљу често су највише прилагођене јединственим изазовима са којима се суочавају жртве. Ове организације не само да треба да пружају правну подршку, већ често нуде додатне услуге као што су саветовање, помоћ при становању и заступање. Законодавство треба да препозна ове НВО као пружаоце правне помоћи, обезбеђујући им адекватно финансирање и приступ државним ресурсима.

Правни факултети и правне клинике могу послужити као комплементарни пружаоци правне помоћи, са студентима који раде под надзором искусних професора који су специјализовани за случајеве родно заснованог насиља. Овај приступ може премостити јаз у областима у којима је јавна правна помоћ ограничена и подићи свест међу будућим правним стручњацима.

У областима са мање специјализованих услуга, влада би могла да субвенционира приватне адвокате који су обучени за пружање бесплатне правне помоћи у случајевима родно заснованог насиља. Редовни програми обуке и сертификације би требало да буду услов за ове адвокате, обезбеђујући да су опремљени за осетљиво и ефикасно поступање у таквим случајевима.

Треба радити и на интегрисаној подршци са другим пружаоцима услуга. Координација правне помоћи са другим службама подршке—здравствена заштита, склоништа, саветовање—могла би бити кључна за жртве. Прописи би требало да подстакну пружаоце бесплатне правне помоћи да блиско сарађују са овим службама како би понудили холистичку подршку која се бави и непосредним правним потребама и дугорочним опоравком жртви.

Сматрамо да би овај модел са више провајдера обезбедио разноврсну, специјализовану помоћ, док би жртвама пружио више могућности

да пронађу помоћ од поверења која одговара њиховој конкретној ситуацији. Поред тога, пружаоцима услуга треба дати обуку о људским правима и родно осетљивим протоколима како би се осигурала подршка која пружа поштовање и оснаживање.

Посебно питање на овом пољу је неминовно финансирање пружалаца бесплатне правне помоћи. Прво, законодавац је прописао начин финансирања пружалаца бесплатне правне помоћи кроз Закон о бесплатној правној помоћи. Друго, адвокатима је такође гарантован начин наплате трошкова. Међутим, сматрамо да су износи који су предвиђени за адвокате недовољни и да не делују довољно стимулишуће да би се већина адвоката озбиљно упустила у предмет спора.

На трећем месту, осигурање правичне накнаде за невладине организације (НВО) и професоре укључене у пружање бесплатне правне помоћи може се постићи кроз структурирани систем државне подршке, механизме финансирања и транспарентне процесе надокнаде. С једне стране, невладине организације, које правну помоћ дају преко адвоката, могу из својих фондова да унапред исплате накнаду, а да им тај износ буде накнађен кроз систем плаћања накнаде за бесплатну правну помоћ, а у складу са Правилником о поступку плаћања накнаде за бесплатну правну помоћ и начину и поступку враћања примљених новчаних средстава. Истовремено, могуће је успоставити наменске фондове или грантове посебно за пружаоце правне помоћи, намењене за услуге у случајевима родно заснованог насиља. Невладине организације и професори могу да конкуришу за ова средства како би покрили оперативне трошкове и трошкове специфичне за конкретан предмет. Ова средства треба да буду додељена на основу јасних критеријума подобности, са поједностављеним процесом пријаве и периодичним захтевима за извештавање.

Други могући начин исплате накнаде за пружање бесплатне правне помоћи би био креирање модела надокнаде за сваки случај где НВО и професори добијају надокнаду за сваки обрађен предмет. Овај систем може укључивати фиксне накнаде, накнаде засноване на учинку или пореске олакшице. На пример, могуће је одредити фиксне накнаде за стандардне услуге правне помоћи, као што су консултације о предмету, припрема докумената или заступање на суду. Ову структуру накнада требало би редовно ревидирати како би се одржала корак са стварним трошковима. Потом, дозволити организацијама и професорима да поднесу захтеве за директне трошкове у вези са сваким случајем, као што су путни трошкови или материјал,

уз ограничења како би се спречила прекомерна потрошња. Могућ је и систем директног уговора са државом. Примера ради, успоставити формалне уговоре између владе и пружалаца правне помоћи. Ови уговори би гарантовали одређени број случајева или сати годишње у замену за стабилно, периодично плаћање. Овај приступ омогућава невладиним организацијама и професорима предвидљиво финансирање и смањује административна оптерећења повезана са надокнадом појединачних случајева.

У складу са наведеним, може се додати и елемент заснованости на учинку где би невладине организације и професори могли да добију додатна финансијска средства ако испуне специфичне стандарде у вези са квалитетом услуга или исходима случаја. Ова мерила могу укључивати задовољство клијената, стопе завршених случајева или напоре у образовању.

За професоре и академске стручњаке, држава би могла да понуди пореске олакшице за њихове доприносе за бесплатну правну помоћ. Ово би могло учинити процес привлачнијим за факултете, посебно када њихово учешће укључује ангажовање студената у правним клиникама или надгледани рад на предметима, а за шта надокнада по правилу није предвиђена факултетским прописима. На крају, могуће је подстицање учешћа приватног сектора кроз финансирање друштвено одговорног пословања. Компаније заинтересоване за подршку иницијативама за родно засновано насиље могле би пружити финансијску помоћ невладиним организацијама и академским институцијама укљученим у овај посао правне помоћи.

Иначе, процеси надокнаде за све учеснике треба да буду ефикасни и транспарентни. Комбиновање ових приступа промовисало би трајно ангажовање невладиних организација и професора, који често сноси трошкове и посвећују значајно време овом послу.

ЛИТЕРАТУРА

Радојевић, Мијодраг. 2020. Бесплатна правна помоћ у јединицама локалне самоуправе – између правне норме и стварности. *Администрација и јавне политике* 13(1), стр. 5–28. DOI: <https://doi.org/10.22182/ajp.1312020.1>

Радојевић, Мијодраг. 2018. Систем (бесплатне) правне помоћи у Републици Србији и примена међународних стандарда. *Српска политичка мисао*, 25(4), стр. 249–265.

Станковић, Марко. 2018. Право на правну помоћ у уставном систему Републике Србије – прилог расправи о доношењу Закона о бесплатној правној помоћи. *Правна ријеч: Часопис за правну теорију и праксу*, 15(54), стр. 165–179. doi 10.7251/PR5418165S

Станковић, Сања. 2020. Анализа одредаба Закона о бесплатној правној помоћи Републике Србије које уређују бесплатну правну помоћ у прекограничном спору *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 59(86), стр. 253–271. doi 10.5937/zrpfno-25177

Турањанин, Вељко и Чановић, Јелена. 2022. Бесплатна правна помоћ за жртве родно заснованог насиља из перспективе адвоката. *Безбедност* 64(2), стр. 44–60. doi 10.5937/bezbednost2202044T.

Daniels, Stephen & Martin, Joanne. 2009. “Legal Services for the Poor: Access, Self-Interest, and Pro Bono”. In Rebecca Sandefur (ed.), *Access to Justice* (pp. 145–166). Bingley: Emerald Group Publishing Limited. [https://doi.org/10.1108/S1521-6136\(2009\)0000012010](https://doi.org/10.1108/S1521-6136(2009)0000012010)

De Ávila, Thiago Pierobom. 2022. “Evolution of Victims’ Access to Criminal Justice in Brazil”. In Pamela Cox & Sandra Walklate (eds.), *Victims’ Access to Justice: Historical and Comparative Perspectives* (pp. 209–226). New York: Routledge.

Kahale, Özgür. 2021. “How Can Law Firms Contribute to Access to Justice in an Age of Technology and Digitalisation? Pro Bono, Law Firm Innovation and Ideas for the Legal Community”. In Siddhart Peter de Souza & Maximilian Spohr (eds.), *Technology, Innovation and Access to Justice: Dialogues on the Future of Law* (pp. 19–31). Edinburgh: Edinburgh University Press Ltd. <https://doi.org/10.1515/9781474473880-008>

Kunst, Maarten, Schot, Joyc & Pemberton, Antony. 2022. “Victim Participatory Rights in Dutch Criminal Proceedings: A Review of Research on Their Potential Effectiveness”. In Pamela Cox & Sandra Walklate (eds.), *Victims’ Access to Justice: Historical and Comparative Perspectives* (pp. 174–190). New York: Routledge.

Longe, Odunoluwa. 2021. “Future of Law – Increasing Access to Justice through Technology”. In Siddharth Peter de Souza & Maximilian Spohr (eds.), *Technology, Innovation and Access to Justice: Dialogues on the Future of Law* (pp. 54–68). Edinburgh: Edinburgh University Press Ltd. <https://doi.org/10.1515/9781474473880-010>

Mileusnić, Damjan. 2020. *Studija: Uticaj Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći na rad organizacija civilnog društva*. Beograd: Partneri Srbija.

Mowbray, Alastair. 2004. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Portland: Hart Publishing.

Murayama, Masayuki. 2009. "Expanding Access to Lawyers: the Role of Legal Advice Centers". In Rebecca Sandefur (ed.), *Access to Justice* (pp. 167–202). United Kingdom: Emerald Group Publishing Limited. [https://doi.org/10.1108/S1521-6136\(2009\)0000012011](https://doi.org/10.1108/S1521-6136(2009)0000012011)

Pokrajinski ombudsman. 2013. *Pravna pomoć u jedinicama lokalne samouprave (Autonomna pokrajina Vojvodina – rezultati istraživanja): Priručnik o europskom pravu u području pristupa pravosuđu*. Luksemburg: Savet Evrope.

Priručnik o europskom pravu u području pristupa pravosuđu. Luksemburg: Savet Evrope, 2016

Rhode, Deborah. 2004. *Access to Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Sandefur, Rebecca. 2007. Lawyers' Pro bono service and American-style civil legal assistance. *Law and Society Review*, 41(1), pp. 79–112. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2007.00292.x>

Storskrubb, Eva & Ziller, Jacques. 2007. "Access to Justice in European Comparative Law". In Francesco Francioni (ed.), *Access to Justice as a Human Right* (pp. 311–350). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199233083.003.0006>

Summers, Sarah. 2007. *Fair Trials*. Portland, Oregon: Hart Publishing.

Svensson, Kerstin and Gallo, Carina. 2022. "The Swedish Welfare Model and the Development of Social Services for Crime Victims". In Pamela Cox and Sandra Walklate (eds.), *Victims' Access to Justice: Historical and Comparative Perspectives* (pp. 159–173). New York: Routledge.

Trifković, Miljana, Ćurčić, Danilo i Marković Nađa (priredili). 2020. *Primena Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći: iz ugla interno raseljenih lica*. Beograd: Inicijativa za ekonomska i socijalna prava.

United Nations Development Programme. 2005. *Access for All: Practitioner's Guide to Human Rights-Based Approach to Access to Justice*. Bangkok: United Nations Development Programme.

Vasić, Milena i Filipović, Milan. 2021. *Pravo na besplatnu pravnu pomoć žrtvama rodno zasnovanog nasilja u Srbiji u toku 2020. godine*. Beograd: YUCOM.

Wiik, Astrid 2021. "Friend or Foe? Examining the Potential and Pitfalls of ICTs in Improving Access to Justice in Post-conflict Countries". In Siddhart Peter de Souza & Maximilian Spohr (eds.), *Technology, Innovation and Access to Justice: Dialogues on the Future of Law* (pp. 208–228). Edinburgh: Edinburgh University Press Ltd. <https://doi.org/10.1515/9781474473880-019>

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Shittu, Wahab. 2015. "The challenges of access to justice". *The Guardian*. <https://guardian.ng/opinion/the-challenges-of-access-to-justice> (15.12.2024).

ИЗВОРИ ПРАВА

Универзална декларација о људским правима, UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 217 A (III), 10 December 1948.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, 16 December 1966.

Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, UN General Assembly, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13, 18 December 1979.

Европска конвенција о људским правима и основним слободама, Council of Europe, *European Convention on Human Rights, as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15*, ETS No. 005, 4 November 1950.

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција), Council of Europe, *The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, ISBN 978-92-871-7990-6, November 2014.

Повеља Европске уније о основним правима (Charter of Fundamental Rights of the European Union), *Official Journal of the European Communities* C 364/1, 18.12.2000.

Кривични законик, *Службени гласник РС* 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 и 94/2024)

Закон о бесплатној правној помоћи, *Службени гласник РС* 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 и 94/2024.

ПРЕСУДЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Airey v. Ireland, App. No. 6289/73, October 09, 1979.

Artico v. Italy, App. No. 6694/74, July 13, 1980.

Pakelli v. Germany, App. No. 8398/78, April 25, 1983.

Goddi v. Italy. App. No. 8966/80, April 09, 1984.

Monnell and Morris v. the United Kingdom, App. No. 9562/81 and 9818/82, March 02, 1987.

Granger v. The United Kingdo, App. No. 11932/86, March 28, 1990.

Alimena v. Italy, App. No. 11910/85, January 24, 1991.

Quaranta v. Switzerland, App. No. 12744/87, May 24, 1991.

Croissant v. Germany, App. No. 13611/88, September 25, 1992.

Pham Hoang v. France, App. No. 13191/87, September 25, 1992.

Boner v. The United Kingdom, App. No. 18711/91, October 28, 1994.

Maxwell v. the United Kingdom, App. No. 18949/91, October 28, 1994.

Benham v. The United Kingdom, App. No. 19380/92, June 10, 1996.

Twalib v. Greece, App. No. 24294/94, June 09, 1998.

Perks and Others v. the United Kingdom, App. Nos. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 and 28456/95, October 12, 1999.

Caresana v. The United Kingdom, App. No. 31541/96, August 29, 2000.

R. D. V. Poland, App. Nos. 29692/96 and 34612/97, December 18, 2001.

Czekalla v. Portugal, App. No. 38830/97, October 10, 2002.

Lagerblom v. Sweden, App. No. 26891/95, January 14, 2003.

Tsonyo Tsonnev v. Bulgaria (No. 2), App. No. 2376/03, January 14, 2010.

Tsonnev v. Bulgaria (No. 3), App. No. 21124/04, October 16, 2012.

Zdravko Stanev v. Bulgaria, App. No. 32238/04, November 06, 2012.

Shekhov v. Russia, App. No. 12440/04, June 19, 2014.

Volkov and Adamskiy v. Russia, App. Nos. 7614/09 and 30863/10, March 26, 2015.

Dvorski v. Croatia, App. No. 25703/11, September 20, 2015.

Mikhaylova v. Russia, App. No. 46998/08, November 19, 2015.

ИЗВЕШТАЈИ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ГРЕВИО

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Denmark*, Strasbourg, 2017.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Montenegro*, Strasbourg, 2018.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Finland*, Strasbourg, 2019.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): France*, Strasbourg, 2019.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Netherlands*, Strasbourg, 2019.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention*

on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): North Macedonia, Strasbourg, 2019.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Andorra, Strasbourg, 2020.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Belgium, Strasbourg, 2020.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Italy, Strasbourg, 2020.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Spain, Strasbourg, 2020.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Bosnia and Herzegovina, Strasbourg, 2022.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Cyprus, Strasbourg, 2022.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Estonia, Strasbourg, 2022.

GREVIO, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Georgia, Strasbourg, 2022.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Germany*, Strasbourg, 2022.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Island*, Strasbourg, 2022.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Norway*, Strasbourg, 2022.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Romania*, Strasbourg, 2022.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Croatia*, Strasbourg, 2023.

GREVIO, *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention): Greece*, Strasbourg, 2023.

GREVIO, *First Thematic Evaluation Report: Building Trust by Delivering Support, Protection and Justice: Albania*, Strasbourg, 2024.

Veljko Turanjanin

POTENTIAL DIRECTIONS TO AMEND THE LAW ON FREE LEGAL AID ACCORDING TO GREVIO REPORTS

Resume

The right to free legal aid is an important segment of the right to a fair trial, guaranteed by numerous international documents. In recent years, particular attention has been drawn to the requirements of the Istanbul Convention embodied in the GREVIO reports for the signatory states of this convention. Therefore, in the paper, the author, after the introductory considerations on free legal aid, briefly explains the international acts that provide for the right to free legal aid, after which he analyzes the views of the Expert Group for Action against Violence against Women and Domestic Violence expressed through reports on the implementation of the Istanbul Convention. In the concluding remarks, the author summarizes his observations and gives suggestions and recommendations in which direction the Law on Free Legal Aid of the Republic of Serbia could be changed.

Keywords: Free legal aid, GREVIO, Violence against women, Specialization.

ЗАБРАНА ИЗВРШЕЊА НЕЗАКОНИТОГ НАЛОГА ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ КАО МЕРА ЗА ЈАЧАЊЕ ИНТЕГРИТЕТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Сажетак

Забрана извршења незаконитог налога претпостављеног у јавном сектору је предмет регулација у међународним инструментима меког права. ЕСЉП се у својој пракси такође бавио допуштеношћу извршења налога претпостављеног којим се ограничавају конвенцијска права. Основно питање на које се настоји одговорити у раду јесте да ли постојећи међународни инструменти и пракса ЕСЉП доприносе решавању доктринарне расправе о томе да ли се забрана извршења односи на сваки незаконит налог претпостављеног или само на случајеве када постоји неподношљива неправедност закона. У раду се истиче да сви међународни стандарди треба да буду уједначени око тога да незаконитост не сме да се толерише, те да забрана извршења незаконитог налога треба да буде апсолутна у јавном сектору. Подришку овом закључку пружа и пракса ЕСЉП која указује на недопуштеност извршења незаконитих налога као и оних који су у складу са одредбама националног законодавства али супротни међународним стандардима. Релевантна пракса ЕСЉП одабрана је на основу

* Аутор је виши научни сарадник Института за упоредно право. Електронска адреса аутора: v.soric@iur.rs. ORCID број: ORCID:0000-0003-4240-7469. Рад је резултат истраживања који се спроводи у оквиру Института за упоредно право, финансираног од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије, под уговором о спровођењу и финансирању научног истраживања у 2024. години, НИО број 451-03-66/2024-03/200049.

тематских прегледа који се објављују и ажурирају од стране Одељења за штампу а не обавезују ЕСЉП.

Кључне речи: незаконит налог претпостављеног, јачање интегритета, Европски суд за људска права, Уједињене нације, Савет Европе.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Запослени у јавном сектору често се суочава са дилемом – да ли да изврши налог претпостављеног или да поступи у складу са законом и својом савешћу. До дилеме долази услед потенцијално супротстављених захтева. С једне стране, он је у обавези да поступа по налозима примљеним од својих претпостављених и да поштује радну дисциплину, будући да јавна управа има хијерархијско устројство. С друге стране, запослени у јавном сектору мора да поштује законе, подзаконске акте и етичка правила, будући да је то део захтева да се професионалне дужности и задаци обављају на савестан и законит начин (Rabrenović et al. 2018, 303). За потребе овог рада, под незаконитим налозима сматрају се како налози противни одредбама закона, тако и етичких кодекса.

Питање одговорности за поступање по незаконитом налогу претпостављеног било је предмет филозофског истраживања још у античко доба када су његове основе поставили грчки и римски филозофи и теоретичари, као што су Платон, Аристотел и Цицерон. Након њих, овим питањем су се бавили у средњовековном периоду и припадници школе природног права, попут Томе Аквинског (Ћорић 2022, 10). У његовом учењу видно место заузима констатација да је закон правило разума, које у циљу остварења општег добра, треба да намеће онај коме припада брига за организацију живота у друштвеној заједници (Јеж, Дунђерски 2010, 41). Из тога, чини се да имплицитно произилази да закон који није отелотворење разума није закон који треба поштовати.

Густав Радбрух (Gustav Radbruch) је почетком 20. века поставио формулу према којој позитиван закон обавезује и онда када је садржински неправедан и несврсисходан, осим у случају да противуречност позитивног закона према правди достигне толико неподношљиву меру да закон као „неисправно право“ мора да одступи пред правдом (Вић 2011, 46). Немачки судови су његову формулу применили када су непосредно по завршетку Другог светског рата одлучивали о

злочинима нациста (Ћорић 2011, 642). На тај начин, они су стали на становиште да су закони за време нацизма били толико нетолерантни и неподношљиво неправедни да се нису смели сматрати правом. Тачније, позивањем на обавезу поступања у складу са таквим законима нису се никако могли оправдати злочини који су почињени у Другом светском рату (Ћорић 2011, 643). Овакав приступ извршио је даље утицај и на међународно кривично право и на инструменте људских права (Rabrenović et al. 2018, 306). Међутим, остало је недоречено на основу којих критеријума се одређени закон сматра неподношљиво неправедним те по њему не сме да се поступа, односно када закон губи правнообавезујући карактер.

И поред тога што ситуације у којима се запослени суочава са дилемом како да поступи у погледу незаконитог налога претпостављеног представљају редовну појаву у јавном сектору и имају негативне последице по интегритет, до сада овом питању није посвећена довољна пажња на међународном нивоу. Проблем поступања у случају постојања незаконитих налога претпостављеног посебно је наглашен у областима осетљивим на корупцију, као што су набавке и запошљавање. Међутим, правнообавезујући међународни инструменти који се посебно баве сузбијањем корупције и јачањем интегритета, за разлику од инструмената меког права, не садрже стандарде у погледу забране поступања по незаконитом налогу претпостављеног као мере за јачање интегритета у јавном сектору (Сорић 2022, 9). За потребе овог рада, полази се од схватања да је интегритет једна од етичких вредности који се очекује од свих запослених у јавном сектору да би се успоставио систем заснован на професионалним способностима, тзв. *merit based system* (Rabrenović 2018, 11).

С друге стране, значајне су норме међународног кривичног права и то пре свега одредбе Римског статута Међународног кривичног суда (у даљем тексту: Римски статут), које регулишу кривичну одговорност за извршење противзаконитог наређења претпостављеног. Оне су, међутим, примењиве искључиво у погледу злочина из надлежности Међународног кривичног суда који су извршени услед поступања по наређењу Владе или другог претпостављеног. Под надлежност Међународног кривичног суда потпадају само најтежа кривична дела који су таквим проглашена од стране целокупне међународне заједнице а то су геноцид, злочини против човечности, ратни злочини и агресија.¹

¹ Римски статут, преамбула и чл. 5.

У доктрини се наводи да је услед поменутог одсуства правно-обавезујућих стандарда потребно узети у обзир начело законитости и право на достојанство у циљу правилног обликовања националних режима у области забране поступања по незаконитоим налогу претпостављеног као мере за јачање интегритета (Rabrenović et al. 2018). Сагледавање релевантне праксе два наднационална суда у Европи чинило би се такође значајним пошто би пружило одговоре на то како судови превазилазе недостатак детаљних правила у међународним инструментима тврдог права у овој области, као и да ли се на том путу позивају на постојеће међународне инструменте меког права, као и на начело законитости па и право на достојанство. Основно питање на које се настоји одговорити у раду јесте да ли анализирани међународни инструменти, као и пракса Европског суда за људска права (ЕСЉП) доприносе решавању дуго присутне доктринарне расправе о томе да ли се забрана извршења односи на сваки незаконит налог претпостављеног или она постоји само у случају када се ради о неподношљивој неправедности закона.

У том циљу у раду ће се најпре анализирати постојећи међународни инструменти меког права који сагледавају забрану извршења незаконитог налога као једну од мера за јачање интегритета уз осврт и на нормирање права на достојанство. Након тога, истражиће се доступна пракса ЕСЉП како би се проценило на који начин он поступа у предметима који се тичу одговорности за извршење незаконитог налога претпостављеног, као и да ли се у датим одлукама позива на право на достојанство и међународне акте меког права који ће се анализирати у овом раду.

Анализа судске праксе ограничиће се искључиво на праксу ЕСЉП, док ће пракса Суда правде Европске уније бити изостављена будући да би њено укључивање представљало превише амбициозан подухват. Такав приступ објашњава се тиме да би анализа праксе оба суда била веома сложена, те би превазилазила домете овог рада. Поред тога, прелиминарна анализа је показала да спровођење овакве упоредне анализе не би било методолошки оправдано због проблема на који се наишло приликом покушаја одабира релевантне праксе два суда на основу критеријума претраге по истим кључним речима.

Наиме, прелиминарно претраживање праксе ЕСЉП преко претраживачке *HUDOC* базе које се заснивало на кључним речима „незаконит налог претпостављеног“ дало је неодговарајуће резултате будући да се ни једна од идентификованих пресуда није тицала извршавања

незаконитог налога претпостављеног од стране запосленог у јавном сектору. Стога, ће се анализирати пракса ЕСЈП, одабрана на основу увида у релевантне тематске прегледе судске праксе тзв. “*Fact-sheets*” који се објављују од стране Одељења за штампу и нису обавезујући за ЕСЈП. Они су значајни због тога што језгровито описују кључну праксу ЕСЈП, што се редовно ажурирају и што обрађују и текуће предмете, те на тај начин правовремено указују на најновије развојне тенденције у пракси ЕСЈП (ИУП 2023, 88).

2. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ЗАБРАНУ ИЗВРШЕЊА НЕЗАКОНИТОГ НАЛОГА ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ У ЈАВНОМ СЕКТОРУ

Незаконит налог претпостављеног је предмет регулација у различитим актима међународног права, на универзалном и регионалном нивоу. Неки од њих односе се на све запослене у јавном сектору, док су други примењиви искључиво на одређене категорије, као што су полицијски службеници или припадници Војске. Поред тога, битна су и решења међународних инструмената који нормирају право на достојанство, која ће бити укратко представљена, а за које се наводи да посебно доприносе заштити забране извршења незаконитог налога претпостављеног (Rabrenović et al. 2018, 310).

2.1. Међународни стандарди који се примењују на запослене у јавном сектору

Инструменти који су значајни за поступање запосленог у јавном сектору по незаконитим налозима претпостављеног усвојени су у оквиру Уједињених нација (УН) и Савета Европе (СЕ). Прво ће се анализирати решења Резолуције Генералне скупштине УН 51/59 (у даљем тексту: УН резолуција 51/59) будући да је она универзалног карактера и да је усвојена пре релевантних препорука СЕ.

Међународни кодекс понашања јавних функционера, који је садржан у анексу УН резолуција 51/59 садржи одредбе које су од значаја за питање поступање по незаконитом налогу претпостављеног у јавном сектору. Он није правнообавезујући за државе чланице УН, те стога државе не подлежу обавези да ускладе своје национално законодавство са његовим одредбама (Ћорић 2022, 13). Наиме, Генерална скупштина УН овом резолуцијом усваја Међународни кодекс и препоручује га

државама чланицама УН као средство којим ће настојати да усмере своје напоре ка сузбијању корупције (пасус 2). Иако Међународни кодекс понашања јавних функционера не регулише експлицитно поступање запослених у јавном сектору по незаконитом налогу претпостављеног, он је значајан јер предвиђа да јавни функционери своје обавезе морају да извршавају законито, са интегритетом и у јавном интересу (пасуси 1 и 2). На тај начин, посредно се од њих захтева да не извршавају налоге претпостављених који су супротни закону и јавном интересу.

У оквиру СЕ, кључни акт меког права који регулише питање поступања по незаконитом налогу претпостављеног је Препорука бр. Р (2000)10 Комитета министара државама чланицама о Кодексу понашања која садржи Модел кодекса понашања јавних функционера (у даљем тексту: Препорука СЕ бр. Р (2000)10). Овом препоруком препоручује се владама држава чланица СЕ да подстичу на усвајање националних кодекса понашања за јавне функционере по узору на решења из Модел кодекса, а уз уважавање захтева који произилазе из националног права. Одредбе овог Кодекса (стр. 2) добијају додатно на значају будући да Комитет министара налаже у овој препоруци Групи држава за борбу против корупције да надзиру њено спровођење.

У Моделу Кодекса наводи се да је сваки јавни функционер обавезан да преузме све неопходне мере у циљу придржавања његових одредби. Он садржи неколико одредби које се тичу забране извршења незаконитог налога претпостављеног, а пре свега прецизира да јавни функционер своје обавезе извршава у складу са законом, законитим налозима и етичким стандардима (чл. 2, ст. 3 и чл. 4, ст. 1). Тумачење ове одредбе говори у прилог томе да је допуштено извршавати једино законите налоге претпостављеног. Поред тога, Модел кодекса понашања даље указује да јавни функционер треба да пријави случај када сматра да се од њега захтевало да изврши незаконит налог, мада пропусти да прецизира коме се он пријављује. Даље, њиме се предвиђа да јавни функционер који сматра да није добио одговарајући одговор поводом пријаве о томе да се од њега захтевало да изврши незаконит налог, може да о томе писаним путем обавести руководиоца јавне службе (пасус 12, ст. 1 и 3).

Према Моделу кодекса, када проблем јавног функционера не успе да се реши на за њега прихватљив начин а на основу поступања прописаних националним правом, јавни функционер и даље треба да изврши налог једино уколико је он у складу са законом (чл. 12, ст. 4). Из ове одредбе јасно произилази да јавни функционер подлеже

забрани извршења незаконитог налога чак и у случају када је уложио озбиљне напоре да реши проблем који се тиче примљеног незаконитог налога и то користећи се доступним правним средствима на националном нивоу, па у томе није успео. Дакле, јавни функционер не може да извршење незаконитог налога претпостављеног оправда тиме да је упорно покушавао да пријави незаконити налог али да учињени напори нису дали очекиване резултате. Коначно, добро решење Модела кодекса огледа се у томе што он забрањује да јавни функционер који је у доброј вери и на основу оправданих разлога пријавио да је примио незаконит налог трпи штету због учињене пријаве (чл. 12, ст. 6).

Други значајан инструмент СЕ је Препорука бр. Р (2000)6 Комитета министра која је упућена државама чланицама о статусу јавних функционера у Европи (у даљем тексту: Препорука СЕ бр. Р (2000)6). Њено спровођење се, за разлику од претходно анализираних препорука СЕ, не надзире од стране Групе држава за борбу против корупције. Иако Препорука СЕ бр. Р (2000)6 пропушта да регулише поступање по незаконитом налогу претпостављеног, њена решења су потенцијално примењива на запослене у јавном сектору који одбијају да изврше такав налог. Она садржи принципе добре праксе којих би државе чланице требало да се придржавају (пасус 17).

У Препоруци СЕ бр. Р (2000)6 указује се да обавезе јавних функционера у вршењу јавних функција, укључују, између осталог, поштовање владавине права, лојалност демократским институцијама, непристрасност, хијерархијску подређеност и одговорност (пасус 13). Међутим, она се изричито не бави ситуацијама где хијерархијска потчињеност води ка извршењу незаконитих налога. Свакако је значајно указивање на хијерархијску потчињеност као карактеристику односа у јавном сектору, мада је на то својство било указано и у претходно анализираној Препоруци СЕ. Управо се предвиђањем хијерархије, са једне стране и обавезе законитог поступања, са друге стране, ствара дилема са којом се суочава запослени у јавном сектору када треба да поступи по незаконитом налогу претпостављеног. Коначно, значај Препоруке СЕ бр. Р (2000)6 огледа се у томе што се њоме потцртава да држава треба да пружи заштиту јавним функционерима који су због законитог вршења својих јавних дужности изложени злоупотребама и незаконитим поступањима трећих лица (пасус 17). Јемчењем овакве заштите позитивно се утиче на сигурност јавних функционера који одбијају извршење незаконитих налога претпостављеног.

Представљени инструменти УН и СЕ говоре у прилог увођења апсолутне забране јавном функционеру да изврши налог претпостављеног који сматра противправним, без обзира на размере те незаконитости. Дакле, међународни стандарди који су предвиђени за јавне функционере премашују формулу Густава Радбруха према којој једино неподношљиво неправедни закон није закон те се стога, сходно њој, забрана извршења налога претпостављеног везује искључиво за налог противан неподношљиво неправедном закону. Увођење апсолутне забране извршења незаконитих налога је оправдана будући да пружа јасан одговор на дилему запосленог у јавном сектору оснажујући га да одбије да изврши сваки незаконит налог.

У том погледу, значајно је да се међународним инструментима прописује и нормирање обавезе пријављивања надлежном лицу да је такав налог примљен. Ипак, ови акти трпе заједничке критике. Они не само да нису правнообавезујући за државе чланице, већ из њих произилазе и општа начела о забрани поступања по незаконитом акту, која су недовољно конкретизована. Иако се њима уводи стандард неизвршења незаконитог налога, ови инструменти не посвећују потребну пажњу његовој разради. Примера ради, они се не баве одговорношћу претпостављеног који је издао незаконит налог јавном функционеру, полазећи по свој прилици од претпоставке да је такво поступање обухваћено општом забраном незаконитог поступања. Слично томе, остали су недоречени у погледу наметања обавезе државним органима да пропишу ком субјекту би јавни функционери требало да се обрате у случају сумње да је конкретан налог незаконит.

Даље, три анализирана инструмента не садрже јединствено одређење појма „public official“. За потребе овог рада, определило се за решење према којем се термин „public official“ преводи као „јавни функционер“, будући да се на такав превод наилази у званичној верзији превода Конвенције УН против корупције (чл. 2, ст. 1). Међутим, такав превод има своја ограничења због тога што се из одређења појма јавног функционера на које упућују поменути инструменти види да се ради о концепту који је шири од концепта јавног функционера у смислу српског законодавства. Други, озбиљнији проблем оваквог превода је тај што се он другачије схвата у овим инструментима. Тако, појам јавног функционера у смислу Међународног кодекса понашања јавних функционера, садржаног у анексу УН резолуција 51/59 треба тумачити сходно његовој широкој дефиницији садржаној у Конвенцији УН против корупције, будући да се она позива на примену овог

кодекса (чл. 8). Сходно тој дефиницији, појам јавног функционера се не ограничава једино на лица која врше јавне функције, већ обухвата и друга лица која врше јавну службу према дефиницији домаћег законодавства државе уговорнице и на начин како се примењује право те државе уговорнице у датој области (чл. 2, ст. 1).

Даље, област примене Препоруке СЕ бр. Р (2000)10 која садржи Модел кодекса понашања јавних функционера је различита у односу на област примене анализираниог инструмента УН будући да она садржи додатно специфично одређење јавног функционера. Оно обухвата све запослене од стране органа власти, па чак и оне запослене од стране приватних послодаваца који врше јавне услуге, док не укључује јавно изабране представнике, чланове владе и носиоце правосудне функције (чл. 1, ст. 2, 3 и 4). Овом дефиницијом јавних функционера су дакле обухваћени и запослени од стране приватног послодавца уколико пружају јавне услуге, а искључене су одређене категорије као што су јавно изабрани представници, чланови владе и носиоци правосудне функције. За разлику од дефиниције од које полази Конвенцији УН против корупције у Моделу кодекса понашања јавних функционера СЕ се не врши упућивање на национално право.

Најзад, трећа по реду је Препорука СЕ бр. Р (2000)6 која у свом додатку широко поставља концепт јавног функционера тако да укључује сва лица у јавном сектору запослена од стране државних органа или јавних служби, а чије се зараде исплаћују из државног буџета. Једини изузетак представљају изабрани представници и одређене категорије службеника у случају када потпадају под посебне прописе. Очигледно је да овакво одређење јавних функционера у потпуности не коинцидира са претходна два, будући да се као полазни критеријум приликом одређења јавних функционера узима чињеница финансирања из државног буџета, уз недовољно јасно конкретизацију посебних прописа који пружају основ за одступање. Оваква неусклађена одређења појма јавних функционера даље воде ка тешкоћама приликом примене анализираних инструмената будући да се њихове области примене не поклапају те остаје нејасно на које се категорије запослених у јавном сектору примењују одређени приказани стандарди.

2.2. Међународни стандарди који се примењују на полицијске службенике и припаднике Војске

Европски кодекс полицијске етике који је садржан у додатку уз Препоруку Р (2001)¹⁰ Комитета министара СЕ државама чланицама (у даљем тексту: Европски кодекс полицијске етике) садржи решења значајна за полицијске службенике када се суоче са дилемом да ли да поступи по налогу претпостављеног који сматрају незаконитим. Он садржи минималне стандарде, начела и вредности који су усмерени ка томе да се поступање полицијских службеника обавља са интегритетом и да се заснива на владавини права и демократским вредностима. Најпре, у Европском кодексу полицијске етике наглашава се значај законитости па и интегритета у полицијском поступању будући да оно увек мора да се спроводи у складу са националним правом и прихваћеним међународним стандардима, укључујући и одредбе Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП) (пасуси 1,2 и 4, тач. 20).

За разлику од раније представљених међународних стандарда који се односе на све запослене у јавном сектору, одредбе Европског кодекса полицијске етике предвиђају два сета обавеза у погледу одговорности за незаконите налоге претпостављених. С једне стране, реч је о обавезама претпостављеног који издаје незаконит налог, док се с друге стране, нормирају обавезе полицијског службеника који га извршава. Најпре, Европски кодекс полицијске етике предвиђа индивидуалну одговорност полицијских службеника, на свим нивоима, за наређења издата подређенима (пасус 4, тач. 16), чиме јасно предвиђа одговорност претпостављеног за незаконит налог који изда полицијском службенику. Поред тога, овом одредбом се препоручује и да се у оквиру полиције предвиди јасан ланац командовања како би се могло утврдити приликом извршења незаконитог налога ко је претпостављено лице које је у конкретном случају издало такав налог те стога сноси коначну одговорност за незаконит налог (пасус 4, тач. 17). Такве одредбе о индивидуалној одговорности, уколико се пренесу у национално право би требало да имају снажан одвраћајући ефекат на издавања незаконитих налога полицијским службеницима од стране претпостављених (Ћорић 2022, 17).

У Европском кодексу полицијске етике се даље наводе обавезе полицијског особља да се суздрже од извршавања налога претпостављеног који је очигледно незаконит, као и да пријаве такав налог (пасус 39). Кодексом се међутим не прецизира ком лицу или органу

се пријављује такав налог. Занимљиво је, даље, да Кодекс одступа од решења из међународних инструмената који се примењују на јавне функционере будући да предвиђа одговорност полицијског службеника једино уколико изврши налог претпостављеног који је „очигледно“ незаконит док из тога произилази да ће се извршење других незаконитих налога толерисати. Овакво решење прописано за полицијске службенике приближава се виђењу Радбруха о томе да очигледно неправедан закон није закон. Међутим, Кодекс не пружа смернице у погледу тога које су то незаконитости које се могу толерисати будући да нису „очигледне“, те стога не доприноси разјашњењу већ продубљивању дилеме полицијског службеника у којим случајевима треба да се суздржава од извршења незаконитих налога а у којима не.

Даље, Кодекс је значајан и због тога што предвиђа да решења националног права треба да буду формулисана тако да полицијски службеник који пријављује очигледно незаконит налог претпостављеног буде без страха од санкције (пасус 5, тач. 39). Најзад, значај Кодекса је у томе што се прецизира у експланаторном меморандуму који се односи на члан 12 Кодекса да у погледу очигледно незаконитих налога постоји истовремена одговорност и претпостављеног који га је издао као и полицијског службеника који га је извршио, уколико се не ради о случајевима када је такав налог извршен у доброј вери .

Када је реч о међународним стандардима који се односе на поступање по незаконитом налогу претпостављеног у сектору одбране значајни су Кодекс понашања о војно-политичким аспектима безбедности Организације за европску безбедност и сарадњу (у даљем тексту: Кодекс ОЕБС-а) и документ Женевског центра под називом „Оружане снаге“. Они истовремено предвиђају одговорност непосредно претпостављеног припадника Војске за давање незаконитог наређења, као и одговорност припадника Војске за његово извршавање. У овом делу, неће се даље проучавати решења Кодекса ОЕБС-а будући да се у њему забрана извршења незаконитих налога не доводи у везу са напорима за јачањем интегритета, већ се ставља у контекст унапређења сарадње у области безбедности (Кодекс понашања у војно-политичким аспектима безбедности ОЕБС-а 1994, Преамбула, 1).

С друге стране, Женевски центар за управљање сектором безбедности је међународна фондација чија је мисија да помаже међународној заједници у раду на добром управљању и реформама сектора безбедности, те се стога у свом раду бави и питањима јачања интегритета припадника Војске. У документу „Оружане снаге“, Женевски

центар за управљање сектором безбедности доприноси, између осталог, развоју међународних стандарда који се односе на поступање по незаконитим налозима претпостављеног у сектору одбране, наводећи да постојећи институционални механизми попут унутрашње контроле, надзора, па и система притужби треба да адресирају забрану извршења незаконитог налога, као и одговорност припадника Војске за издавање и извршење незаконитог налога. У овом документу посебно се напомиње да налог претпостављеног може да се изврши и сматра законитим једино ако је усклађен и са међународним правом (DCAF, Armed Forces 2015, 8). На тај начин, подстичу се национална законодавства да законитост налога претпостављеног широко и свеобухватно формулишу.

Решење из документа Женевског центра о забрани за припаднике Војске да изврше незаконит налог је у суштини идентично са анализираним међународним стандардима који се примењују на све запослене у јавном сектору. Једина разлика је у томе што се међународни инструменти који се односе на запослене у јавном сектору не баве засебно питањем одговорности претпостављеног за издавање незаконитог налога. С друге стране, међународни стандарди који се примењују на полицијске службенике придају већи значај потреби за ефикасношћу спровођења налога претпостављеног у односу на стандарде примењиве на сектор одбране будући да забрану извршења незаконитог налога претпостављеног везују искључиво за „очигледно“ незаконите налоге. То се на први поглед не уклапа у становиште изложено у документу „Оружане снаге“ сходно којем војне организације, за разлику од цивилних, карактерише хијерархијски ланац командовања и централизована структура, будући да би таква структура требало да резултира у строжем придржавању наређења у сектору одбране него што то тренутно случај (DCAF, Armed Forces 2015, 5).

Изаз из ове потенцијалне противречности проналази се у томе да хијерархијско устројство представља заједнички чинилац који се среће не само у војним и полицијским организацијама већ се истиче као својство јавних служби у целини. Стога би међународни стандарди који се примењују на све анализирани режиме требало да буду уједначени у погледу тога да се никаква незаконитост не сме толерисати, те да забрана извршења незаконитог налога претпостављеног треба да буде апсолутна у целокупном јавном сектору. На тај начин превазишле би се захтеви из формуле Радбруха и отишло у правцу потпунијег остваривања законитог поступања и увођења јасних правила чиме

би се погодовало правној сигурности и отклањању дилеме са којима се запослени у јавном сектору редовно сусрећу.

2.3. Међународни стандарди који се односе на људско достојанство

У преамбули Повеље УН, народи УН указују на решеност да, између осталог, поново потврде веру у основна права човека и у достојанство. Дакле, достојанство се спомиње упоредо са основним правима човека, али не као њихов део већ као засебан концепт. Такав приступ се поновио и у преамбули Универзалне декларације о људским правима у којој се врши позивање на Повељу УН и да су народи УН у њој поново прогласили своју веру у основна људска права и достојанство.

Решења која се односе на достојанство из Повеље УН и Универзалне декларације о људским правима послужила су као инспирација за његово даље укључивање у међународне инструменте о људским правима универзалног и регионалног карактера (McCrudden 2008, 667). Концепт достојанства је тако наставио да игра значајну улогу у три кључна међународна инструмента о људским правима универзалног карактера који су закључени у току шездесетих година прошлог века под окриљем УН. Реч је о Међународном пакту о грађанским и политичким правима, Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима и Међународној конвенцији о укидању свих облика расне дискриминације у којима наставља да се понавља иста дихотомија сходно којој се на значај достојанства указује упоредо за укључивањем на значај људских права. Штавише у два међународна пакта иде се и корак и даље у конкретизацији односа између људских права и достојанства те се истиче да људска права „произилазе из достојанства неодвојивог од човекове личности“, односно да достојанство представља основ људских права (Spijkers 2022). У бројним накнадно усвојеним инструментима УН наставило се са праксом упућивања на достојанство, као што су на пример, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака, Међународна конвенција о заштити свих лица од присилног настанка и Конвенција о правима лица са инвалидитетом. Признање и поштовање достојанства је почело да се преноси и у друге међународне инструменте универзалног и регионалног карактера, као што су Конвенција о политици запошљавања Међународне организације рада бр. 122, као

и наднационални инструменти попут Повеље ЕУ о основним правима (McCrudden 2008, 669–672).

Занимљиво је да ЕКЉП за разлику од Америчке конвенције о људским правима, Афричке повеље о правима човека и народа и других горенаведених инструмената не спомиње концепт достојанства у основном тексту већ само у неком од протокола. Са поштовањем достојанства, чини се да се најдаље отишло у Афричкој повељи о правима човека и народа, будући да се у њој бришу границе између људских права и концепта достојанства, те се чланом 5 нормира право појединца на поштовање људског достојанства. Коначно Међународни суд правде (МСП) је у пресуди у предмету *Крфски канал* закључио да одређене обавезе не произилазе из ратног права које је кодификовано у Хашким конвенцијама из 1907. године, већ из „одређених општих и опште признатих начела“, односно елементарних обзира хуманитости. МСП наставио је накнадно да се држи истог приступа, између осталог, у накнадним пресудама и саветодавним мишљењима (Handayani 2016, 651). Оваква еволуција концепта достојанства у међународним инструментима одражава доктринарна схватања у којима се заговарао различит карактер људског достојанства од тога да представља опште правно начело (Weatherall 2015, 19), људско право (Shaoping 2009, 370), па и основ за *ius cogens* (Weatherall 2015, 52–54).

МСП и други судови су ослањањем на концепт људског достојанства стварали нова права и проширивали домашај постојећих, што се показало битним за признање и заштиту права на одбијање извршења незаконитог налога претпостављеног. Рабреновић и други у том контексту истичу да потврђена *ius cogens* природа права на људско достојанство учвршћује неповредивост права запосленог у јавном сектору да одбије незаконит налог претпостављеног (Rabrenović et al. 2018, 306–307). Ипак, позивање на *ius cogens* природу права на људско достојанство превасходно се у пракси доводило у везу са забраном извршења незаконитог наређења у контексту оружаних сукоба а не јачања интегритета у јавном сектору, те стога за потребе овог рада има ограничен значај.

3. ЗАБРАНА ИЗВРШЕЊА НЕЗАКОНИТОГ НАЛОГА ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ У СУДСКОЈ ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Као што је на почетку рада напоменуто, претрага базе *HUDOC* која је пошла од кључних речи „незаконит налог претпостављеног“ дала је неогдговарајуће резултате, будући да се ни једна од одабраних пресуда није односила на извршавање незаконитог налога претпостављеног у јавном сектору. Уместо тога, идентификоване пресуде су се претежно односиле на ситуације када је полицијски службеник незаконито поступао приликом лишавања слободе.

Применом критеријума који се у литератури предлаже као супсидијаран а заснива се на претрази тематских прегледа судске праксе, идентификовано је свега неколико релевантних предмета који ће бити анализирани у наредним редовима. Тачније, анализа је укључила одлуке из тематских прегледа који се односе на права у вези са радним односом, забрану ропства и принудног рада, као и приговор савести будући да је једино у њима идентификована пракса релевантна за истраживање забране незаконитог налога претпостављеног као мере за јачање интегритета у јавном сектору.

Најпре, битан је предмет *Тлименос против Грчке*² из 2000. године, који се односио на случај неизвршења незаконитог налога претпостављеног и последице које је оно имало на стицање звања овлашћеног књиговође. У датом случају, Велико веће је нашло да је дошло до повреде начела слободе мисли, савести и вероисповести у вези са повредом забране дискриминације. Она се приписује томе што је извршни одбор Коморе овлашћених ревизора донео одлуку којом забрањује подносиоцу стицање звања овлашћеног књиговође и поред тога што је прошао стручни испит, а због раније кривичне осуђиваности на основу одбијања да носи војну униформу за време опште мобилизације. ЕСЉП је утврдио да је наступила повреда његовог права да испољава веру у тренутку када га је Комора дисквалификовала због поменуте осуде за тешко кривично дело, будући да одбијање налога да носи униформу из религијског или другог уверења не имплицира недостојност подносиоца да се бави датом професијом (ECtHR, Work Related Rights, Factsheet 2024, 2).

² ECtHR, *Thlimmenos v. Greece*, App. No. 34369/97, 6.4.2000.

Подносилац представке оспоравао је не само одлуку Коморе која је одбила да га именује за књиговођу, већ и ранију осуду истичући да је њему на тај начин било повређено право да испољава веру или уверење. У овом предмету, ЕСЈП је међутим нашао да он није надлежан да одлучује о томе да ли је осудом приговарача савести извршена повреда члана 9 ЕКЉП, будући да ЕКЉП не гарантује право на приговор савести, те да је за то битна пракса Европске комисије за људска права која се примењивала у време његовог осуђивања (пасус 50). ЕСЈП је тек 2012. у пресуди у предмету *Бајатајан против Јерменије*³ прихватио по први пут да приговор савести на војну службу произилази из члана 9 ЕКЉП утврдивши да се налог за извршавање војне обавезе који се противи верским или другим уверењима било ког лица сматра недопуштеним без обзира на одредбе националног права (Hammarberg 2012). У међувремену је ЕСЈП развио праксу у овом погледу, али се она не односи на последице које приговарачи савести имају по своје запослење у јавном сектору, те се неће даље анализирати (ECtHR, Conscientious objection, Factsheet 2024).

Такође, *Адигүзел против Турске*⁴ из 2018. године представља значајан предмет због тога што је у њему ЕСЈП понудио корисна подјашњења око тога када се налог претпостављеног по којем је подносилац поступао не може сматрати незаконитим, па се последично не може ни да оквалификује као принудни рад у смислу члана 4 ЕКЉП. Подносилац представке је био запослен у органу локалне самоуправе као доктор специјалиста медицине рада и судски патолог са статусом државног службеника. Истицао је да се од њега захтевало да ради ван радног времена без новчане накнаде дуже од десет година и то пре свега због издавања потврда о наступању смрти. ЕСЈП је у том погледу заузео став да је небитно да ли је подносилац приликом запошљавања био свестан да природа посла за који се пријављује захтева повремени рад ван радног времена и да ли је пристао на то будући да је он морао да буде свестан специфичности описа посла за који се пријављује а која захтева повремени рад ван радног времена. Наиме, његов опис посла је везан за тренутак наступања смрти, а он увек представља неизвесну околност. ЕСЈП стога закључује да је повремени рад ван радног времена у конкретном случају био неопходан за остваривање континуитета јавне службе и заштите јавног интереса.

³ ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, App. No. 23459/03, 07.07.2011.

⁴ ECtHR, *Adigüzel v. Turkey*, App. No. 7442/08, 06.02.2018.

У светлу изнетог, ЕСЈП је даље истакао да се додатне услуге које су подносицу биле наметнуте противно његовој вољи не могу да окарактеришу као „принудни или обавезни рад“, на основу пуне тврдње подносиоца да је пристајао да извршава налоге претпостављеног ван радног времена због тога што је сматрао да у супротном постоји опасност да ће да изгуби посао. Приликом аргументовања због чега овакви налози претпостављеног не потпадају под принудан рад, ЕСЈП наводи њихову законитост. Наиме, и поред тога што меродавно национално право није предвиђало могућност новчане накнаде за прековремени рад, оно је предвиђало други вид накнаде коју је подносилац пропустио да тражи у овом случају а који се огледао у могућности добијања слободног дана за сваких осам сати прековременог рада. Из оваквог резонувања ЕСЈП-а где незаконитост налога претпостављеног имплицитно представља предуслов за постојање принудног рада, произилази да ће ЕСЈП у некој од наредних пресуда у којима буде утврдио постојање незаконитог налога претпостављеног такво поступање квалификовати као принудни рад.

Коначно, битна је пресуда у предмету *Ебрахимијан против Француске*⁵ из 2015. године у којој је ЕСЈП утврдио да није наступила повреда права на слободу испољавања вере у смислу члана 9 ЕКЈП тиме што социјалној радници у државној болници није продужен уговор о раду због тога што није извршила писани налог којим се од ње тражило да престане да носи исламску мараму (ECtHR, *Work-related rights*, Factsheet 2024, 9). И поред тога што је ЕСЈП утврдио да се у конкретном случају радило о законитом налогу који је био у складу са уставним начелом секуларности, овом пресудом пружају се значајне смернице којима ЕСЈП треба да се води када оцењује да ли штетне последице које запослени у јавном сектору сноси због неизвршење одређеног налога представљају допуштена ограничења права зајемчених ЕКЈП.

ЕСЈП је одлучујући у предмету *Ебрахимијан против Француске* о томе да ли је непродужавањем уговора због неизвршеног налога повређена ЕКЈП применио своју претходну праксу у погледу тога када може да се ограничи слобода мисли, савести или вероисповести. Наиме, ЕКЈП јемчи апсолутну неповредивост унутрашњег аспекта ове слободе (*forum internum*), док ограничења њене спољашње димензије (*forum externum*) која се односе на слободу исповедања вере или

⁵ ECtHR, *Ebrahimian v. France*, App. No. 64846/11, 26.11.2015.

уверења допушта једино у случају испуњености захтева који ће у наставку бити представљени (Крстић и Маринковић 2016, 158). Према развијеној пракси, да би ово ограничење у делу који припада његовој спољашњој димензији (*forum externum*) било допуштено морају да буду испуњена три услова: да буде предвиђено законом, да има за циљ заштиту легитимног интереса и да буде „неопходно у демократском друштву“ (Крстић и Маринковић 2016, 161).

Њихова кумулативна испуњеност процењује се и када се сагледава да ли је допуштен налог претпостављеног којим се ограничава спољашња димензија овог права. Из тога произилази да кадгод је налог претпостављеног којим се ограничава слобода испољавање вере запосленом у јавном сектору противан одредбама националног права наступа повреда члана 9 ЕКЉП без обзира на испуњеност других горе наведених кумулативних захтева. Овакво тумачење ЕКЉП треба да оснажи запослене у јавном сектору да не извршавају налоге претпостављеног противне националним прописима. Даље, може да се замисли ситуација у којој не треба извршити налог претпостављеног, и поред тога што није противан одредбама националног законодавства, уколико се њиме ограничава уживање овог права које није усмерено на остварење легитимног циља или не испуњава захтев неопходности у демократском друштву. У таквим ситуацијама, такав налог је по правилу противан неком од међународних стандарда.

Даље, у пресуди у предмету *Ебрахимијан против Француске*, ЕСЉП нуди још нека корисна појашњења у погледу тога када је ограничење слободе исповедања вере запосленог у јавном сектору допуштено, будући да се ранија пракса ограничења овог права углавном није односила на запослене у јавном сектору. ЕСЉП налази у овом предмету да је ограничење права на слободу исповедања вере које је спроведено издавањем налога о забрани ношења муслиманске мараме, као и накнадним дисциплинским кажњавањем за његово неизвршење било допуштено у конкретном случају, те да стога није наступила повреда датог права. Такав закључак је изведен из околности да је извршено ограничење било законито, као и да је било неопходно у демократском друштву и усмерено ка легитимном циљу. ЕСЉП је посебну пажњу посветио разматрању неопходности овог ограничења у којем се наглашава значај јавне службе коју подносиатељка врши. У том контексту, истакао је да је овакво ограничење слободе испољавања вере било неопходно да би се остварио захтев неутралности у јавном сектору које произилази из начела секуларности а самим тим

и начела једнаког третмана свих пацијената. Према мишљењу ЕСЉП, усмереност ка легитимном циљу је такође остварена будући да је ограничење имало за сврху заштиту права и слобода других лица (Registar of the Court 2015, 1–3).

Овај предмет је значајан и због тога што је ЕСЉП у њему додатно појаснио када је испуњен захтев за законитошћу ограничења. Он је у својој ранијој пракси већ прихватио шире схватање законитости сходно којем се закон схвата материјално а не формално, тако да укључује целокупно писано право, подразумевајући под тиме и подзаконске акте и судску праксу посредством које се тумаче. Штавише, ЕСЉП не своди у својој пракси начело законитости искључиво на питање одговарајућих извора већ њиме захтева и квалитет тих извора, руководећи се захтевом правне сигурности, те редовно испитује да ли је закон предвидљив, недвосмислен и доступан грађанима (Крстић и Маринковић 2016, 164; Бајовић 2022, 421).

У конкретном случају, ЕСЉП је додатно појаснио да иако је законитост налога претпостављеног произилазила из начела секуларности и њему својственог захтева за неутралношћу, квалитет законских решења није био одговарајући. Наиме, ЕСЉП примећује да и поред тога што је налог био у складу са начелом секуларности, подносиатељка на основу важећих законских решења није могла да предвиди да ће њено одбијање његовог извршења довести до непродужавања уговора о раду. ЕСЉП је признао да уставно начело секуларности није било довољно разрађено кроз национално право будући да није било прописано да се захтев за верском неутралношћу односио на занимање које је она обављала. У том погледу, ЕСЉП је закључио да је захтев за законитошћу ограничења био свакако квалитативно испуњен тек од тренутка када је ову постојећу правну непрецизност отклонио Државни савет у својој одлуци нашавши да сви запослени у јавном сектору морају да се придржавају верске неутралности у вршењу своје службе. Овакав став ЕСЉП указује на потребу да се националним правима јасније нормирају последице које ће запослени у јавном сектору да снесу уколико одбију извршење законитог налога, као уосталом и на потребу да се сва питања која се тичу режима поступања по незаконитом налогу прецизно регулишу како би се остварило начело законитости на којем инсистира ЕСЉП, а сходно којем национално законодавство мора да буде предвидљиво, јасно и доступно.

На основу тематских прегледа судске праксе није идентификована релевантна пракса ЕСЉП која би се односила на повреду апсолутних

права из ЕКЉП насталу извршењем незаконитог налога претпостављеног у јавном сектору. Ипак, битно је имати у виду да су налози претпостављеног који би водили ограничењу неког од права апсолутног карактера из ЕКЉП увек недопуштени будући да апсолутна права не подлежу допуштеним ограничењима, већ их држава мора поштовати „безусловно и без остатка“ (Крстић и Маринковић 2016, 50).

Заједничко обележје анализираних пресуда представља то да се ЕСЉП у њима није позивао на међународне инструменте за јачање интегритета који су били анализирани у овом раду. Слично томе, ЕСЉП у овим пресудама није указао ни на значај људског достојанства из којег произилази обавеза неизвршења незаконитог налога.

4. ЗАКЉУЧАК

Анализирани инструменти УН и СЕ који се односе на запослене у јавном сектору указују на постојање апсолутне забране за јавног функционера да изврши незаконите налоге претпостављеног, без обзира на размере те незаконитости. У основи идентично решење садржи документ Женевског центра који предвиђа забрану за припаднике Војске да врше незаконите налоге. Насупрот томе, међународни стандарди који се примењују на полицијске службенике придају већи значај потреби за ефикасношћу спровођења налога претпостављеног у односу на решења предвиђена за сектор одбране и запослене у јавном сектору будући да забрану извршења незаконитог налога претпостављеног везују искључиво за „очигледно“ незаконите налоге. Овакав режим у погледу полицијских службеника наизглед се противи становишту Женевског центра сходно којем војне (а не полицијске) организације карактерише наглашенија хијерархијска и централизованија структура која би чини се требало да резултира и у строжем придржавању наређења па и на уштрб законитости у сектору одбране. Будући да се у раду прихватило схватање да хијерархијско устројство представља заједнички својство свих анализираних режима, предлаже се да сви међународни стандарди треба да буду уједначени око тога да се никаква незаконитост не толерише и да забрана извршења незаконитог налога буде апсолутна у јавном сектору.

На тај начин превазишле би се захтеви из формуле Радбруха у погледу анализираних режима и отишло у правцу потпунијег поштовања законитости, као и увођења јасних правила. Тиме би се погодновало правној сигурности и отклониле дилеме запослених у јавном сектору,

што би их даље оснажило да одбију извршавање незаконитих налога. Такво давање приоритета законитом поступању у односу на ефикасност чини се оправданим и из перспективе остваривања владавине права.

Ипак, анализирани инструменти трпе заједничке критике, које се пре свега огледају у њиховој правној необавезности. Иако садрже стандард непоступања по незаконитом налогу, његовој разради није посвећена довољна пажња. Ови инструменти су остали недоречени, између осталог, у погледу обавезе државних органа да пропишу ком субјекту би запослени у јавном сектору требало да се обрати у случају сумње да је конкретан налог незаконит. Без посвећивања пажње успостављању институционалних решења којима би се обезбедила расположивост стручних служби којима запослени може да се обрати у случају када сумња у законитост примљеног налога, имплементација ових инструмената неће дати очекиване резултате.

Поред тога, неки од инструмената садрже нејасне формулације те не може да се закључи да ли се њима предвиђа право запосленог у јавном сектору да не изврши незаконит налог или забрана његовог неизвршења. У том погледу, пракса ЕСЉП пружа потребне одговоре будући да се у њој указује на то да ће се сваки налог претпостављеног којим се ограничава неко од релативних права из ЕКЉП сматрати недопуштеним, те неће смети да се изврши уколико не испуњава све захтеве тростепеног теста (законитост, усмереност ка легитимном циљу и неопходност у демократском друштву). С друге стране, ограничења права апсолутног карактера нису ни допуштена. Основна улога приказане праксе ЕСЉП огледа се у томе да она треба да оснажи запослене у јавном сектору да се суздрже не само од извршавања налога који су противни националном законодавству, већ и од оних који нису у складу са постојећим међународним стандардима. Практика ЕСЉП истовремено подсећа да је потребно да се националним правима прецизно регулишу сва питања која се тичу режима поступања по незаконитом налогу како би се остварило начело законитости у квалитативном смислу, а сходно којем национално законодавство мора да буде предвидљиво, јасно и доступно.

Најзад, било би упутно да ЕСЉП у будућности почне да се у својим пресудама позива на решења из анализираних инструмената који се баве јачањем интегритета будући да он већ дуго у свом раду примењује приступ интензивног упућивања на међународне инструменте из других области права. С друге стране, неуказивање на значај људског достојанства у анализираним пресудама не изненађује и може

се објаснити тиме што се ни у самој ЕКЉП не пружа довољна пажња концепту људског достојанства, као и чињеницом да се позивање на *ius cogens* природу права на људско достојанство превасходно доводи у везу са забраном извршења незаконитог наређења у контексту оружаных сукоба а не јачања интегритета у јавном сектору.

ЛИТЕРАТУРА

Бајовић, Вања. 2022. „Непосредна примена међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права у кривичном поступку“. У Јелена С. Перовић (ур.), *Копачичка школа природног права – Слободан Перовић* (стр. 409–427). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ћорић, Драгана 2011. Нови минути посвећени Радбруховој формули. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 45(3), стр. 635–645.

Институт за упоредно право [ИУП]. 2023. *Аналитички документ: Развој модела за усклађивање Републике Србије са пресудама Суда правде ЕУ које су извор права и модела за праћење пресуда/мишљења/студија Европског суда за људска права и Венецијанске комисије*. Београд: Институт за упоредно право.

Јеж, Здравко и Дунђерски, Боривоје. 2010. Неки аспекти односа школе природног права и Келзенове нормативистичке теорије права. *Право – Теорија и пракса*, 27 (3–4), стр. 38–45.

Крстић, Ивана и Маринковић, Танасије. 2016. *Европско право људских права*, Београд: Савет Европе.

Vix, Brian. 2011. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis. *The American Journal of Jurisprudence*, 56, pp. 45–57. <https://doi.org/10.1093/ajj/56.1.45>

Ćorić, Vesna. 2022. *Improper Superior Orders: An analysis of the regulatory frameworks in selected Western Balkan countries*. Belgrade: Institute of Comparative Law. https://doi.org/10.56461/M188_22VC

Handayani, Irawati. 2016. Book Review: Jus Cogens, International Law and Social Contract. *Journal of Law*, 3(3), pp. 651–654. <https://doi.org/10.22304/pjih.v3.n3.a11>

McCrudden, Christopher. 2008. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19(4), pp. 655–724. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>

Rabrenović, Aleksandra, Kostić, Jelena & Matić Bošković, Marina. 2018. Open Dillema: How to React to Illegal Orders from a Superior. In Rabrenović, Aleksandra & Knežević Bojović, Ana (eds.), *Integrity and Good Governance in the Western Balkans* (pp. 303–314). Danilovgrad: Regional School of Public Administration.

Rabrenović, Aleksandra. 2018. *Human Resources Management in the Civil Service*. In *Integrity and Good Governance in the Western Balkans* (pp. 11–70). Danilovgrad: ReSPA.

Shaoping, Gan. 2009. Human Dignity as a Right. *Frontiers of Philosophy in China*, 4(3), pp. 3703–3784. <https://doi.org/10.1007/s11466-009-0024-3>

Weatherall, Thomas. 2015. *Jus Cogens: International Law and Social Contract*. Cambridge: Cambridge University Press.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Hammarberg, Thomas. 2012. “The right to conscientious objection to military service should be guaranteed in all parts of Europe”. *Commissioner for Human Rights Comment*. <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/the-right-to-conscientious-objection-to-military-service-should-be-guaranteed-in-all-parts-of-euro-1> (15.11.2024.)

Press Unit, ECtHR, 2024, “Work Related Rights”, *Factsheet*. <https://www.echr.coe.int/factsheets> (19.11.2024).

Press Unit, ECtHR, 2024, “Conscientious objection”, *Factsheet*. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Conscientious_objection_ENG (15.11.2024).

Registrar of the Court. 2015. “Non-renewal of contract, in a public establishment, of a social assistant refusing to remove her veil was not contrary to the European Convention on Human Rights.” *Press Release*. [https://hudoc.echr.coe.int/#{“documentcollectionid2”:\[“JUDGMENTS”, “CLIN”, “REPORTS”\]};](https://hudoc.echr.coe.int/#{“documentcollectionid2”:[“JUDGMENTS”, “CLIN”, “REPORTS”]};) (15.11.2024).

Spijkers, Otto. 2022. “New’ Human Rights and Human Dignity”. *Cambridge Core Blog*. <https://www.cambridge.org/core/blog/2022/10/12/new-human-rights-and-human-dignity/> (18.11.2024.)

ИЗВОРИ ПРАВА

UN, *Universal Declaration of Human Rights*, 217 A (III), 10 December 1948.

UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, 16 December 1966.

UN, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, 16 December 1966.

Council of Europe, *European Convention on Human Rights, as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15*, ETS No. 005, 4 November 1950.

UN, *United Nations Convention Against Corruption*, A/58/422, 31 October 2003.

Council of Europe, The European Code of Police Ethics, Recommendation CM/Rec(2001)10 and explanatory memorandum Recommendation CM/Rec(2001)10 and explanatory memorandum.

Recommendation Rec(2001)10 of the Committee of Ministers to Member States on the European Code of Police Ethics *adopted by the Committee of Ministers on 19 September 2001 at the 765th meeting of the Ministers' Deputies*.

Recommendation No. R (2000)6 of the Committee of Ministers to Member States on the Status of Public Officials in Europe *adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers' Deputies*.

Recommendation No. R (2000)10 of the Committee of Ministers to Member States on Codes of Conduct for Public Officials *adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000*.

Explanatory Memorandum to Recommendation Rec(2000)10 on Codes of Conduct for Public Officials *adopted by the Committee of Ministers on 11 May 2000 at the 106th session*.

Resolution Adopted by the UN General Assembly on the report of the Third Committee (A/51/610) 51/59 including the International Code of Conduct for Public Officials. Action against Corruption, 1997.

Rome Statute of the International Criminal Court. International Organizations. of 2002 and amended by resolution RC/Res.5 of 11 June 2010.

Organization for Security and Co-operation in Europe, Code of Conduct on Politico-Military Aspects of Security, 3 December 1994.

СУДСКА ПРАКСА

ECtHR, *Thlimmenos v. Greece*, App. No. 34369/97, 6.4.2000.

ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, App. No. 23459/03, 07.07.2011.

ECtHR, *Ebrahimian v. France*, App. No. 64846/11, 26.11.2015.

ECtHR, *Adıgüzel v. Turkey*, App. No. 7442/08, 06.02.2018.

Vesna Ćorić

PROHIBITION TO EXECUTE AN UNLAWFUL SUPERIOR ORDER
AS AN INTEGRITY-BUILDING MEASURE IN
INTERNATIONAL LAW

Resume

The prohibition to execute an unlawful superior order as an integrity-building measure is regulated by soft-law integrity instruments which were predominately developed under the auspices of the UN and the CoE. The case law of the ECtHR also offers needed clarifications in that respect. The paper contributes to the long-standing debate on whether the prohibition to follow unlawful orders should cover all types of unlawfulness or should be limited only to clearly illegal orders. It may be concluded that international instruments should be more consistent and concrete when it comes to setting the prohibition to execute unlawful superior orders and the obligation not to tolerate any illegalities. The case law of the ECtHR provides useful guidance in that respect and comes up with an extensive understating of the notion of lawfulness.

Keywords: Unlawful superior order, Integrity-building, European Court of Human Rights, United Nations, Council of Europe.

Милош ВАСОВИЋ*

Институт за упоредно право
Београд

УДК 347.73(4-672EU)
DOI: 10.5937/adpn2404099V

Оригинални научни рад

НАЧЕЛО ФАКТИЦИТЕТА И ОПШТА АНТИАБУЗИВНА МЕРА ИЗ АТАД ДИРЕКТИВЕ**

Сажетак

Опита антиабузивна мера из Директиве о мерама против шема избегавања плаћања пореза које директно утичу на функционисање унутрашњег тржишта је одредба коју су, као минимални стандард, државе чланице ЕУ усвојиле у виду потпуне имплементације или усклађивања већ постојеће домаће норме. Ова одредба служи превенцији законите нелегитимне евазије пореза на добит правних лица. Национално пореско законодавство предвиђа начело фактицитета, за које се у пракси ustalilo мишљење да је заправо општа антиабузивна мера. Намеће се питање да ли се применом начела фактицитета може сматрати да је имплементирана општа антиабузивна мера предвиђена наведеном Директивом. Циљ овог рада је да се анализира поменута одредба и упореди са начелом фактицитета. Полазећи од претпоставке да је домаће законодавство потребно ускладити са законодавством Европске уније у области пореза на добит правних лица, као и да је потребно заштитити националне фискалне интересе, у раду смо применили догматско-правни метод, као и метод анализе садржаја са посебним освртом на праксу Суда

* Аутор је истраживач-сарадник на Институту за упоредно право. Електронска адреса аутора: m.vasovic@iur.rs; ORCID: 0009-0007-4218-3350.

** Рад је настао у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број 451-03-66/2024 03/200049 од 5.2.2024. године)

правде Европске уније. На тај начин, настојали смо да дамо препоруке за усвајање нове антибузивне мере, која би била у складу са европским законодавством, а независна од начела фактицитета.

Кључне речи: начело фактицитета, општа антибузивна мера, АТАД директива 2016/1164, пореско право Европске уније, порез на добит правних лица.

1. УВОД

Србија није чланица Европске уније и није везана њеним директивама, међутим, потписница је Споразума о стабилизацији и придруживању из 2013. године где се обавезала да ће своје прописе хармонизовати са законодавством Европске уније. До сада је учињен велики напор да се прописи из области индиректних пореза хармонизују са европским законодавством, што није случај са директним порезима. Тако, на пример, ниједна антибузивна мера, као део минималног стандарда из Директиве о мерама против шема избегавања плаћања пореза које директно утичу на функционисање унутрашњег тржишта (Council Directive 2016/1164 – АТАД Директива) није усвојена. Иако немају све мере из АТАД Директиве подједнаку важност за национално законодавство, општа антибузивна мера би могла заправо највише да помогне пореским властима у борби против евазије пореза. Такође, фискални ефекат би био велики с обзиром на то да оваква норма обухвата широк спектар трансакција и аранжмана, а такође већ постоји устаљена судска пракса, јер се поменута норма примењује у државама чланицама од 2019. године.

Циљ рада јесте анализа усаглашености начела фактицитета, за које многи домаћи порески правници сматрају да је општа антибузивна мера, са општом антибузивном нормом из АТАД Директиве. У раду ћемо се такође осврнути и на хрватско законодавство и њихову општу антибузивну меру за коју се сматра да је у складу са истом из АТАД Директиве. Разлог одабира Хрватске видимо управо у правној традицији коју Србија са њом дели. На основу ове анализе, настојаћемо да дамо препоруке у области прописа који регулишу порез на добит правних лица, користећи догматско-правни метод, као и метод анализе садржаја са посебним освртом на праксу Суда правде Европске уније.

Рад је подељен на четири дела. У правом делу навешћемо основне карактеристике општих антиабузивних мера. Након тога, анализираћемо детаљније општу антиабузивну меру из АТАД Директиве. У трећем делу, упоредићемо начело фактицитета са општом антиабузивном мером из АТАД Директиве. На крају, навешћемо неколико разлога због којих сматрамо да је потребно усвојити нову општу антиабузивну меру независно од начела фактицијета, а по угледу на европско законодавство.

2. ОПШТЕ АНТИАБУЗИВНЕ МЕРЕ

Опште антиабузивне мере (ОАМ) јесу добра средства за превенцију законите, а нелегитимне евазије пореза (Thurowy 2003, 155). Евазија пореза се у литератури уобичајено дели на закониту и незакониту евазију. Незаконита евазија пореза (*tax evasion/fraud*) подразумева вршење радње која представља биће кривичног дела (Gomes 2019, 69). То је пореска утаја, или пореска превара, уколико национални порески закони праве разлику између ових термина (Благојевић 2023, 190). Са друге стране постоји законита евазија (енг: *tax avoidance/abuse*) која не представља вршење кривичних дела и дели се на легитимну и нелегитимну (Благојевић 2023, 185). Легитимна законита евазија подразумева понашање пореског обвезника за коју није предвиђена никаква санкција, на пример, уздржавање од потрошње опорезованог производа, супституција теже опорезованог артикла блаже опорезованим, искоришћавање законом пружених олакшица и слично (Благојевић 2023, 185). Нелегитимна законита евазија је појам који се у енглеској литератури често наводи као *tax avoidance*, а што подразумева искоришћавање одредаба из пореских закона или уговора супротно намени њиховог творца, јер је одредба дефинисана прешироко, нејасно, или сиромашно (Bergedahl 2018, 11). На међународном нивоу, нелегитимна законита евазија се огледа у искоришћавању два или више пореска система, где услед непоклапања пореских норми може доћи до делимичног или потпуног избегавања плаћања пореза, или у искоришћавању пореских уговора супротно њиховој намени (Bergedahl 2018, 11). Дакле, уколико порески обвезник структурише своју трансакцију тако да избегне настанак пореске обавезе, то се може сматрати законитом евазијом, док избегавање плаћања пореске обавезе која је већ настала, али није пријављена у пореској пријави, или јесте али са лажним подацима, означава кривично дело (Uckmar 1983, 20 - 21). Наглашавамо

да ова подела постоји само у литератури, а да национални порески прописи у Србији не дефинишу разлику између наведених термина, па тако на пример, у секундарној пореској обавези се помиње термин „избегавање плаћања пореза“ без даљег објашњења шта тај термин означава (Закон о пореском поступку и пореској администрацији од 2022, чл. 31, ст. 2, тач. 2).

ОАМ се примењује уколико законодавац није предвидео неку специјалну антиабузивну меру за специфичне ситуације, односно које служе превенцији тачно одређених структура избегавања плаћања пореза (Рога 2016, 5). Оно што карактерише ОАМ јесте управо њихова опширност и превелика арбитрарност у примени, што је донекле и разумљиво с обзиром на то да је идеја законодавца била примена одредбе на што већи број случајева. ОАМ се могу наћи у националним пореским законима држава, као и у пореским уговорима. Оно што их карактерише и чини њихову срж јесте постојање субјективног и објективног елемента. Као пример, за сврху овог рада, аутор ће узети у обзир општу антиабузивну меру из АТАД Директиве (Council Directive 2016/1164, чл. 6).

Након што је *OECD* донела пакет мера за супротстављање ерозији пореске основице и сељења профита (*Base erosion and profit shifting – BEPS*) 2013. године (Поповић и Илић-Попов 2019, 8), Европска унија је почела да развија свој пакет мера у циљу превенције поменутог феномена. Док су само неке антиабузивне мере из BEPS пројекта имале карактер минималног стандарда и морале су бити усвојене од стране држава које су ратификовале међународни мултилатерални инструмент (*Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent tax base erosion and profit shifting*)¹, Европска унија се одлучила да већину мера уврсти у посебну директиву, где би државе чланице биле у обавези да имплементирају сваку од укључених антиабузивних мера. Половином 2016. године, Европска унија је усвојила АТАД Директиву, а која је прописивала пет обавезујућих антиабузивних мера, од којих је једна била и општа антиабузивна мера. Државе чланице су биле у обавези да до 1. јануара 2019. године имплементирају одредбе из АТАД Директиве, или ускладе већ постојеће националне антиабузивне мере са поменутом Директивом. У наредном делу бавићемо се детаљнијом анализом ОАМ из АТАД Директиве.

¹ Видети: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beeps-mli/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beeps.pdf> (10.11.2024)

3. ОПШТА АНТИАБУЗИВНА МЕРА ИЗ АТАД ДИРЕКТИВЕ

Општа антибузивна мера из АТАД Директиве предвиђа субјективни и објективни елемент (Council Directive 2016/1164, Art. 6), наводећи:

„У сврху обрачунавања обавезе по основу пореза на добит правних лица, држава чланица ће занемарити аранжман или низ аранжмана који су успостављени са главном сврхом, или једном од главних сврха, стицања пореске погодности која нарушава предмет или сврху важећег пореског закона, а који нису стварни с обзиром на све релевантне чињенице и околности. Аранжман може обухватати више корака или делова.

У сврху става 1, аранжман или низ аранжмана сматраће се нестварним у мери у којој нису успостављени из ваљаних пословних разлога који одражавају економску стварност.

Када се аранжман или низ аранжмана занемаре у складу са ставом 1, пореска обавеза ће се обрачунати у складу са националним законом“.

Дакле, уколико је главни циљ, или један од главних циљева аранжмана стицање пореске погодности, сматраће се да је испуњен субјективни елемент. Како ће се одређивати шта је један од главних циљева зависи од случаја до случаја. Овакав концепт ОАМ је заправо преузет из теста основног циља који је чинио део минималног стандарда у оквиру мултилатералног инструмента (Multilateral convention to implement tax treaty measures to prevent base erosion and profit shifting, art. 7, pp. 8–9). Дакле, на основу објективних критеријума попут релевантних чињеница и околности, утврђује се да ли је субјективни елемент, односно један од главних циљева и пореска уштеда (Gomes 2019, 77). Могуће је да постоје два или више основних разлога аранжмана, где је довољно да макар једна од главних сврха, односно циљева буде и стицање пореске погодности (Kogiak 2016, 9). Уколико би се сматрало да стицање пореске погодности није у складу са предметом или сврхом пореског закона, објективни елемент би био испуњен. Оно што се разликује од теста основног циља је захтевање да аранжман одражава стварну економску реалност, и уколико би то био случај, ОАМ се не би применила. Захтев за постојањем стварне економске реалности је зараво преузет из праксе Суда правде Европске уније (СЈЕУ,

C-196/04, par. 55. CJEU, C-106/07, пасус 28. CJEU, joined cases C-504/16 and C-613/16, пасус 60) где се, како би се ОАМ применила, захтевало да аранжмани морају бити у потпуности вештачки и да не одражавају економску стварност (Govind and Zolles 2018, 231).

Државе чланице ЕУ су у потпуности имплементирале ОАМ из АТАД директиве, или су већ имале такву норму која је била у складу са поменутом Директивом. Па тако, Хрватска, са којом Србија дели правну традицију, сматрала је да је њена општа антибузивна мера у складу са АТАД Директивом (Рога 2019, 121). Конкретно у Закону о порезу на добит Хрватске, у члану 5а, наводи се:

„(1) Права прописана одредбама овога Закона и/или међународних уговора, која се особито односе на умањење порезне основице, изузећа, ослобођења од плаћања пореза и пореза по одбитку или умањење порезне обавезе, порезни обвезник неће моћи користити за аранжмане или низ аранжмана ако се утврди да их је порезни обвезник основао ради остваривања, као главне сврхе или једне од главних сврха, наведених погодности, те као такви, с обзиром на све релевантне чињенице и околности, нису аутентични.

(2) У смислу ставка 1. овога чланка, аранжман представља било коју пословну трансакцију, активност, схему, споразум, обвезу или догађај, а може се састојати од више мјера или дијелова.

(3) Аранжман или низ аранжмана сматрају се неаутентичнима у мјери у којој нису основани ради ваљаних комерцијалних разлога који одражавају господарску стварност, односно ако су основани ради утаје или избјегавања пореза“.

Видимо да Хрватска норма испуњава све оно што је АТАД Директива прописала и битно је нагласити да хрватски закон испуњава критеријуме према којима се једна норма може назвати општом антибузивном мером, а то је да се састоји од субјективног и објективног елемента, а што је битно за наредно поглавље где ћемо се бавити анализом начела фактицитета.

4. НАЧЕЛО ФАКТИЦИТЕТА

Циљ овог поглавља јесте давање одговора на питање: да ли се применом начела фактицитета може сматрати да је имплементирана ОАМ из АТАД Директиве? Како бисмо упоредили ОАМ из АТАД

Директиве и начело фактицитета, потребно је извршити увид и у сам текст члана 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији:

„Пореске чињенице утврђују се према њиховој економској суштини.

Ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.

Када су на прописима супротан начин остварени приходи, односно стечена имовина, Пореска управа ће утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза“.

Пре свега, како бисмо закључили да ли се применом начела фактицитета може сматрати да је Србија имплементирала ОАМ из АТАД Директиве, потребно је упоредити поменуте две норме. Прво, увидом у норму можемо одмах приметити да начело фактицитета заправо може и да послужи опорезивању прихода који нису легално стечени. Међутим, у случају када је имовинска корист одузета у кривичном поступку који се завршава пре управног поступка, опорезивање се неће спровести (Поповић 2017, 56). Подсетимо, опште антиабузивне мере служе превенцији пореским планирањима где порески обвезник структурише своју трансакцију/аранжман према слову закона и не врши кривично дело, али заправо остварује пореску уштеду, с обзиром на то да је сврха такве трансакције управо искоришћавање такве повољне законске одредбе и избегавање плаћања пореске обавезе делимично или у целости (Prebble 2015, 2). Дакле, начело фактицитета је у овом делу потпуно различито у односу на ОАМ из АТАД Директиве, као и сваке друге опште уговорне или националне антиабузивне мере чија је сврха превенција законите, а нелегитимне евазије, односно пореског планирања.

Друго, ОАМ из АТАД Директиве важи само за порез на добит што је и посебно наглашено у самој норми. Такође, Хрватска је општу антиабузивну норму, за коју је сматрала да је у сагласности са АТАД Директивом, усвојила у оквиру Закона о порезу на добит. Са друге стране, начело фактицитета у српском пореском праву је норма која се може применити на све врсте пореза и увршћена је у процесни порески закон који регулише порески поступак.

Треће, ОАМ из АТАД Директиве подразумева и једну посебну одредбу где уколико постоје ваљани пословни разлози који одражавају економску стварност, ОАМ не би требало применити. Ова одредба не

представља нужно део генералних карактеристика општих антибузивних мера, што се најбоље може видети у случају поређења са тестом основног циља из пореских уговора, где оваква одредба не постоји. Свакако, ОАМ је повољнија јер дозвољава пореском обвезнику да докаже легитимност његове пословне структуре. Начело фактицитета не прописује ову одредбу осим што наводи да се чињенице утврђују према економској суштини (ЗПППА од 2022, чл. 9 ст. 1), где даље није објашњено шта се подразумева под „економском суштином“. Сматрамо да одредба о економској стварности није упоредива са појмом економске суштине, с обзиром на то да првопоменућа одредба указује на моменат када ОАМ не би требало применити, док друга одредба, због тога што је прешироко постављена, нема тако јасан циљ.

Четврто, да би се начело фактицитета сматрало општом антибузивном мером уопште, потребно је да има субјективни и објективни елемент. С обзиром на то да начело фактицитета прописује да ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао тада за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао (ЗПППА 2022, чл. 9 ст. 2), сматрамо да постоји објективни елемент, с обзиром на то да је примена симулованог правног посла у супротности са циљем и сврхом одредбе која је примењена на начин супротан оном који јој је законодавац наменио. Дакле, иако објективни елемент није конкретно наведен, из контекста ове правне норме, могао би се извући закључак да објективни елемент ипак постоји. Међутим, ситуација је потпуно другачија у случају са субјективним елементом. Читајући текст начела фактицитета може се приметити да се не захтева да сврха трансакције буде уштеда пореза, односно, поменућа норма се може применити независно од такве околности (Живковић 2023, 83–100). Одређени аутори сматрају да управо због тога, начело фактицитета не може имати квалификацију опште антибузивне норме (Живковић 2023, 83; Костић 2016, 116, 117, 125, 127). Такође, чак и када би се претпоставило да постоји субјективни елемент, у оквиру начела фактицитета уопште није наведено како би се утврдило постојање таквог елемента, односно да ли би се користили субјективни или објективни критеријуми. ОАМ из АТАД Директиве заступа став да се на основу објективних критеријума (релевантне чињенице и околности случаја) открива сврха трансакције, односно, субјективни елемент. Можемо закључити да начело фактицитета заправо представља норму која се може применити независно од постојања субјективног елемента, чиме губи карактеристику опште антибузивне мере.

Имајући у виду да начело фактицитета служи превенцији не само законите већ и незаконите евазије, као и да се може примењивати независно од постојања субјективног елемента, мишљења смо да се не може сматрати да је ОАМ из АТАД Директиве имплементирана. Додатно, сматрамо да је потребно усвојити посебну општу антиабузивну меру у оквиру прописа који регулишу порез на добит правних лица, а по угледу на ону из АТАД Директиве, а која би се примењивала независно од начела фактицитета. У наредном поглављу, посветићемо се додатним разлозима за имплементацију ОАМ из АТАД Директиве у национално пореско законодавство Србије.

5. РАЗЛОЗИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ОПШТЕ АНТИАБУЗИВНЕ МЕРЕ ИЗ АТАД ДИРЕКТИВЕ

Поред тога што се не може сматрати да је применом начела фактицитета имплементирана ОАМ из АТАД Директиве, сматрамо да је додатно потребно приступити имплементацији из неколико разлога. Пре свега, Србија је 2013. године потписала Споразум о стабилизацији и придруживању² где се обавезала да ће своје прописе ускладити са европском легислативом. Иако је у извештају Европске комисије (SWD(2023) 695 final) за 2023. годину наведено да је Србија ускладила своје прописе у већој мери, хармонизација није потпуна. Ово посебно важи за директне порезе, где на пример, Србија није имплементирала антиабузивне мере из АТАД Директиве иако су оне део минималног стандарда. Србија тежи чланству у Европској унији па се од ње и очекује да своје законодавство усклади са европским.

Даље, фискални интереси Србије морају бити заштићени. Према статистици за период јануар – септембар 2024. године, Србија је приходовала од пореза на добит правних лица око 8,5 процената од свих прикупљених пореских прихода (МФРС 2024, 42). Ако погледамо прикупљене приходе од пореза на добит правних лица у задњих 18 година, можемо уочити пораст прикупљених прихода у висини од скоро 2.500 процената (МФРС 2024, 47–48). Конкретније, у 2023. години, прикупљено је скоро две милијарде евра од пореза на добит правних лица (МФРС 2024, 48). Како би се омогућило пореским властима да ефикасније прикупљају приходе од пореза на добит, требало би имплементирати ОАМ из АТАД Директиве, независно од начела

² Видети: https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf (15.10.2024)

фактицитета. Такође, ОАМ из АТАД Директиве, колико год била широко постављена, јаснија је од начела фактицитета. Такође, с обзиром на то да су државе чланице Европске уније ОАМ имплементирале још 2019. године, Србија би могла да се ослони на праксу одређених држава које су у већој мери ову норму користиле у циљу превенције законите, а нелегитимне евазије пореза, као и Суда правде Европске уније. Министарству финансија и Управном суду би у том правцу било олакшано да стварају судску праксу у случају имплементације ове норме у национално законодавство.

6. ЗАКЉУЧАК

Начело фактицитета је посебна норма у оквиру процесног пореског закона за коју многи сматрају да је антиабузивна мера. Доказали смо хипотезу да се из неколико разлога не може сматрати да је Србија, применом начела фактицитета, имплементирала ОАМ из АТАД Директиве. Пре свега, начело фактицитета може да послужи превенцији и незаконите евазије, што је супротно од ОАМ из АТАД Директиве. Друго, ОАМ из АТАД Директиве је намењена само превенцији законите нелегитимне евазије пореза на добит, док је начело фактицитета мера која се може применити за све пореске облике и није део прописа који регулишу порез на добит, како то Директива предвиђа, већ је део процесног закона. Даље, начело фактицитета не оставља могућност примене повољније законске одредбе уколико постоје ваљани пословни разлози који одражавају економску стварност аранжмана. На крају, начело фактицитета не садржи субјективни елемент и може се примењивати независно од истог. Постојање субјективног елемента је срж сваке опште антиабузивне мере, па тако и ОАМ из АТАД Директиве. Уколико се начело фактицитета примењује независно од сврхе аранжмана/трансакције, не може се сматрати општом антиабузивном мером. На основу свега изведеног, можемо закључити да се не може сматрати да начело фактицитета представља норму која би у оквиру хармонизације домаћих прописа са законодавством Европске уније могла да се сматра општом антиабузивном мером из АТАД Директиве.

Аутор препоручује домаћем законодавцу да ОАМ из АТАД Директиве усвоји у оквиру закона који регулише порез на добит правних лица, независно од начела фактицитета. Пре свега, разлог је фискалне природе. Из године у годину, порески приходи од пореза на добит су расли и битно је пореским властима оставити могућност да ефикасније

приступе превенцији пореске евазије. ОАМ из АТАД Директиве постоји у законодавствима држава чланица од 2019. године и домаћим пореским властима би интерпретација ове норме била олакшана јер би могле да се послуже већ постојећом судском праксом Суда правде Европске уније и националних судова држава чланица. Друго, Србија је потписала 2013. године Споразум о стабилизацији и придруживању чиме се обавезала да усклади своје прописе за законодавством Европске уније. За сада, у домену директних пореза, хармонизација није извршена у мери у којој је то учињено са порезом на додату вредност. Из АТАД Директиве ниједна мера није усвојена. С обзиром да тежи мо чланству у Европској унији, требало би ускладити домаће законодавство са европским. Треба посебно нагласити да је имплементација антибузивних мера из АТАД Директиве обавезујућа за све државе чланице, што је опет разлог више усвојити барем ОАМ, која би могла да обухвати велики број аранжмана и трансакција и да има фискални ефекат на пореске приходе у будућности.

ЛИТЕРАТУРА

Bergedahl, Christopher. 2018. Anti-Abuse Measures in Tax Treaties Following the OECD Multilateral Instrument – Part 1. *Bulletin for International Taxation*, 72(1), pp. 11–30. <https://doi.org/10.59403/1dys3zx>

Благојевић, Стефан. 2023. „Offshore пословање”, у Драган Микеревић и Милан Пуцаревић (ур.), *Основе савремене теорије пореза* (стр. 179–215). Бања Лука: Финрар доо.

Gomes, Marcus Livio. 2019. The DNA of the Principle Purpose Test in the Multilateral Instrument. *Intertax*, 47(1), pp. 66–90. <https://doi.org/10.54648/TAXI2019005>

Govind, Sriram, Zolles, Stephanie. 2018. “The Anti-tax avoidance Directive”, in: Lang M. et al. (eds.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, fifth edition (pp. 2018–255). Wien: Linde.

Koriak, Oleksandr. 2016. The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework?. *HARN60 Master Thesis*, Lund University: School of Economics and Management Department of Business Law. <https://doi.org/10.59403/3d2htqk>

Костић, Свестислав. 2016. Начело фактицитета у српском пореском праву. *Harmonius*, 5, стр. 112–129.

Popa, Oana. 2016. EU Anti-Tax Avoidance Directive: overview and some prospective effects. Amsterdam: IBFD (*IBFD's white papers*).

Popa, Oana. 2019. An Overview of ATAD Implementation in EU Member States. *European Taxation*, 59(2/3), pp. 120–122. <https://doi.org/10.59403/2dfwhd5>

Prebble, John. 2015. Kelsen, the Principle of Exclusion of Contradictions, and General Anti-Avoidance Rules in Tax Law. *WU International Taxation Research Paper Series*, 23/2015, pp. 1–26. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2645423>

Thuronyi, Victor. 2003. *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer Law International.

Uckmar, Viktor. 1983. Tax Avoidance/Tax Evasion: General Report. *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 68a, pp. 15–53.

Живковић, Лидија. 2023. *Општа антибузивна правила*. Докторска дисертација. Универзитет у Београду: Правни факултет.

Министарство финансија Републике Србије [МФРС]. 2024. *Билтен јавних финансија 9/2024*. Београд: Министарство финансија Републике Србије, бр. 241.

Поповић, Дејан, Илић Попов, Гордана. 2019. (Не)Уставност одредбе о тесту главног циља трансакције или аранжмана из пореских уговора. *Анали Правног факултета у Београду*, 67(2), стр. 7–34.

Поповић, Дејан. 2017. *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво.

ИЗВОРИ ПРАВА

Commission Staff Working Document, Serbia 2023 Report, SWD(2023) 695 final, Brussels, 8.11.2023.

Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19/07/2016.

OECD. 2016. Multilateral convention to implement tax treaty measures to prevent base erosion and profit shifting.

Zakon o porezu na dobit [ZPD], Narodne novine, br. 177/04, 90/05, 57/06, 145/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14, 50/16, 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 138/20, 114/22, 114/23.

Zakon o пореском поступку и пореској администрацији [ЗПППА], 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, 144/2020, 96/2021 и 138/2022.

СУДСКА ПРАКСА

Court of Justice of the European Union (CJEU), Case C-196/04, Cadbury Schweppes Overseas, ECLI:EU:C:2006:544, Judgment of 12 September 2006.

Court of Justice of the European Union (CJEU), Case C-105/07, *NV Lammers & Van Cleeff*, ECLI:EU:C:2008:24, Judgment of 7 January 2008.

Court of Justice of the European Union (CJEU), Joined cases C-504/16 and C-613/16, *Diester Holding and Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009, Judgment of 20 December 2017.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Споразум о стабилизацији и придруживању https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf (15.10.2024)

OECD. 2016. "Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting" <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf> (10.11.2024)

Miloš Vasović

PRINCIPLE OF FACTICITY AND THE GENERAL ANTI-ABUSE RULE FROM THE ATAD DIRECTIVE

Resume

The general anti-abuse rule outlined in the Directive on rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market represents a provision adopted by EU Member States as a minimum standard, either through full implementation or alignment with existing domestic rules. This provision is intended to prevent corporate tax avoidance. National tax legislation includes the principle of facticity (substance over form), which is commonly regarded in practice as a general anti-abuse measure. This raises the question of whether applying the principle of facticity can be deemed equivalent to implementing the general anti-abuse measure prescribed by the Directive. The objective of this paper is to analyze the aforementioned provision from the Directive and compare it with the principle of facticity. Assuming that domestic legislation should be aligned with EU law in the area of corporate taxation and that national fiscal interests must be safeguarded, the paper employs the normative dogmatic and content analysis methods with particular reference to the case law of the Court of Justice of the European Union. Through this approach, the author aims to recommend adopting a new anti-abuse measure that aligns with European legislation regardless of the principle of facticity.

Keywords: principle of facticity, general anti-avoidance rule, ATAD Directive 2016/1164, EU Tax Law, corporate tax.

Јелена РАЧИЋ*

Канцеларија за разматрање жалби
Босне и Херцеговине
Сарајево

УДК 342.4(497.15)
DOI: 10.5937/adpn2404113R

Оригинални научни рад

ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Сажетак

Предмет рада је институт покретања управног поступка посматран кроз основне елементе и то: начин и тренутак покретања управног поступка, те кроз везане институте управног процесног права. Циљ рада је да се садржајном анализом овог правног института укаже на недостатке и недоследну примјену постојећег законског рјешења у Босни и Херцеговини. За упоредну анализу изабрани су управнопроцесни закони Републике Србије и Републике Хрватске имајући у виду различитости законских рјешења, те из разлога што приказани примјер судске праксе Суда Босне и Херцеговине у пресуди користи управо законска рјешења садржана у наведеним законодавствима, односно одступа од правних норми садржаних у Закону о управном поступку Босне и Херцеговине.

Кључне ријечи: управни поступак, покретање управног поступка, правна сигурност, Суд Босне и Херцеговине, судска пракса.

* Ауторка је чланица Канцеларије за разматрање жалби Босне и Херцеговине у сједишту у Сарајеву, независног органа за одлучивање по жалбама у поступцима јавних набавки у Босни и Херцеговини. Електронска адреса ауторке: jelenaracic1987@gmail.com ORCID: 0009-0004-9012-5671

1. УВОД

Покретање управног поступка представља почетну радњу странке или органа управе у циљу вођења управног поступка. Одредбе законских рјешења о покретању управног поступка садржане су у управно-процесним законима. Опређељење за обрађивање теме произилази из проблема у пракси са којим се ауторка сусретала приликом примјене правних норми на конкретне случајеве, односно дилемама приликом практичне примјене овог правног института. Недоследност појединих законских одредби о покретању управног поступка у Закону о управном поступку Босне и Херцеговине, отворила је могућност органима управе да различито тумаче одредбе закона, те различито примјењују правне норме у пракси.

Ради садржајне анализе покретања управног поступка рад се базира на теоријском проучавању основних елемената овог правног института и то начина и тренутка покретања управног поступка. Настоји се приказати како сваки од концепата покретања управног поступка утиче на права странака у поступку, положај органа управе, а прије свега који од начина покретања управног поступка пружа већу правну сигурност за све учеснике у поступку. Основ рада су нормативни и упоредноправни метод изучавања овог правног института. Нормативни метод присутан је кроз анализу постојеће правне норме о покретању управног поступка у Закону о управном поступку Босне и Херцеговине настојећи да се пронађе њен смисао ради правилне примјене у пракси. Кроз анализу теоријских концепата овог правног института као и упоредноправних законских рјешења наметнуло се и питање одрживости постојећег законског рјешења у Босни и Херцеговини, због чега рад обухвата и критички осврт на постојећу правну норму у циљу преиспитивања постојећег и приједлога квалитетнијег законског рјешења, односно каква би правна норма која се односи на покретање управног поступка требала бити ради пружања веће правне сигурности свим учесницима у поступку (*de lege ferenda*).

Такође, у намјери приближавања значаја покретања управног поступка, као и недоследне примјене постојеће правне норме у Босни и Херцеговини приказан је практични случај из области јавних набавки. Приказани практични примјер, као једини случај који је настао приликом промјене законског оквира јавних набавки, специфичан је са аспекта промјењене надлежности у погледу одлучивања о накнади штете у јавним набавкама јер за одлучивање није више

надлежна Канцеларија за разматрање жалби као независни орган за одлучивање о жалбама у поступцима јавних набавки, већ надлежни суд. Поступци накнаде штете пред судовима опште надлежности су у правилу знатно дуготрајнији и неизвјеснији у односу на поступак пред Канцеларијом за разматрање жалби Босне и Херцеговине. Само одређивање тренутка покретања управног поступка детерминисало је који орган ће одлучивати, што је показало да је значај покретања управног поступка управо то што од тренутка када се поступак сматра покренутим, поред утврђивања чињеница које су од значаја, зависи и примјена материјалног права, а што је даље показало значај јасног и недвосмисленог одређивања тренутка покретања управног поступка.

Управо ради проблема који су у пракси настали потребно је институт покретања управног поступка сагледати у својој суштини, са свим елементима на којима се заснива и значајем који има за правну сигурност странака у поступку.

2. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ПОКРЕТАЊА УПРАВНОГ ПОСТУПКА

Теоријска схватања о покретању управног поступка садржана су у концепту да само орган управе може покренути управни поступак и концепту да управни поступак, поред органа управе, може покренути и странка у поступку. Схватање да само орган управе може својом радњом покренути управни поступак, односно да је „прва радња управног поступка увек одређена радња надлежног органа/организације јавне управе“ (Томић 2011, 69), покретање поступка уређује на начин да се поступак покреће по службеној дужности или поводом захтјева странке. При оваквом схватању сам захтјев странке „узима се само као иницијатива за покретање поступка (тако и УСЦГ, У. бр. 427/05 од 9. фебруара 2006. године)“ (Томић 2019, 431). Схватање да управни поступак могу покренути, како орган управе, тако и странка у поступку, покретање поступка уређује на начин да се поступак покреће захтјевом странке и по службеној дужности органа управе. Генерално гледано јасна је разлика између управног и судског парничног поступка „који судови не покрећу по службеној дужности, већ искључиво по тужби заинтересованог лица“ (Рађеновић 2005, 107), односно „управни поступак се у начелу покреће по службеној дужности, али се може покренути и поводом захтева странке“ (Јилић 2010, 462).

Значај института покретања управног поступка огледа се у томе да од тренутка када се поступак сматра покренутим, зависи утврђивање

чињеница које су од значаја, као и примјена материјалног права на конкретан случај. На такав начин се странкама у поступку пружа правна сигурност, јер је „јавна служба једна објективна институција стављена под закон, који се са истом строгошћу намеће и управљачима и оним којима се управља“ (Диги 1997, 51).

Посматрано из угла чињеница које захтијевају покретање управног поступка, разликује се покретање управног поступка по службеној дужности и покретање управног поступка поводом или захтјевом странке. Примјера ради, чињеница да се одређени објекат гради без дозволе за грађење, резултираће покретањем управног поступка по службеној дужности (нпр. инспекцијским надзором), те ће у том случају управо сазнање о наведеној чињеници, било представком грађана, било вршењем редовног надзора органа управе, бити од значаја за покретање управног поступка. Са друге стране, захтјев странке за прибављање дозволе за грађење, резултираће покретањем управног поступка захтјевом странке или поводом захтјева странке заинтересоване за добијање потребне дозволе. У том случају, за покретање управног поступка од значаја је чињенично стање приликом подношења захтјева, односно чињенице које дају странци у поступку могућност да прибави потребну дозволу.

Кроз наведени примјер може се закључити да је покретање управног поступка управо резултат насталог чињеничног стања које, у зависности од материјалног прописа, даје овлаштење странци да захтијева од органа управе покретање управног поступка ради признавања одређеног права, или обавезује орган управе на покретање управног поступка ради утврђивања одређене обавезе странци у поступку, изузетно у њену корист када то закон прописује. Без постојања релевантних чињеница у моменту покретања управног поступка не постиже се сврха вођења управног поступка, односно уређење одређене неспорне животне ситуације.

Закључно, поводом значаја института покретања управног поступка истиче се чињеница да јавна управа обухвата велики број органа управе, управних организација и других организација, агенција и јавних тијела које располажу управним јавним овлаштењима. Имајући у виду да сви наведени субјекти располажу управним јавним овлаштењима указује да сви они приликом одлучивања о правима и обавезама странака у поступку примјењују правила управног поступка, односно како се истиче „поступак и по службеној дужности и по предлогу странке у ствари представља обавезу јавноправног органа на

покретање, вођење и доношење одлуке о управној ствари по службеној дужности“ (Томић и Блажић 2017, 477). Може се рећи и да, како су „управне области оне у којима су доминирајући управни инструменти државног деловања“ (Томић 2012, 44), а јавна управа подразумејева низ „адреса“ које одлучују о правима и обавезама странака у поступку приликом примјене материјалног права, институт покретања управног поступка постаје један од значајнијих института у управном праву.

3. ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА

3.1. Начини покретања управног поступка

Начине покретања управног поступка можемо посматрати кроз покретање управног поступка по службеној дужности и захтјевом или поводом захтјева странке.

Када је ријеч о основу за покретање поступка по службеној дужности, односно *ex officio*, основ је садржан у законском овлаштењу органа управе да покрене поступак, те када орган утврди да је неопходно да се заштити јавни интерес. Основи за покретање поступка по службеној дужности углавном су садржани у материјалним прописима али „то није учињено ЗУП-ом, него законима који уређују поједина управна подручја (нпр. градитељство, порези) (Britvić и Vetma 2016, 45). Дакле, ради се о случајевима када се странкама намећу одређење обавезе. Изузетак су поступци који се покрећу по службеној дужности, а у корист странке (нпр. стављање малољетника под старатељство).

Покретање управног поступка по службеној дужности одлика је начела официјелности. Поступак се покреће по службеној дужности када то закон прописује или када орган процијени да је поступак потребно покренути ради заштите јавног интереса, нпр. како се истиче, „на *prima facie* сазнатом чињеничном стању“ (Томић и др. 2017, 136). Управни поступак покренут по службеној дужности може бити против интереса странке, у интересу странке и ради заштите јавног интереса. Код покретања поступка против интереса странке од значаја је да странка буде обавијештена да се поступак води, јер јој се омогућава изјашњавање на околности, али је „и израз начела економичности – да се избегне поништавање решења и поновно вођење истог поступка“ (Миловановић 2015, 101, 102).

Управни поступак се покреће јавним саопштењем искључиво по службеној дужности и према већем броју лица. Покретање управног

поступка путем јавног саопштења није уобичајен начин покретања управног поступка и примјењује се у специфичним околностима када се испуне законски услови. Оно што је заједничко за законодавства која регулишу овај начин покретања управног поступка, јесте да је сврха покретања поступка заштита јавног интереса.

Управни поступак се покреће поводом или захтјевом странке, када се странкама признају одређена права. Покретање поступка захтјевом странке је резултат права и обавеза странака да поједине животне ситуације уреде кроз акте донесене од стране органа управе. Законодавства која су на становишту да управни поступак може покренути искључиво орган управе, начин покретања управног поступка уређују тако да се поступак покреће поводом захтјева странке. Такво нормирање значи да странка својом активношћу никада не може покренути управни поступак, већ напротив, захтјев странке се третира као иницијатива за покретање управног поступка од стране органа управе. Оваква схватања налазе да је покретање управног поступка потребно посматрати „одвојено од давања иницијативе за његово покретање“ (Кунић 2006, 343).

Насупрот концепту да само орган управе може покренути управни поступак налази се концепт да странка може својим захтјевом покренути управни поступак. Овакав концепт свој темељ налази у схватању управе као јавне службе, односно у схватању да „се вршење управних активности државе не може свести искључиво на вршење државне власти (у смислу издавања заповести и вршења радњи принуде према својим поданицима), већ да вршење управних активности, пре свега, подразумева вршење „јавних служби“ (Јилић у сарадњи са Голубовић 2011, 119, 120). Законодавства која прихватају наведени концепт, начин покретања управног поступка уређују тако да странка својим захтјевом покреће управни поступак, те даље диспонира својим захтјевом како то закон прописује. Покретање управног поступка захтјевом странке омогућава странкама у поступку предвидљивост у погледу постојања потребног чињеничног основа и примјене материјалног права на конкретан случај, јер се не може десити да примјена материјалног права зависи од воље или евентуалне самовоље органа управе. Положај странке је повољнији јер управо странка бира који пропис је евентуално повољнији за њен конкретни случај, те сама одлучује у којем моменту ће предати захтјев ради покретања поступка. Међутим, странка у поступку има искључиву одговорност да сама процјени који пропис је за њу повољнији, те да ли су услови

за исходовање управног акта на темељу постојећег чињеничног стања испуњени. У том случају, орган управе растерећен је обавезе оцјене повољнијег прописа у овом дијелу.

3.2. Тренутак покретања управног поступка

У односу на прописано законско рјешење о начину покретања управног поступка, различито је одређен и тренутак када се управни поступак сматра покренутим.

У законодавствима у којима се управни поступак може покренути по службеној дужности или поводом захтјева странке, законско рјешење је сведено на одредбу да се управни поступак сматра покренутим када орган изврши ма коју радњу ради вођења поступка. Најчешће се, по том моделу, у пракси поступак сматра покренутим достављањем позива учесницима – или у скраћеним поступцима, непосредним узимањем предметне управне ствари у рад. Код оваквих законских рјешења остаје отворено питање да ли се првом радњом органа може сматрати протоколисање захтјева странке код органа управе, који је органу упућен путем поштанске препоручене пошиљке. С обзиром на то да се прописује ма која радња органа управе ради вођења поступка као релевантна, нема препрека да се и само протоколисање поштом пристиглог захтјева третира као прва радња предузета од стране органа управе и уједно тренутак када се сматра управни поступак покренутим. Међутим, ако се цитирани став сагледа из угла чињенице да управни поступак води службено лице, у том случају би претходни став требало узети са резервом. Ипак, језичким тумачењем овакве законске одредбе и то одреднице *ма која радња органа управе ради вођења поступка*, дакле не службеног лица, долази се до закључка да је тешко прецизирати које све радње би се могле сматрати ма којом радњом органа управе ради вођења поступка.

Проблем овакве одреднице може се двојако посматрати, јер се дефиниција састоји од двије компоненте. Прва компонента представља ма коју радњу органа управе, док друга представља одредницу у циљу вођења поступка. Дакле, за јасно одређивање тренутка када се поступак има сматрати покренутим није довољно да се предузме било која радња, већ предузета радња мора бити у циљу вођења поступка. Кумулативно одређење двије наведене одреднице додатно компликује већ довољно нејасну одредбу код примјене у пракси, ради чега ће се приликом оцјене тренутка покретања поступка морати прибјегавати темељним начелима управног поступка.

Такође, јако тешко је избјећи анализирање одреднице *ма која радња органа управе ради вођења поступка*, без закључка да орган управе има овлаштење да сам одлучи у ком моменту ће покренути управни поступак. Из једног овако широког овлаштења произилази правна несигурност, јер странка не може знати када ће орган управе извршити ма коју радњу у сврху покретања поступка. Јасно је да исто зависи искључиво од органа управе, независно од тога да ли се околност момента извршења ма које радње заснива на разлозима субјективне или објективне природе.

У законодавствима у којима се управни поступак покреће захтјевом странке или по службеној дужности, јасно је прописан тренутак када се сматра да је управни поступак покренут, чиме се настоје избјећи дилеме шта се сматра првом радњом органа и тренутком покретања управног поступка. Наиме, прописивањем могућности да странка својим захтјевом покрене управни поступак, прописује се тренутак када се управни поступак сматра покренутим, а то је дан предаје захтјева странке органу управе или дан предаје уредног захтјева странке јавноправном тијелу, у зависности од законског рјешења.

У случајевима када се управни поступак покреће по службеној дужности тада се за тренутак када се поступак сматра покренутим, узима радња органа ради вођења поступка. Дакле, тренутком покретања поступка диспонира сам орган у складу са својим овлаштењима, па ће се његове радње по службеној дужности сматрати тренутком када је управни поступак покренут. Отворена питања и проблеми оваквог рјешења већ су наведени. У појединим законским рјешењима, као што је случај у законодавству Републике Србије, случајеви покретања управног поступка по службеној дужности недвосмислено су прописани, те орган управе уколико покреће управни поступак по службеној дужности који није у интересу странке, дужан је донијети акт, те га доставити странци по правилима ЗУП-а о достављању, а моменат обавјештавања о покретању управног поступка сматра се моментом када је поступак покренут. У случају да се поступак води по службеној дужности, а у интересу странке, тренутком покретања се сматра радња органа управе ради вођења поступка.

4. ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА У ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Одредбама Закона о управном поступку Босне и Херцеговине¹ прихваћено је начело да управни поступак покрене орган управе, односно да се управни поступак не може покренути по захтјеву странке, већ поводом захтјева странке. Уз чињеницу да поступак може покренути само надлежни орган, везане су и даље одредбе цитираног закона Босне и Херцеговине. Тако је прописано да је управни поступак покренут чим је надлежни орган извршио ма коју радњу ради вођења поступка. Закон не прописују која је то ма која радња коју предузима надлежни орган, нити шта се подразумејева под радњама органа управе ради вођења поступка. Овакав начин прописивања тренутка под којим се има сматрати покренутим управни поступак, оставио је на диспозицију органима управе да у сваком конкретном случају цијене шта се сматра првом радњом ради вођења поступка.

Ипак, одредбе Закона о управном поступку којима се регулише покретање управног поступка, не могу се посматрати одвојено од начела управног поступка. Начело истине, обавезује орган управе да утврди потпуно и правилно моменат који се има сматрати почетком управног поступка. Такође, начело заштите права странака и заштите јавног интереса у контексту покретања управног поступка штити и странке у поступку и јавни интерес од самовоље органа управе. Приликом предузимања ма које радње у поступку ради вођења поступка, орган управе је дужан заштитити право странке да оствари своје право, али са друге стране заштитити и јавни интерес, онемогућавајући злоупотребе приликом утврђивања тренутка покретања поступка, како против јавног интереса, тако и у корист или противно интересима странке.

Проблематику начина и тренутка покретања управног поступка можемо сагледати кроз један примјер судске праксе Суда Босне и Херцеговине, као примјер недоследне примјене ове правне норме у пракси, а уједно и једини примјер примјене овог правног института о области јавних набавки настао приликом промјене законског оквира јавних набавки у Босни и Херцеговини.

¹ Закон о управном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине* 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16

Наиме, Законом о јавним набавкама² одредбе о накнади штете измијењене су у погледу овлаштења за одлучивање у овим поступцима. Новине су садржане у томе да сваки од учесника поступка јавне набавке који је претрпио штету због повреде закона има могућност покренути поступак за остваривање права на накнаду штете због измакле добити пред надлежним судом, према општим прописима о накнади штете. Претходним Законом о јавним набавкама³ о накнади штете у поступку јавне набавке одлучивала је Канцеларија за разматрање жалби, која је имала овлаштење да додијели накнаду штете жалиоцу у случају испуњавања законом прописаних услова. Висина одштете коју је могла додијелити Канцеларија за разматрање жалби била је ограничена на износ трошкова висине припреме понуде, или до 10% понуђачеве понуђене цијене, у зависности од тога који од ова два износа је већи. У пракси, доношењем новог Закона о јавним набавкама, Канцеларија за разматрање жалби више нема надлежност да одлучује о накнадама штете, већ жалилац који је претрпио штету има могућност да исту захтијева пред надлежним судом. Такође, неопходно је нагласити да је прелазним и завршним одредбама „новог“ Закона о јавним набавкама разграничено који случајеви припадају којем правном режиму, односно прописано је да ће поступци за накнаду штете покренути прије почетка примјене овог закона бити окончани према одредбама Закона о јавним набавкама који је на снази у вријеме покретања поступка јавне набавке. Дакле, тренутак покретања поступка одређује који закон ће се примијенити у конкретном случају, те како ће се чињенично стање у моменту покретања одразити на исход поступка.

У свјетлу наведеног, пред Канцеларијом за разматрање жалби као независним органом за одлучивање по жалбама у поступцима јавних набавки појавио се специфичан случај. Наиме, један од жалилаца у поступку јавне набавке, који је претрпио штету према правном режиму „старог“ закона, упутио је дана 27.11.2014. године препорученом пошиљком захтјев за накнаду штете, а који је код Канцеларије за разматрање жалби Босне и Херцеговине запримљен и протоколисан на дан 28.11.2014. године. Дана 27.11.2014. године примјењивао се „стари“ Закон о јавним набавкама, док је „нови“ Закон о јавним набавкама почео је да се примјењује од 28.11.2014. године. Питање које се

² Закон о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ* 49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09, 60/10 и 87/13.

³ Закон о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ* 49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09, 60/10 и 87/13).

поставило је питање одређења тренутка када се поступак сматра покренутим, што је у овом случају управо одлучно у односу на то који закон ће се примјенити на конкретно питање.

Канцеларија за разматрање жалби је стала на становиште да је за предметно одлучивање о накнади штете надлежан суд из разлога што је закључила да је прва радња органа управе у сврху вођења поступка, како то ЗУП прописује наступила на дан почетка примјене новог закона и то на дан 28.11.2014. године. Канцеларија за разматрање жалби је као прву радњу у сврху вођења поступка прихватила протоколисање предметног захтјева на дан 28.11.2014. године, чиме је уједно и стала на становиште да се протоколисање има сматрати радњом која може бити прва радња у сврху вођења поступка.

Са друге стране, Суд Босне и Херцеговине је заузео другачији став, те поништио акт Канцеларије за разматрање жалби.

„Код временског важења правне норме, од кључне је важности утврђивање чињенице када је поступак покренут, те поштивање начела законитости. Наиме, према правилима управног поступка, који се супсидијарно примјењује у управним стварима за које је законом прописан посебан поступак, уколико та питања нису уређена посебним законом, управни поступак се сматра покренутим у тренутку предаје уредног захтјева надлежном тијелу. Дакле, тренутак подношења захтјева, је тренутак који је одлучан за процјену, који материјални пропис се примјењује, а опће је правило да се у управном поступку правна ствар рјешава непосредном примјеном закона који је важио у вријеме покретања управног поступка. Оцјењујући законитост управног акта с аспекта правилне примјене материјалног права, суд примјењује прописе који су вриједили у часу доношења тог акта“.⁴

Из наведене Пресуде Суда Босне и Херцеговине видљив је у потпуности нејасан приступ проблематици одређења тренутка када се поступак сматра покренутим. Суд Босне и Херцеговине у образложењу Пресуде истиче да се поступак сматра покренутим у тренутку предаје уредног захтјева надлежном тијелу, што није у складу са правном нормом о тренутку покретања поступка у управном поступку Босне и Херцеговине. Такође, контрадикторно се у наредној реченици закључује да је тренутак подношења захтјева, тренутак који је одлучан за

⁴ Пресуда Суда Босне и Херцеговине, *С1 3 У 018429 15 У*, Сарајево, 09.06.2016.

процјену одређеног момента у праву, дакле, не више подношење уредног захтјева странке, већ само подношење захтјева странке. Евидентно је да неусаглашеност и недоследност судске праксе и праксе органа управе у погледу примјене правне норме која се односи на тренутак покретања управног поступка упућује да је неопходно преиспитивање оваквог законског рјешења.

5. УПОРЕДНОПРАВНА АНАЛИЗА ЗАКОНСКИХ РЈЕШЕЊА

Управнопроцесна законодавства Републике Србије⁵ и Републике Хрватске⁶, за разлику од Босне и Херцеговине, прописују да се управни поступак покреће захтјевом странке или по службеној дужности.

Закон о општем управном поступку Републике Србије у случајевима покретања управног поступка по службеној дужности разликује покретање поступка у интересу странке и против интереса странке. Када је ријеч о поступку покренутом по службеној дужности, а који није у интересу странке, орган управе је дужан донијети акт о покретању поступка, те се моментом покретања поступка сматра моменат када је странка обавијештена о акту о покретању управног поступка, на начин прописан одредбама о достављању овог закона. Наглашава се да је, поред могућности да странка својим захтјевом покрене управни поступак, „још значајнија норма да се поступак који се покреће по службеној дужности, а који није у интересу странака сматра покренути када је странка обавештена о акту (о закључку) о покретању поступка“ (Томић и др. 2017, 136). Значај ове правне норме огледа се кроз примјену начела економичности поступка, јер странка бива обавијештена о вођењу поступка и има могућност да активно учествује у доказном поступку. У том случају, на примјер, приликом утврђивања одређених обавеза странци, странка има могућност да пружи релеванте податке, уколико их орган управе није правилно утврдио. На такав начин предуприједиће се жалбе на управне акте, јер у правилном утврђивању чињеничног стања поступка странка има право активно учествовати.

Када је ријеч о покретању управног поступка по службеној дужности, а у интересу странке, сва наведена законска рјешења на једнак начин уређују тренутак када се сматра да је поступак покренут, и то било којом радњом коју орган предузме ради вођења поступка.

⁵ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС* 18/2016 и 95/2018.

⁶ Закон о општем управном поступку Републике Хрватске, *Народне новине* 47/09 и 110/21.

У случајевима покретања поступка захтјевом странке битно је напоменути разлику у законским рјешењима Републике Србије и Републике Хрватске. Према Закону о општем управном поступку Републике Србије поступак покренут захтјевом странке сматра се покренутим када орган прими захтјев странке, док се према Закону о општем управном поступку Републике Хрватске поступак покренут захтјевом странке сматра покренутим када орган прими уредан захтјев странке. Овакво уређење у хрватском закону би требало бити *од велике практичне користи и за јавноправна тијела и за странке у поступку* (Ђерда и Пичуљан 2009, 266). Значај садржаја и начина поступања са поднеском долази до изражаја у управно-процесном законодавству Републике Хрватске. Наиме, закон не познаје одредбу којом се истиче да се отклањањем недостатка у поднеску сматра да је поднесак уредан од дана подношења. Овакво нормирање је у потпуности усклађено са одредбом закона која се односи на тренутак покретања поступка, што је значајно са аспекта рачунања рокова у управном поступку јер значи да се рокови рачунају од момента комплетирања поднеска. За разлику од овог рјешења, управно-процесно законодавство Републике Србије је на становишту да уколико поднесак буде уређен у року, сматра се да је од почетка био уредан, уколико закон не прописује другачије. У том случају, проблематично питање је питање рачунања рокова за рјешавање управне ствари, ако се има у виду чињеница да је орган управе дужан затражити допуну поднеска, што ће значајно скратити рок за рјешавање предмета, а при томе, отвара питање везано за рок за жалбу због ћутања управе, односно питање када наступа ћутање управе и од када се рачуна рок. Везано за ћутање управо, битно је нагласити још једну разлику, односно један институт који је препознат у Републици Србији. Наиме, важећи Закон о општем управном поступку Републике Србије, поред одложеног, уводи и раскидни рок, којим прописује да се жалба за ћутање управе подноси након истека рока за доношење управног акта, а најкасније у року од годину дана од истека тог рока, јер како се наводи, „управо недостатак интересовања странке за решавање њене управне ствари, демонстриран пропуштањем да у року од годину дана поднесе жалбу, био би разлог за такво поступање“ (Цуцић 2018, 152).

Ипак, уколико се анализира наведена одредба закона Републике Хрватске, може се рећи да је код поступка покренутог захтјевом странке, уколико исти није уредан у моменту предаје захтјева, момент покретања поступка условљен дјеловањем органа који води поступак у циљу комплетирања поднесеног захтјева и поступање странке

по упутама органа у циљу достављања документације потребне за уредност захтјева, или дјеловањем странке уколико она сама учини поднесак уредним.

Иако се законско рјешење које прописује хрватски закон чини најкомплетнијим рјешењем за примјену у пракси у односу на орган управе, ипак се законско рјешење које прописује српски закон може оцијенити као рјешење које пружа најповољнији процесни положај странци у поступку али, са друге стране оставља отвореним спорна питања везана за рокове. Проблем хрватског законског рјешења садржан је у отвореном питању начина комплетирања предмета, да ли ће исто зависити искључиво од воље или евентуално самовоље органа управе код оцјене да ли је, или није, предмет комплетиран. Ипак, наведена законска рјешења, иако са предностима и недостацима, прихватљивија су у односу на рјешења из закона Босне и Херцеговине, гдје странке својом активношћу ни не могу покренути управни поступак, већ само иницирати.

6. ЗАКЉУЧАК

Прописивање правила која се односе на покретање управног поступка, од значаја је за правну сигурност учесника у поступку. Право да странка својим поднеском покрене управни поступак указује на повољнији положај странке у поступку, те омогућава заштиту права грађана од самовоље управе. Овлаштење да искључиво орган управе има право да покрене управу поступак овлашћује уједно орган управе да сам себе контролише, што не би требао бити правни стандард. Кључни циљ недвосмисленог уређења овог питања је егзактан податак када је одређена радња предузета, што је одраз правне сигурности странака у поступку, а чему би требало да тежи сваки законодавац код прописивања правних норми. Правна сигурност за све странке у поступку одраз је схватања управе као јавне службе, која за циљ има да свим учесницима у поступку пружи једнак статус, да странкама омогући једноставно остваривање својих права, али никако противно јавном интересу.

Анализирајући институт покретања управног поступка кроз теоријске концепте, те кроз законску регулативу може се закључити да је потребно приступити преиспитивању законског рјешења у Босни и Херцеговини. Поредџи наведено законско рјешење са законским рјешењима Републике Србије и Републике Хрватске, може се закључити да свако од законских рјешења има предности и недостатке, који

се кроз примјену правне норме у пракси и кроз вријеме идентификују, ради чега их је потребно преиспитивати.

Законска рјешења покретања управног поступка у Републици Србији и Републици Хрватској отклонила су раније дилеме код одређивања тренутка када се поступак сматра покренутим. Наведене одредбе закона нису умањиле значај органа управе и његова овлашћења и обавезе у вођењу управног поступка, а посебно не обавезу да при вођењу поступка води рачуна о начелима управног поступка. Ипак, може се рећи да је законска регулатива Републике Србије у овом правном институту понудила већину рјешења за спорна питања.

Са друге стране, концепт који је заступљен у Босни и Херцеговини има недостатке у погледу, не само одрживости самог законског рјешења, већ и примјене релевантних правних норми. Освртање и позивање на начела управног поступка, као темеље управног поступка, пружа правну заштиту странкама у поступку и штити основне принципе поступка. Када се кроз осврт на начела управног поступка настоји протумачити недовољно прецизна правна норма, нужно је закључити да је потребно јасније дефинисање одређеног појма у закону. Међутим, не треба занемарити да недоследност није проузроковала искључиво нејасна правна норма, већ и недоследна примјена правне норме на конкретне случајеве.

ЛИТЕРАТУРА

Диги, Леон. 1997. *Преображаји јавног права*. Београд: Геца Кон.

Кунић, Петар. 2006. *Управно право*. Бања Лука: Правни факултет, Факултет за безбједност и заштиту.

Лилић, Стеван. 2010. *Управно право, Управно процесно право*, осмо издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Лилић, Стеван у сарадњи са Голубовић, Катарина. 2011. *Европско управно право: са освртом на управно право Србије у контексту европских интеграција*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Миловановић, Добросав и Џуцић Вук. 2015. Нова решења Нацрта Закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији. *Правни живот* 64(10), стр. 95–110.

Томић, Зоран Р, Миловановић, Добросав и Џуцић, Вук. 2017. *Практикум за примену закона о општем управном поступку*. Београд: Министарство државне управе и локалне самоуправе.

Томић, Зоран Р. и Блажић, Ђорђије. 2017. *Коментар Закона о управном поступку Црне Горе (теоријски, међународни, примјена, судска пракса, регистар, табеле, шеме)*. Подгорица: Факултет за државне и европске студије –Подгорица.

Томић, Зоран Р. 2011. *Опште управно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Томић Р. Зоран. 2019. *Коментар Закона о општем управном поступку*, друго издање. Београд: Службени гласник.

Томић, Зоран Р. 2012. *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*. Београд: Службени гласник.

Рађеновић, Мирјана О. 2005. *Право општег управног поступка*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Цуцић, Вук. 2018. *Фино подешавање Закона о општем управном поступку*. *Анали Правног факултета у Београду*, 66(2), стр. 139–163.

Britvić Vetma, Bosiljka i Pičuljan, Nikolina. 2016. *Pravno uređenje i glavna obilježja upravnog postupka u Republici Hrvatskoj*. *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, 10(3–4), str. 37–51.

Đerda, Dario i Pičuljan, Zoran. 2009. *Novo hrvatsko upravno postupovno право*. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 30(1), 245–290.

ИЗВОРИ ПРАВА

Закон о управном поступку Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ* 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16

Закон о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ* 49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09, 60/10 и 87/13.

Закон о опћем управном поступку Републике Хрватске, *Народне новине* 47/09 и 110/21.

Закон о јавним набавкама, *Службени гласник БиХ* 39/14.

Закон о општем управном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС* 18/2016 и 95/2018.

СУДСКА ПРАКСА

Пресуда Суда Босне и Херцеговине, С1 3 У 018429 15 Сарајево, 09.06.2016. године.

Jelena Račić

INITIATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE LEGAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Resume

The paper examines the topic of the initiation of administrative procedure considered through the prism of critical analysis of the judicial practice of the Court of Bosnia and Herzegovina in proceedings for compensation of damages in public procurement. The content analysis of this legal aspect indicates the shortcomings of the legal solution, as well as the inconsistent application of the existing legal solution in Bosnia and Herzegovina. It is concluded that it is necessary to review and reconsider the legal solution in Bosnia and Herzegovina. The comparison of the aforementioned legal solution with the legal solutions of the Republic of Serbia and the Republic of Croatia proved that each of the legal solutions has advantages and disadvantages, which are identified through the application of legal norms in practice and over time, for which they need to be reconsidered. Nevertheless, the concept applied in Bosnia and Herzegovina has shortcomings in terms of not only the sustainability of the legal solution itself, but also in terms of the application of relevant legal norms. Examining and referring to the principles of the administrative procedure, as the basis of the administrative procedure, provides legal protection to the parties in the proceedings and protects the basic principles of the procedure. When an insufficiently precise legal norm is tried to be interpreted by reference to the principles of administrative procedure, it is necessary to conclude that a clearer definition of a certain term in the law is needed. Nonetheless, it should not be disregarded that the inconsistency was not caused solely by an unclear legal norm, but also by the inconsistent application of the legal norm to specific cases, which can be observed through the analyzed example from the practice of public procurement.

Keywords: administrative procedure, initiation of administrative procedure, legal certainty, Court of Bosnia and Herzegovina, judicial practice.

ЗНАЧАЈ ОБИЧАЈА У МОДЕРНОМ МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ – СА ОСВРТОМ НА РАД КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО**

Сажетак

Обичај, поред међународних уговора спада у главне изворе међународног права, према члану 38 Статута Међународног суда правде. Њихова еластичност и прилагодљивост, како старијим тако и новијим захтевима међународног права, поставила их је и одржала на том месту. У уводном делу рада ауторка настоји да представи обичај као извор међународног права и прикаже значај који обичаји имају. Затим, у другом делу фокусира се на елементе обичаја – праксу субјеката међународног права и свест о правној обавезности и анализира настанак обичајног правила. Осврнуће се и на нове начине испољавања елемената обичаја и на утицај међународних организација – посебно Уједињених нација на формирање и идентификацију обичаја у последњим деценијама, узимајући у обзир развој самог међународног права и појаве нових захтева. Испитује се и улога Генералне скупштине на формирање свести о правној обавезности и како њен рад утиче на формирање обичаја у модерном међународном праву Ауторка се посебно задржава на раду Комисије за међународно право, испитујући

* Ауторка је истраживачица приправница у Институту друштвених наука у Београду, магстер правница. Електронска адреса ауторке: andjelija.stevanovic21@gmail.com, ORCID: 0009-0002-3157-515X

** Рад је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2024. годину који подржава Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

њен допринос у идентификацији обичајних правила, кроз извештаје специјалног известиоца, имајући у виду улогу коју је добила у модерном међународном праву.

Кључне речи: међународни обичај, пракса држава, opinio iuris (свест о правној обавезности), идентификација обичаја, Уједињене нације, Генерална скупштина, Комисија за међународно право.

1. УВОД

Имајући у виду значај обичаја у међународном праву, идеја овог рада је да се анализира начин на који обичаји настају и како се доказује њихово постојање (идентификација) како у традиционалном, тако и у модерном међународном праву. Првенствено, приказује се шта чини елементе једног обичаја и на који начин се идентификују ти елементи, односно како се испољавају – с обзиром на то да обичај представља неписано правно правило, за разлику од међународних уговора. Стога, потребно је утврдити које радње се могу окарактерисати као испољавање елемената обичаја и које услове одређено понашање треба да испуни да би се сматрало обичајним правилом. Нема сумње да су обичајна правна правила нашла заслужено своје место у Статуту Међународног суда правде у члану 38 – појављују се као један од главних извора права за решавање спорова између држава (Милисављевић 2016, 8). Међутим, како се међународно право развија у складу са потребама међународне заједнице, јасно је да је подложно променама, а самим тим су и обичаји доживели извесне промене. Јављају се нови начини за настанак и идентификацију обичаја, који се разликују од начина које је познавало класично међународно право.

Одређену заслугу за то има и Организација Уједињених нација, која као најбројнија међународна организација представља место за испољавање ставова међународне заједнице. Посебно се издваја улога Комисије за међународно право, која се детаљније бавила међународним обичајима, што је јасно пре свега јер је питање идентификације обичаја уврстила у дневни ред 2011. године, на својој 63. сесији, а потом и именовала специјалног известиоца за ово питање (International Law Commission). Поред Комисије за међународно право, велики значај има и Међународни суд правде, као главни судски орган међународне заједнице, који је у свом Статуту, у члану 38, изричито навео обичаје

као један од главних извора права¹ – као што је напред наведено. Не само да их је навео као главне изворе права, већ то својим пресудама, у којима се редовно користи обичајним правом, потврђује у пракси. Тиме што их стално примењује изнова и изнова потврђује њихов значај. Поред Међународног суда правде, у својој пракси су се обичајима користили и *ad hoc* трибунали као што су Трибунал за бившу Југославију (ICTY), Трибунал за Руанду (ICTR), као и Стални Међународни кривични суд. Јуриспруденција ових међународних трибунала, која се бавила широким спектром међународноправних питања, полако је почела да се уздиже у норму међународног обичајног права (Baker 2010, 175). Све наведено указује на чињеницу да међународно право не би постојало без обичајних норми, међутим како би се још боље разумео значај обичаја у међународном праву, неопходно је првенствено дефинисати појам обичаја и објаснити елементе који га чине.

2. МЕЂУНАРОДНИ ОБИЧАЈ – ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ

Међународни суд правде у члану 38 Статута, рекло би се кратко, али и даље прецизно, дефинише обичај као „доказ опште праксе прихваћене као право“.² Опширнију дефиницију обичаја дао је професор Ђорђевић – међународни обичај је став и понашање субјекта међународног права према другим субјектима међународног права у њиховим међусобним односима, а одређен је правним убеђењем (Ђорђевић 1995, 626). То понашање је потврђено у међународној пракси, а праћено свешћу да се врши као право односно да се извршава као обавеза и циљ установљења међународних обичајних правних правила је уређење односа између субјеката међународног права у правцу разрешења и премошћавања насталих спорова и постизања евентуалне заједничке користи (Ђорђевић 1995, 626).

Из наведених дефиниција већ можемо да закључимо шта спада у елементе обичаја – да би се једно обичајно правило могло сматрати извором међународног права, мора да постоји пракса, односно устаљено понашање држава (или других субјеката међународног права – о чему детаљније у наставку) у одређеним ситуацијама, које мора бити довољно опште – у смислу понашања већег броја држава и које мора да траје одређени, дужи временски период. Дакле, није довољно да

¹ Статут Међународног суда правде (United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946), чл. 38.

² Статут Међународног суда правде, члан 38.

то понавља мали број чланова међународне заједнице (о једном члану нема ни говора), нити понављање сме да буде повремено, односно испресецано повременим другачијим правилима (Јончић 2015, 75). У том случају не може да се створи опште (универзално) обичајно правило и може да се сматра да је у питању учестала пракса која може да има неки значај, али не и да то буде опште међународно обичајно правило (Јончић 2015, 75). Данас су стандарди за утврђивање опште праксе ублажени у односу на традиционалне обичаје.

Општост се може претпоставити на основу специфичне тежине појединих држава које учествују у пракси (репрезентативности), или ако се ради о одређеној врсти активности (космос, поморско право, међународна зона...) (Милисављевић 2014, 216). Стога захтев у погледу једнообразности понављања не треба схватати дословно, у смислу да постоји потпуна униформност праксе, тако нешто се не може постићи на универзалном плану, где су прилике и услови понекад врло различити, што има за последицу да је и пракса држава често недовољно усклађена (Кривокапић 2012, 44). У том смислу Келзен предвиђа: „обичај који ствара норму општег међународног права обавезну за све државе међународне заједнице, не мора нужно да буде пракса свих држава. Довољно је да га се држи велики број тих држава укључујући и оне које су од посебне важности према својој моћи и култури (Kelzen 1953, 127, нав. према Милисављевић 2016, 55).

Поред општости и универзалности, праксу треба да одликује и дуготрајно понављање тих радњи. У класичном међународном праву дуготрајност понављања је подразумевала да је потребно да прође дужи временски период (више деценија или чак и век) како би се установило одређено обичајно правило. Међутим, у модерном међународном праву захтев временске дуготрајности је знатно снижен, што је потврдио и Међународни суд правде у својој пресуди у случају епиконтиненталног појаса Северног мора: „Мада пролазак само кратког времена није обавезно, или само по себи, препрека за формирање новог правила обичајног права на основу онога што је у почетку било само уговорно правило, неопходан захтев био би, да током периода о коме се ради, како год он био кратак, пракса држава, укључујући и праксу држава чији су интереси посебно погођени, треба да буде обимна и заправо јединствена у односу на одредбе о којима је реч; поред тога треба да читује опште признање правног правила на начин који показује да

је правно правило или правна обавеза опште призната.³ Суд је овом пресудом потврдио да није потребно да прође сувише дуг временски период да би се формирало обичајно правило, у вези са којим је пракса јединствена и уколико се поред праксе испољава и свест о томе да је то правно правило обавезујуће – што свакако представља једну од новина у међународном праву. На овом месту можемо уочити колики је значај обичаја у модерном међународном праву – посебно за наста-нак норми у одређеним гранама међународног јавног права које још увек нису довољно развијене. Превасходно чињеница да је омогућен настанак нових обичаја за јако кратак период времена, уз испуњење одређених услова.

Самим тим, захтев за дуготрајношћу праксе је данас изгубио свој рационални основ, будући да у организованој међународној заједници која је посебно у лицу УН и других међународних организације добила средиште у којима државе могу да расправљају и доносе одлуке о свим питањима од заједничког интереса, пракса као елемент обичаја може се формирати у релативно кратком временском року (Крећа 2018, 92). Ова разлика у погледу дужине рока потребног за формирање праксе као елемента обичајног правила навела је део теорије на поделу обичаја на традиционалне и „инстант“ (или момен-талне) обичаје (Крећа 2018, 92). Подела на традиционалне и инстант обичаје представља још једну новину модерног међународног права, а инстант обичаји имају велики значај у савременом међународном праву. При чему се као пример инстант обичаја готово без изузетака наводи лансирање првог вештачког сателита у свемир (Кривокапић 2012, 47). У наведеном примеру, праксу осликава сама радња лансирања сателита, а свест о правној обавезности осликавају резолуције донете у оквиру Уједињених нација, на седницама на којима је расправљано о истраживању космоса.

Приликом дефинисања обичаја напоменули смо да је у питању понашање субјеката међународне заједнице, што подразумева одређене радње. Занимљиво је да то понашање може бити и активно и пасивно – чињење или уздржавање од чињења, али како би обичај могао бити формиран радњама које се састоје у уздржавању од чињења потребно је да се субјекти свесно уздржавају од чињења, да постоји свест о правној обавезности нечињења, односно пропуштања одређене радње.

³ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgement of 20 February 1969, *passim* 77.

Такав став је потврдио и Стални суд међународне правде у својој пресуди у случају Лотус.⁴

Тиме увиђамо важност и неопходност другог елемента, који теоретичари међународног права још називају и субјективним елементом, а то је свест о правној обавезности наведеног понашања. Међународни обичај се посматра као извор међународног права, управо због замисли да уколико државе делују на одређен доследан начин, онда се те државе понашају на такав начин јер имају осећај правне обавезе – назван *opinio iuris* (Baker 2010, 176). Питање свести о правној обавезности је део процеса у коме настају обичаји, а да би се постигла заједничка свест неопходно је да односи држава буду подигнути на један виши ниво (Милисављевић 2016, 68). Тако је пожељно да постоји заједничко веровање, очекивања и разумевања која су предвођена највишим представницима држава учесница у једном обичајном процесу, те се због ових особина обичајног процеса може закључити да се успоставља специфичан заједнички интерес поводом неке праксе и да заједно долази до настанка обавезујуће норме (Милисављевић 2016, 68). Јасно је да је неопходно да постоје ова елемента како би и обичајно правило постојало, али и да постоје обичаји који не садрже елемент свести о правној обавезности, а такви обичаји се називају простим обичајима.

Закључујемо да од обичајног правног правила треба разликовати просте (пукe) обичаје, који у ширем смислу обухватају и правила међународне куртоазije (Крећа 2018, 89). Просте обичаје у светлости наведеног одређења обичајноправних правила одликује одсуство *opinio iuris* (Крећа 2018, 89). Ако се таква правила прекрше, то може да доведе до погоршања односа између држава, али не и до међународноправне одговорности, јер међународно право није повређено (Кривокапић 2018, 132). Напротив, кршење међународноправних обичаја представља кршење међународног права, што отвара питање међународноправне одговорности прекршиоца (Кривокапић 2018, 132).

Процес стварања обичајног права је по много чему специфична правна конструкција, с једне стране, то представља спонтани подухват због чињенице да се државе, односно међународни субјекти, добровољно подвргавају посебној пракси, која је у складу са њиховим интересима (Milisavljević & Čučković 2014, 34). Са друге стране, то је сасвим нетипичан поступак у поређењу са процесом стварања

⁴ Вид. Permanent Court of International Justice, *Lotus case*, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A. No 10.

правила у националном праву будући да подразумева неписано правило (Milisavljević & Čučković 2014, 34). Пошто се ради о неписаним изворима права они своју објективизацију добијају преко одлука суда или путем кодификације када се заправо преливају у уговоре. Због тога је увек било важно утврдити шта су инструменти за доказивање обичаја (Милисављевић 2014, 234). Неопходно је да тим инструментима можемо да утврдимо да је пракса држава материјализована у одређеном облику, као и да ће свест о правној обавезности бити јасно испољена, како би се формирало и препознало обичајно правило.

3. ИНСТРУМЕНТИ ЗА ДОКАЗИВАЊЕ ОБИЧАЈА

Као што је наведено у претходном делу, да би се одређено понашање субјектата међународног права могло сматрати елементом праксе у обичајном праву, неопходно је да такво понашање буде подобно да представља праксу. Увидели смо да је потребно да пракса буде праћена свешћу о правној обавезности, односно субјективним елементом, док са друге стране треба утврдити какво понашање мора бити да би било квалификовано као елемент праксе обичајног правила. Претходно наведено би значило, да не представља свако понашање праксу која се може сматрати елементом обичаја, стога је потребно утврдити инструменте за доказивање обичаја. За разлику од класичног међународног права, савремено међународно право познаје знатно више инструмената за доказивање обичаја, односно, поред држава и међународне организације потпадају под актере чија пракса може бити квалификована као елемент обичајног правила. Традиционални обичаји су настајали у амбијенту чврстог суверенитета држава па је било неопходно да воља државе буде неспорно изражена, док је код модерних обичаја могуће да само неколико држава створи општи обичај који везује читаву међународну заједницу, као што је то случај са космичким правом, као што је наведено (Милисављевић 2014, 241).

Колико је значајно одредити која понашања се могу узети као елемент праксе говори чињеница да је специјални извештач Хадсон у свом извештају навео да су елементи који конституишу доказе међународног обичајног права текстови међународних уговора, одлуке међународних судова, одлуке националних судова, национално законодавство, дипломатска кореспонденција, мишљења националних правних саветника, пракса међународних организација.⁵

⁵ Вид. Hudson 1950, 24–33.

Из истих разлога се испитивањем радњи које спадају у праксу држава бавио и Међународни комитет Црвеног крста, у својој Студији о међународном обичајном праву и навео је да следећи акти спадају у праксу држава: физички и вербални акти држава чине праксу која доводи до стварања обичајног међународног права (Henckaerts, Doswald-Beck 2005). Физички акти, на пример, подразумевају понашање на бојном пољу, коришћење одређеног оружја и третман одређених категорија лица, док вербални акти подразумевају војне приручнике, национално законодавство, националне судске пресуде, упутства за оружане и снаге безбедности, војне службене извештаје у току рата, дипломатске протесте, мишљења званичних правних саветника, коментаре владе на нацрте уговора, извршне одлуке и правилнике, изјаве пред међународним трибуналима, изјаве у међународним организацијама и на међународним конференцијама и позиције које заузима влада у односу на резолуције међународних организација (Henckaerts, Louis Doswald-Beck 2005). Иако је Међународни комитет Црвеног крста у својој студији анализирао углавном правила међународног хуманитарног права, свакако се побројани акти могу сматрати праксом држава за настанак обичаја свих грана међународног права, у смислу оних који су за то подобни.

Такође, Јан Браунли је на сличан начин као Међународни комитет Црвеног крста побројао радње које спадају у праксу држава, и то следеће акте: „дипломатска преписка, политичке изјаве, новински извештаји, мишљења званичних правних саветника која су саопштена јавности, званични приручници о правним питањима, као на пример војни приручници, извршне одлуке и праксе државних органа, коментари влада на нацрте Комисије за међународно право, затим, државно законодавство, пресуде међународних и националних судова, формалне изјаве у уговорима и другим међународним документима који се односе на праксу међународних институција и резолуције Генералне скупштине Уједињених нација које се односе на правна питања, као и акти које усваја Генерална скупштина (Brownlie 2003, 6). Услед динамизације међународних односа увиђамо да су се појавили различити инструменти за доказивање обичаја, па се тако наводе неки потпуно редовни, али и неки потпуно атипични: новински чланци, изјаве посланика у националним парламентима, изјаве на међународним конференцијама, изјаве представника држава у оквиру међународних организација, судске одлуке, закони... (Милисављевић 2014, 241). Чак поједини аутори разматрају да ли се објаве највиших представника

власти на званичном налогу друштвених мрежа као што је „Твитер“ могу сматрати испољавањем воље.⁶ На овом месту такође можемо увидети очигледне разлике између традиционалних и модерних обичаја.

Међутим, чак и када се утврди да елемент праксе постоји, не може се сматрати да је тиме формирано обичајно правило, као што смо навели, за формирање обичаја неопходно је да постоје два елемента, односно да материјални елемент прати субјективни. Како Коскенијемии наглашава: „Функција психолошког елемента је да гарантује да тај обичај није у супротности са либералном теоријом законодавства. Он представља „унутрашњи аспект“ закона који га разликује од једноставне принуде“ (Koskeniemi 2005, 410). Стога се подразумева да је неопходно да се поред праксе идентификује и постојање свести о правној обавезности, како би се испунио и други елемент за формирање обичајног правила. Свест о правној обавезности се може испољавати спровођењем одређених активности од стране међународних субјеката –јавно или прећутно – то сведочи о томе да желе управо такву праксу и да се понашају у складу са том праксом (Драгиев 2023, 24). Са друге стране, свест о правној обавезности се може испољити и путем декларације, у том случају државе путем декларације, која није правнообавезујућа, прихватају да се понашају на одређени начин (Драгиев 2023, 25).

Традиционални обичаји подразумевали су једносмеран процес настанка обичаја – прво је постојала пракса држава која је протеклом времена, а уз испуњеност потребних услова – у смислу формирања свести о правној обавезности, доводила до кристализације обичаја (Милисављевић 2016, 77). У данашње време приликом формирања нових обичајних правила велику, ако не и доминантну улогу играју међународне организације, те је исправан став да правна правила настају на основу аката и резолуција у оквиру Генералне скупштине Уједињених нација (Милисављевић 2016, 77). Ово тумачимо да је могуће у модерном међународном праву да прво настане свест о правној обавезности – кроз резолуције Генералне скупштине, а тек онда да се понашањем држава у складу са резолуцијама развоје и пракса као елемент, о чему ће бити више речи у наставку.

Јасно је да су акти међународних организација од велике важности за формирање и идентификацију међународног обичаја у модерном међународном праву. Посебно улога Организације Уједињених

⁶ За више о томе вид. Green 2022, 1–53.

нација, која због бројности својих чланова и широког спектра питања међународног права које обрађује на свакодневном нивоу, има већи утицај него која друга међународна организација данас. Посебну улогу која је од значаја за међународно обичајно право имају њени главни органи, а највише Генерална скупштина, као и Комисија за међународно право.

3. УТИЦАЈ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА НА МЕЂУНАРОДНО ОБИЧАЈНО ПРАВО

Међународне организације су се афирмисале као значајан актер међународних односа и као неизбежан оквир за вођење међународне политике, и сходно томе, креирање међународног права (Glodić 2019, 145). Због оваквог значаја за одвијање међународних односа, међународне организације су у савремено време препознате као форум унутар којег се могу формирати међународни обичаји релевантни за уређење међународног живота (Glodić 2019, 145).

Уједињене нације (у даљем тексту УН) су међународна организација која је основана након завршетка Другог светског рата и има за циљ одржање мира у међународној заједници. Ова међународна организација почива на идеји колективне безбедности, која је била широко прихваћена још после Првог светског рата, као међународни поредак који заједничком акцијом треба да онемогући агресивну политику сваке од држава чланица (Димитријевић и Рачић 2011, 213–214).

Правно утемељење Организације Уједињених нација почива на Повељи УН, која има двоструку природу – с једне стране то је уставни акт Организације у форми мултилатералног уговора, а са друге стране, Повеља није обичан међународни уговор, већ уговор хијерархијски вишег типа од уобичајених конвенција (Крећа 2018, 514). Имајући у виду да су скоро све државе света чланице УН-а, тиме ова међународна организација представља место где се исказује и формира воља међународне заједнице – посебно приликом седница Генералне скупштине. У Генералну скупштину улазе све чланице, које су заступљене са по највише пет делегата и пет заменика. Она има право да се бави свим питањима у оквиру Повеље (Крећа 2018, 216). Подразумевајући да се Генерална скупштина бави и правним питањима, посебно питањима која су актуелна у међународној заједници.

Међународни суд правде је у случају о легалности употребе нуклеарног оружја нашао да: „резолуције Генералне скупштине, иако

нису обавезујуће, могу понекад имати нормативну вредност. У одређеним околностима могу представљати доказ важан за утврђивање постојања правила или постојања свести о правној обавезности, или серија резолуција може указати на постепену еволуцију свести о правној обавезности потребне за настанак новог правила⁷. Ако одређена резолуција која је донета великом, па уз то и репрезентативном већином (у смислу да су је подржале најважније државе, да су за њу гласале државе које припадају разним регионима, културама и сл.), констатује да нешто представља право, она може бити узета као доказ о томе да одговарајуће обичајно правило заиста постоји (Кривокапић 2012, 58). Међутим, сама по себи резолуција (чак иако констатује постојање неког правног правила) не ствара обичајно међународно право (Кривокапић 2012, 58). Оно ће бити створено тек ако се докаже да уз резолуцију (која се може узети као доказ о постојању *opinio iuris*-а) постоји и одговарајућа општа пракса (Кривокапић 2012, 59). Овде учавамо, већ наведено, да је процес настанка обичаја у модерном међународном праву условно речено „обрнут“. Прво долази до испољавања свести о правној обавезности одређеног понашања – исказивањем воље на седницама Генералне скупштине, па тек након што се утврди да постоји обавезност одређеног понашања, државе почињу да се понашају у складу са тим и да формирају праксу, а тиме и обичајно правило. Овај такозвани дедуктивни приступ је обележје модерних теорија обичајног права (Милисављевић 2016, 67).

Дакле, обичај настаје у тренутку изгласавања односне резолуције, а тиме и обавеза за све државе да такву праксу праксу следе – такав пример је Декларација о начелима којима се уређује морско дно и подморје изван граница националне јурисдикције из 1970 године (Милисављевић 2016, 78). Посебан утицај имале су и одређене резолуције Генералне скупштине, као што је Универзална декларација о људским правима, које се посматрају као аутоматски обавезујуће јер су представљале консензус међународне заједнице око одређеног питања (Peterson 2017, 363). Горенаведено представља потребне елементе за заснивање одређеног обичајног правила – понашање субјеката међународне заједнице на одређени начин и свест о правној обавезности тог понашања. Међутим, сама Генерална скупштина, иако веома значајан актер у формирању обичајних правила, није се посебно бавила

⁷ International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), July 8, 1996, General List No. 95.

искључиво методама настанка или идентификације међународних обичаја, већ је то питање на себе преузела Комисија за међународно право, као један од органа Уједињених нација задужен за кодификацију и унапређивање међународног права, као и испитивање ситуација које су кључне за тренутни међународни поредак.

4. УЛОГА КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Током својих седница, Генерална скупштина Уједињених нација је направила значајан напредак у кодификацији и развоју бројних аспеката међународног обичајног права посредством међународних уговора и конвенција. Док је Комисија за међународно право (у даљем тексту: Комисија) једно од најважнијих тела створених Резолуцијом Генералне скупштине 1947. године са мисијом да „промовише напредни развој међународног права и кодификација“ (Almakky 2023, 51). Од оснивања до данас, Комисија је знатно утицала на развој међународног права, посебно путем кодификација. Неки од бројних примера позитивног доприноса кодификацији међународног права су: Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године⁸, Бечка конвенција о сукцесији држава у погледу међународних уговора из 1978. године⁹, Правила о одговорности држава за противправне радње у међународном праву из 2001. године¹⁰ Конкретно међународним обичајним правом се Комисија бавила пуних седам година, од 2011. године до 2018. године.

Први пут је Комисија на шездесет трећој седници 2011. године, на основу препоруке Радне групе за дугорочни програм рада, идентификовала тему „Формирање и доказ међународног обичајног права“ за уврштавање у свој дугорочни програм рада.¹¹ Генерална скупштина је резолуцијом 66/98 од 9. децембра 2011. године констатовала укључивање ове теме у дугорочни програм рада Комисије, и Комисија је на шездесет четвртој седници 2012. године званично одлучила да у свој програм рада уврсти ову тему и за специјалног известиоца именује Мајкла Вуда.¹² Међутим, на шездесет петој седници, 2013. године, одлу-

⁸ United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Treaty Series, Vol. 1155.

⁹ United Nations, Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties 1978, Treaty Series, Vol. 46.

¹⁰ United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

¹¹ International Law Commission. 2024. “Summaries of the Work of the International Law Commission Identification of customary international law”. https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml (9.7.2024).

¹² *Ibidem*.

чила је да промени наслов теме са „Формирање и доказ међународног обичајног права“ у „Идентификација међународног обичајног права“ након првог извештаја специјалног известиоца.¹³ Имајући у виду да је почетна идеја била да се испита формирање обичаја и да је питање промењено са формирања и доказа на идентификацију међународног обичајног права говори о томе колико је заправо комплексно. Рад на овом питању је постављен на добрим основама јер није покушано да се изврши кодификација обичајних правила, већ да се идентификују инструменти који служе за детектовање обичаја и да се објасни процедура њиховог конституисања (Милисављевић 2014, 236).

Дакле, циљ испитивања међународног обичајног права од стране Комисије за међународно право био је да се установе условно речено стандарди према којима би се међународна заједница руководила у идентификацији међународних обичаја. Идеја је била да се испитају елементи обичаја и да се на тим основама утврде инструменти за доказивање.

Други извештај специјалног известиоца се фокусирао на два конститутивна елемента правила обичајног међународног права, „општу праксу“ и „свест о правној обавезности“, и предложио 11 нацрта закључака.¹⁴ Састојао се од детаљније анализе праксе и утицаја међународних организација на испољавање праксе, као и на начине за установљавање субјективног елемента поред праксе држава.¹⁵ У другом извештају је видљив напор специјалног известиоца за откривање опипљивих критеријума који би могли да послуже као основа за препознавање постојања субјективног елемента у процесу формирања обичајног права (Милисављевић, Ћићковић 2014, 39). Након разматрања извештаја Комисија је упутила закључке које је навео специјални извештај Нацртном комитету, чији је даљи задатак био да достави Комисији свој прелиминарни извештај о тој теми.¹⁶

Специјални извештај је наставио темељно да ради на овом питању и поднео је још три детаљна извештаја, у којима је испитивао улогу одлука националних судова у судској пракси међународних судова и трибунала универзалног карактера у сврху утврђивања обичајног међународног права, као и начине и средства за лакшу доступност доказа о обичајном међународном праву, којима су се бавили даље и

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

Комисија и Нацртни комитет, као и други органи Уједињених нација, Радна група, али и владе држава.¹⁷

У складу са чланом 23 свог Статута, Комисија је одлучила да препоручи Генералној скупштини: „(а) да у резолуцији узме у обзир нацрте закључака о идентификацији обичајног међународног права, приложи нацрте закључака уз резолуцију и обезбеди њихово најшире распрострањење; (б) да похвали нацрте закључака, заједно са коментарима на њих, на пажњу државама и свима који могу бити позвани да идентификују правила обичајног међународног права; (ц) да проучи библиографију коју је припремио специјални извештач; (д) да обрати пажњу на меморандум Секретаријата о начинима и средствима за лакшу доступност доказа о обичајном међународном праву, који је испитао стање доказа о обичајном међународном праву и дао предлоге за његово унапређење; (е) да следи предлоге у меморандуму Секретаријата тако што ће: (i) скренути пажњу државама и међународним организацијама на пожељност објављивања прегледа и истраживања њихове праксе у вези са међународним правом, настављања са објављивањем законодавне, извршне и судске праксе држава и пружања подршке постојећим публикацијама и библиотекама специјализованим за међународно право; (ii) затражити од Секретаријата да настави са развојем и унапређењем публикација Уједињених нација које пружају доказе о обичајном међународном праву, укључујући њихово благовремено објављивање; и (iii) затражити од Секретаријата да омогући информације садржане у додацима меморандума о начинима и средствима за лакшу доступност доказа о обичајном међународном праву кроз онлајн базу података која ће се периодично ажурирати на основу информација добијених од држава, међународних организација и других заинтересованих страна“.¹⁸

Резолуцијом 73/203 од 20. децембра 2018. године, Генерална скупштина је узела у разматрање закључке о идентификацији обичајног међународног права, чији је текст био приложен уз резолуцију, са коментарима на њих, скренула пажњу државама и свима који могу бити позвани да идентификују правила обичајног међународног права и подстакла њихово најшире могуће распрострањење.¹⁹ Генерална

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its seventieth session, Vol. 2, 2018, A/CN.4/SER.A/2018/Add.1 (Part 2).

¹⁹ International Law Commission. 2024. “Summaries of the Work of the International Law Commission Identification of customary international law”, *op. cit.*

скупштина је такође признала корисност објављених прегледа и истраживања праксе у вези са међународним правом, укључујући оне који чине законодавну, извршну и судску праксу широко доступном, и подстакла државе да уложе све напоре да подрже постојеће публикации и библиотеке специјализоване за међународно право.²⁰

Чини се да је Комисија постигла циљ свог истраживања у вези са међународним обичајима, међутим то питање ће увек остати актуелно имајући у виду брзину којом се развија међународно право, али и сам значај обичајног права у међународном праву, што утиче на постављање нових захтева пред међународну заједницу и појављивање нових ситуација које је неопходно правно регулисати.

Комисија је наставила и посредно да се бави међународним обичајима, анализирајући друга питања која имају везе са изворима права, па тако и обичајима – као што је то питање о општим правним принципима које је прошле године било на дневном реду Комисије за међународно право.²¹

5. ЗАКЉУЧАК

Обичајна правила имају велики значај у модерном међународном праву, као што смо могли из наведеног да закључимо. Не само да су многи међународни уговори нашли своју основу у обичајним правилима, као што су то рецимо правила дипломатског и конзуларног права или међународног хуманитарног права, већ и поједине „нове“ гране међународног права међународна заједница настоји да регулише управо обичајним правилима, уз међународне уговоре (поморско право, космичко право...). Посебне новине у модерном међународном праву уочавамо када је реч о формирању или идентификацији обичајних правила.

Утврдили смо да се анализом материјалног и субјективног елемента долази до закључка да ли је одређено правило обичајно правило, које се посматра као извор међународног права. Првенствено, у модерном међународном праву се узима у обзир не само пракса држава, већ и пракса других субјеката међународне заједнице, а под тим се превасходно мисли на праксу међународних организација. То понашање мора да има одређене карактеристике – да буде довољно

²⁰ *Ibidem.*

²¹ За више о томе вид. International Law Commission. 2023. "Seventy-fourth Session, General principles of Law". <https://legal.un.org/ilc/sessions/74/> (11.07.2024).

опште (универзално), у смислу да се велики број субјеката понаша у складу са обичајним правилом, и да траје одређени временски период (дуготрајност). На овом месту смо могли уочити разлику у односу на традиционално међународно право, када је захтев дуготрајности схватан у смислу да понашање треба да траје деценијама или вековима, док је у модерном међународном праву тај рок знатно скраћен. У том контексту препознајемо и инстант обичаје као једну новину модерног међународног права, у односу на традиционално, као и значај обичајних правила у контексту нових грана међународног права.

Међутим, можда најзначајнија промена која се на пољу формирања и идентификације обичаја одвија у модерном међународном праву јесте управо учешће међународних организација у обичајном процесу. Као што је приказано, Уједињене нације имају најзначајнију улогу од свих међународних организација, у процесу идентификације обичаја. Учешће скоро свих држава света на седницама Генералне скупштине омогућава лакше испољавање субјективног елемента, иако доношење резолуција само по себи не подразумева формирање обичајног правила, већ само може допринети његовом развоју.

Увидели смо још једну карактеристику обичаја који настају у модерном међународном праву, а то је да се прво кроз резолуције Генералне скупштине испољава свест о правној обавезности неког правила, а након тога се међународна заједница понаша у складу са том резолуцијом и на тај начин испољава и праксу као конститутивни елемент. У традиционалном међународном праву, тај смер је био обрнут – прво је настајала пракса држава, да би се потом испољила свест о правној обавезности.

Рад Комисије за међународно право је допринео повећаној сарадњи, како између органа Уједињених нација, тако и између држава међусобно. Специјални известиоци који су се бавили питањима обичаја посветили су пажњу идентификацији обичајних правила, како би се у будућности иста олакшала и на неки начин ускладила, али самим тим истакли и значак обичајних правила у међународном праву. Оно што је важно за будући рад Комисије, али и целокупне међународне заједнице поводом питања обичаја јесте да се управо због све веће појаве фрагментације међународног права посвети пажња појединачним гранама међународног права и какав утицај развој тих нових грана има на настанак обичајних правила.

ЛИТЕРАТУРА

- Димитријевић, Војин и Рачић, Обрад. 2011. *Међународне организације*. Београд: Службени гласник.
- Драгиев. Александр. 2023. Концепција и процес формирања субјективног елемента обичној норми (*opinio juris*) међународног права. *Московски журнал међународног права, МГИМО МИД Русије*, (3), стр. 17–28.
- Ђорђевић, Стеван. 1995. Обичај као извор међународног хуманитарног права. *Анали Правног факултета у Београду*, 43(3), стр. 625–758.
- Јончић, Владан. 2015. *Међународно хуманитарно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Крећа, Миленко. 2018. *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Кривокапић, Борис. 2012. Обичајна правна правила у међународном праву. *Мегатренд ревија*, 9(3), стр. 35–81.
- Кривокапић, Борис. 2018. Обичаји као извор међународног космичког права. *Анали Правног факултета у Београду*, LXVI (3), стр. 129–157.
- Милисављевић, Бојан. 2016. *Међународно обичајно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Милисављевић, Бојан. 2014. Ренесанса обичаја у међународном праву. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 3(1), стр. 214–225.
- Милисављевић, Бојан. 2014. Улога обичаја у савременом међународном праву и значај за међународне интеграције Републике Србије. 2014. *Српска политичка мисао*, (4), стр. 233–246.
- Almakky, Rawa. 2023. The role of international organisations in the development of international law: an analytical assessment of the United Nations. *Law and World*, , 9(4), pp. 40–66. <https://doi.org/10.36475/9.4.4>
- Baker, Roozbeh (Rudy) B. 2010. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. *The European Journal of International Law*, 21(1), pp. 173–204. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq015>
- Brownlie, Ian. 2003. *Principles of Public International Law*, Sixth edition. Oxford, New York: Oxford University Press.

Glodić, Duško. 2019. Međunarodna običajna pravila u savremenom međunarodnom pravu. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 9(9), str. 136–150. <https://doi.org/10.7251/GFP1909136G>

Green, James A. 2022. The Rise of Twiplomacy and the Making of Customary International Law on Social Media. *Chinese International Law Journal*, 21(1), pp. 1–53. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmac007>

Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louis. 2005. *Customary International humanitarian law*, Vol. 1. Cambridge: International Committee of the Red Cross. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511804700>

Hudson, Manley. 1950. Article 24 of the Statute of the International Law Commission. *Yearbook of the International Law Commission*, 2, pp. 24–33.

Kelzen, Hans. 1953. *Theorie du droit international public*. Paris: Académie de droit international de La Haye, recueil des cours.

Koskeniemi, Martti. 2005. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493713>

Milisavljević, Bojan & Čučković, Bojana. 2014. Identification of custom in international law. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 62(3), pp. 31–51. <https://doi.org/10.5937/AnaliPFB1403031M>

Petersen, Niels. 2017. The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law. *The European Journal of International Law*, 28(2), pp 357–385. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx024>

ИЗВОРИ ПРАВА

Статут Међународног суда правде (United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946).

United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Treaty Series, Vol. 1155.

United Nations, Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties 1978, Treaty Series, Vol. 46.

United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

СУДСКА ПРАКСА

Permanent Court of International Justice, *Lotus case*, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A. No 10.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgement of 20 February 1969.

ИНТЕРНЕТ И ОСТАЛИ ИЗВОРИ

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), July 8, 1996, General List No. 95.

International Law Commission. 2024. “Summaries of the Work of the International Law Commission Identification of customary international law”. https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml (9.7.2024).

International Law Commission. 2023. “Seventy-fourth Session, General principles of Law”. <https://legal.un.org/ilc/sessions/74/> (11.07.2024).

International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its seventieth session*, Vol. 2, 2018, A/CN.4/SER.A/2018/Add.1 (Part 2).

Andelija Stevanović

THE IMPORTANCE OF CUSTOM IN MODERN INTERNATIONAL
LAW – WITH REFERENCE TO THE ROLE OF THE
INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Resume

Custom, along with international treaties, is considered one of the main sources of international law, according to Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. Their flexibility and adaptability to both older and newer demands of international law have established and maintained them in that position. In the introductory part of the paper, the author aims to present custom as a source of international law and illustrate the significance that customs hold. Then, in the second part, the focus shifts to the elements of custom - the practice of subjects of international law and the awareness of legal obligation - and analyzes the formation of customary rules. The author also discusses new ways of expressing the elements of custom and the influence of international organizations, particularly the United Nations, on the formation and identification of custom in recent decades, considering the development of international law itself and the emergence of new demands. The role of the General Assembly in forming the awareness of legal obligation and how its work affects the formation of custom in modern international law is also examined. The author pays special attention to the work of the International Law Commission, examining its contribution to the identification of customary rules, given its creative role in modern international law.

Keywords: international custom, state practice, opinio iuris (awareness of legal obligation), identification of customs, United Nations, General Assembly, International Law Commission.

ОПОЈНЕ ДРОГЕ, ЗАВИСНОСТ И СКРИВЉЕНА НЕУРАЧУНЉИВОСТ

Сажетак

Опојне дроге, осим што представљају предмет извршења кривичних дела чији је заштитни објект здравље људи, представљају суштински узрок, док извршење кривичног дела може бити последица употребе опојних дрога, зато што лица која се налазе под утицајем опојних дрога или зависности од поменутих, представљају категорију лица која у великом броју случајева могу бити извршиоци и других кривичних дела. Тема овог рада су облици појављивања опојних дрога кроз три практичне ситуације запажене у кривичноправној пракси, али и психилошки обрађени узроци коришћења и зависности од опојних дрога доведених у везу са човековим основним потребама као и предиспозицијама лица за злоупотребу опојних дрога.

Кључне речи: опојне дроге, урачунљивост, зависност од опојних дрога, скривљена неурачунљивост, мере безбедности.

1. УВОД

Употреба опојних дрога и њихов утицај на свест човека су веома значајан и непресушан предмет проучавања, како са социјалног тако и са правног аспекта. Међутим, злоупотреба психоактивних супстанци није новост. Употреба опојних дрога представљала је саставни део одређених древних култура, на пример хиндуизма који се у великој

* Аутор је судијски сарадник у Првом основном суду у Београду. Електронска адреса аутора: milicbanovac995@gmail.com. ORCID број: 0009-0001-9423-5809

мери заснивао на употреби канабиса и осталих халуциногенних пре-парата, док се у пределима Јужне Америке употребљавало лишће ко-ке, пре свега приликом пењања на изразите надморске висине која је представљала саставни део животног простора заједница које су та-мо живеле, али и обављања тешких физичких радова. Опојне дроге су своју експанзију доживеле шездесетих година двадесетог века, ка-да су постале предмет злоупотребе од стране младих, бунтовних љу-ди, који су у оквиру свог животног стила конзумирали психоактив-не супстанце. Имајући у виду негативно дејство наркотика на опште стање лица која их конзумирају, као и негативни социјални контекст употребе истих, стављање у промет, омогућавање уживања и кон-зумација опојних дрога су санкционисани у значајном броју држава чланица Међународне заједнице, било прекршајним било кривично-правним одредбама.

Опојне дроге се могу посматрати као узрок, док се извршење кривичног дела може сматрати и последицом злоупотребе опојних дрога. Под наведеним се подразумева могућност да лице услед зави-сности од опојних дрога посегне извршењу кривичног дела, најчешће како би прибавило средстава ради набављања опојне дроге. Друга мо-гућност је да услед конзумације опојних дрога дође до неурачунљив-ости или битно смањене урачунљивости кривичноправног субјекта који у таквом стању сужене свести изврши друштвено опасно пона-шање санкционисано кривичноправним нормама. Наведене категори-је представљају „две стране медаље“ и подједнако су штетне по за-једницу, пре свега зато што је у првој ситуацији опојна дрога изрази-ти покретач али и циљ који подстиче самог извршиоца на друштвено штетно понашање, док је у другој ситуацији могућност извршилаца кривичних дела да објективно поимају појаве и догађаје око себе сма-њена или чак искључена.

Такође је могуће да лице услед неких својих патолошких особин-а или тежба, посегне за опојним дрогама не би ли их се на тај начин решило или како постигло задовољство, односно сензације које није могуће постићи свакодневним ужитком. Кривичноправно посматра-но, изврши деликт поседовања у стању неурачунљивости или битно смањене урачунљивости.

Тема овог рада је психолошки обрађен узрок коришћења опојних дрога извршилаца кривичних дела, затим објашњење зависности и чо-векових потреба, основних кривичноправних института који се одно-се на ову тему, самих стања лица која извршавају кривична дела под

утицајем опојних дрога или услед зависности од опојних дрога као и само објашњење наведене теме коришћењем адекватне процесне грађе.

2. ЗАВИСНОСТ ОД ОПОЈНИХ ДРОГА

Зависност од психоактивних супстанци, која је третирана као психичко обољење у складу са класификацијом Светске здравствене организације, има значајне импликације на плану кривичноправне теорије и праксе. Наиме, лице које се сматра зависним од употребе психоактивних супстанци се веома често налази под њиховим утицајем. Човек, као и свако друго живо биће има егзистенцијалне потребе, а које се „Принципом задовољства“ Сигмунда Фројда деле на сатисфакцију и фрустрацију, односно испуњење и недостатак испуњења основних животних потреба (Фројд 1994, 333). Људски живот, као стална сме-на стреса и хомеостаза, односно периода благостања (Голднер Вуков и Милкић 1992, 23), подразумева промене животних фаза. Под тим фазама се подразумевају фазе школовања, промене друштва, послова, промене статуса међуљудских односа, губитак чланова породице, проширење породице итд. У тим ситуацијама се могу активирати неке од предиспозиција односно узрока конзумације, а касније и зависности од психоактивних супстанци. То су индивидуални фактори везани за пол, узраст, личне и психичке карактеристике, самолечење, те друштвени фактори у виду социоекономског статуса породице и интерперсоналних односа унутар породице, социјални притисак, доступност психоактивних супстанци итд (Ђокић и др. 2024). Опојне дроге, како су категоризоване у Кривичном законнику могу се сагледати кроз призму зависности од опојних дрога, када се према извршиоцу кривичног дела може применити мера безбедности обавезног лечења наркомана и кроз институт скривљене неурачунљивости, када окривљени у стању интоксикације изврши кривично дело, при чему је његова могућност да схвати значај свог дела и управља својим поступцима искључена или пак битно смањена.

2.1. Зависност од опојних дрога и примена мере безбедности обавезног лечења наркомана

2.1.1. Уопштено о зависности и апстиненцијалној кризи

Зависност, као хроничну и рецидивирајућу болест мозга, карактерише жудња за узимањем и настављањем узимања психоактивних

супстанци, упркос евидентним штетним последицама у свим животним аспектима појединца (Ковачевић Петровић, 279–306). Једна од штетних животних последица може бити и неповиновање појединца кривичноправним одредбама, а самим тим и сношење пеналних последица. Лица зависна од опојних дрога се у пракси појављују као извршиоци кривичних дела чији је заштитини објект имовина, али и као извршиоци насилних кривичних дела. Услед емпатијског дефицита веома често долази до интерперсоналних конфликта зависника и његове околине па се зависници често појављују као виновници кривичног дела Насилје у породици. Непосредним циљем извршења кривичних дела са израженим лукративним циљем, тј. имовинских деликата, сматра се прибављање средстава ради набавке опојних дрога. Ту се убраја разбојништво и разбојничка крађа, који у себи садрже и елементе принуде, а самим тим и израженију штетност по социјални и нормативни систем вредности.

Побројана понашања предметне категорије извршилаца јављају се као последица потпуног или делимичне апстиненције. У домаћој теорији се разилазе ставови по питању могућности примене института *actiones liberae in causae* у односу на зависнике од опојних дрога, пре свега зато што је став једних аутора са једне стране да апстиненцијална криза наступа спонтано, док је став других да лица која конзумирају опојне дроге, а која намеравају да изврше кривично дело, могу предвидети наступаће апстиненцијалне кризе (Ђоровић и Турађанин 2017, 7–23). Самим језичким, али и логичким тумачењем назива института скривљене урачунљивости, да се закључити да се скривљена урачунљивост последица својевољног довођења у стање неурачунљивости или битно смањене урачунљивости учиниоца кривичног дела. Када се наведено узме у обзир, појављивање жудње или апстиненцијалног синдрома се не би могли сматрати свесним довођењем у стање неурачунљивости или пак битно смањене урачунљивости, зато што зависник није у стању да контролише појаву апстиненцијалних симптома, будући да се наркомани третирају као својеврсни болесници (Шкулић 2018, 302). Стога би се прво становиште могло сматрати исправним.

2.1.2. Врсте зависности и примена мере безбедности обазезног лечења наркомана

Постоје две врсте зависности од опојних дрога. Прва је *психичка*, која представља повремено или трајно конзумирање психоактивних

супстанци ради постизања задовољства или избегавања незадовољства, док *физичка зависност* представља специфично адаптационо стање, које настаје након дуже злоупотребе психоактивних супстанци и изазива специфичан апстиненцијални синдром (Ковачић Петровић 2022, 279–306). Имајући у виду разлику интензитета испољавања апстиненцијалног синдрома, прави се разлика у могућности изрицања мере безбедности обавезног лечења наркомана с обзиром на врсту зависности. Судска пракса стоји на становишту да је за изрицање мере безбедности довољно постојање психичке зависности (Стојановић 2024, 379).

Мера безбедности обавезног лечења наркомана се примењује према извршиоцу који је кривично дело извршио услед зависности од опојних дрога, а за ког постоји озбиљна опасност да ће убудуће вршити кривична дела као последице зависности. Да би се извршиоцу кривичног дела могла изрећи ова мера безбедности неопходно је психијатријским вештачењем утврдити да је изрицање мере безбедности индиковано, а затим утврдити каузалну везу између извршења кривичног дела и зависности извршиоца. (Срзентић и др. 1990, 445). Неопходно је и утврдити постојање озбиљне опасности да ће услед зависности извршилац кривичног дела наставити да врши кривична дела, дакле утврђивање „будућег каузалитета“, који је подигнут на ниво озбиљне опасности. Ова мера се у зависности од примарне санкције може издржавати у специјалној затворској болници или другој специјализованој установи, док се у случају изрицања новчане казне, условне осуде, судске опомене или ослобођења казне извршава на слободи, осим ако се учинилац не подвргне лечењу или пак самовољно напусти лечење. Мера може најдуже трајати до три године. На крају је неопходно напоменути да је ова мера безбедности суплементарног карактера, што значи да се изриче уз казну, условну осуду и судску опомену (Ђоровић 2009, 45–61).

3. ИНТОКСИКАЦИЈА И *ACTIONES LIBERAE IN CAUSAE*

Интоксикацију, као пролазно стање, одликују сметње свести, когнитивних способности, перцепције, афективно понашање, те промена психофизиолошких функција (Ковачић Петровић 2022, 282). На основу претходно изнесеног може се закључити да је у питању стање које одудара кривичноправног схватања урачунљивости лица у пуном обиму. Стање интоксикације, у смислу скривљене неурачунљивости, искључује могућност лица да схвати значај свога дела или да управља

својим поступцима, односно наведене способности битно умањује. За тему овог рада је од значаја проузроковање неурачунљивости или битно смањене урачунљивости злоупотребом опојних дрога.

3.1. Институт скривљене урачунљивости (*actiones liberae in causae*)

Постојале су две основне концепције везане за извршење кривичног дела у стању интоксикације. У неким упоредноправним системима су биле заступљене, или су и даље, концепције кривичних дела извршених у стању пијанства, где поред стандардних становишта базираних на општим принципима одговорности захтевају да је у пијанству извршено дело које је законом предвиђено као кривично дело, док је праву бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије била заступљена концепција скривљене неурачунљивости (Срзентић и др. 1990, 224–225). Насловљена концепција је заступљена у нашем позитивном кривичном законодавству. Институт скривљене неурачунљивости ће се применити у односу на учиниоца кривичног дела који се својевољно довео у стање неурачунљивости или битно смањене урачунљивости, и у том стању касније извршио кривично дело. Учиниоца се у такво стање морао довести са умишљајем или из нехата, те ће његова кривица ценити према тренутку пре довођења у поменуто стање.

Занимљиво је што се у самом називу овог института налази појам учинилац, који је у судској пракси карактеристичан за лице које у стању неурачунљивости извршава противправно дело законом предвиђено као кривично дело, док је у законској дефиницији овог института задржава термин кривично дело. Претходно имплицира да законодавац ову категорију лица перципира као неурачунљиву, иако се њихова кривица цени према тренутку који претходи релевантном кривичноправном догађају, односно третира се као и сваки други кривичноправни субјект са адекватним менталним капацитетом за сношење кривичне одговорности. Учиниоца се у ово стање може довести употребом алкохола, дрога или на други начин. Карактеристика овог института је да је поред урачунљивости учиниоца кривичног дела пре довођења у стање неурачунљивости морао постојати умишљај или нехат, те могу постојати умишљајни или нехатни *actiones liberae in causae* (Стојановић 2024, 150). Друга значајна карактеристика скривљене неурачунљивости је да не представља извињавајући фактор, односно учинилац

се по том основу не може ослободити казне, нити му се, ако се довео у стање битно смањене урачунљивости, по том основу казна може ублажити. Другачији примери су запажени случајеви у упоредном праву, нпр. случај *R v. Lipman*¹, који се одликује блажом квалификацијом у корист учиниоца који се употребом LSD-а довео у стање неурачунљивости (Quazi & Ian 2003, 144–151). На крају је значајно нагласити да се интоксикација и зависност не могу стриктно одвојити, већ да интоксикација и зависност прате једна другу, те се зависник врти у зачараном кругу и појављује као извршилац кривичних дела која за објект имају дрогу, било других кривичних дела.

4. ОПОЈНЕ ДРОГЕ

Зависност и опојне дроге су корелативне појаве. Опојне дроге су од значаја за наше кривично законодавство будући да је њихово стављање у промет, држање и омогућавање уживања опојних дрога инкриминисано кривичним делима чији је заштитни објект здравље људи. Регулација опојних дрога, у смислу њихове производње, промета, извоза, увоза, употреба, као и надзор над спровођењем закона, извршена је Законом о психоактивним контролисаним супстанцама. Нумерација је извршена подзаконским актом, Списком психоактивних контролисаних супстанци, који представља класичан каталог опијата. Чланом 112 став 15 Кривичног законика је прописано да су опојне дроге супстанце или препарати који су законом или прописом заснованим на закону проглашени за опојне дроге као и остале психоактивне контролисане супстанце“. Дроге било природне или синтетичке, уношењем у организам изазивају промену једну или више функција (Радовановић 2021, 48) Сходно томе, потребно их је разврстати према пореклу, на природне и синтетичке, док се према дејству деле на депресоре, стимулансе, канабиноиде и халуциногене. Претходна подела је заправо извршена на основу стања која проузрокују, односно *Euphorica* (блажена стања, опијати), *Phantastica* (визуелне и чулне обмане, халуциногени), *Excitantia* (пријатни немир, стимуланси), *Inerbrantia* (опојно дејство, нпр. алкохол) (Јевтић 1951, 154). Такође, иако се законски, експлицитно не усваја ова подела, судска пракса

¹ Учиниоца овог кривичног дела се у стање неурачунљивости довео употребом LSD-а и у том стању је девојку задавио чаршавом верујући да се бори са змијама. Суд је утврдио да окривљени није могао имати специфичну намеру која се захтева за постојање убиства и осудио га због нехатног лишења живота.

разликује „лаке и тешке дроге“ будући да се санкције разликују (Игњатовић 2020, 235–255), али се примена мера безбедности примењује, како у односу на дроге које изазивају физичку тако и у односу на дроге које изазивају психичку зависност.

5. ТРИ ПОТЕНЦИЈАЛНЕ СИТУАЦИЈЕ ВЕЗАНЕ ЗА УТИЦАЈ ОПОЈНЕ ДРОГЕ НА УРАЧУНЉИВОСТ

а) ПРВА СИТУАЦИЈА

Прва ситуација је ситуација у којој учинилац, који је већ таквог психичког стања да на његову урачунљивост већ делује један или више основа који је искључују или умањују, извршава кривично дело Неовлашћеног држања опојних дрога. Под таквим психичким стањем се подразумева и привремена душевну поремећеност, али треба имати у виду да и конзумирање опојних дрога изазива у неким случајевима привремену душевну поремећеност. Међутим, у овој ситуацији је акценат на другим биолошким основима искључења односно смањења урачунљивости. У овом случају могућа су два решења од којих једно подразумева смањену или битно смањену урачунљивост извршиоца кривичног дела везаног за држање опојне дроге, у ком случају се конкретан предмет окончава пресудом², док је друга ситуација неурачунљивост учиниоца кривичног дела, када се доноси решење о изврцању мере безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи или у здравственој установи.

Пример прве ситуације је пресуда Другог основног суда у Београду, у којој је наведено да је извршилац кривичног дела Неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а Кривичног законика: „у стању битно смањене урачунљивости, услед привремене душевне болести-налазио у фази психотичне декомпензације емоционално нестабилног поремећаја личности, свестан свог дела и да је исто забрањено, чије је извршење хтео, неовлашћено држао у мањој количини за сопствену употребу опојну дрогу кокаин“³. Извршилац овог кривичног дела је у време извршења кривичног дела већ имао привремену душевну болест као један од биолошких основа искључења урачунљивости,

² Осуђеном се у пресуди може изрећи и мера безбедности медицинског карактера, тј. обавезног лечења и чувања у здравственој установи из члана 81 КЗ или лечења на слободи из члана 82 КЗ.

³ Пресуда Другог основног суда у Београду, 5К бр, 1400/23 од дана 30.01.2024. године.

односно у његовом случају битан основ смањења урачунљивости. Биолошки основ је идентичан у односу на неурачунљивост, али разлика је у психолошкој компоненти, а то је битно смањење урачунљивости (Делић 1995, 92–98). Дакле у конкретном случају се ради о измени одређених психичких функција које код окривљеног перзистирају одређено време и које ће се после одређеног временског периода повући, спонтано или терапијским путем, у овом случају терапијским путем, имајући у виду да је лицу које је извршило ово кривично дело уз казну изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи (Јовановић 2012, 311–327). Будући да је окривљени, у стању битно смањене урачунљивости, држао опојну дрогу, ради сопствене употребе, у конкретном предмету се ради о деликту поседовања (Делибашић 2014, 202). Прва ситуација, на основу свега наведеног, приказује први облик појављивања опојне дроге у кривичноправној пракси, а то је појављивања у облику предмета извршења кривичног дела (*instrumenta sceleris*). Ова ситуација конкретизује пример самолечења као узрока коришћења опојних дрога, будући да је у налазу и мишљењу вештака, психијатра наведено да је окривљени изјавио да је почео да конзумира кокаин како би отклонио осећај анксиозности.

Други пример везан за прву ситуацију појаве опојних дрога у кривичноправној пракси је пресуда Окружног суда у Новом Саду, К. Бр. 463/06 од дана 11.06.2006. године (Ђорђевић 2009, 45–61), којом је једном од окривљених код којег је вештачењем утврђена лака ментална ретардација, због које је његова урачунљивост била битно смањена, изречена му је мера безбедности лечења наркомана. Наиме, иако је код окривљеног утврђено постојање заосталости у душевном развоју, као један од индикатора за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, њему је изречена мера безбедности обавезног лечења наркомана. Лице је поред заосталости у душевном развоју третирано и као зависник од употребе опојних дрога, неопходном мером ради „поправљања“ учиниоца је логичније је посматрати психијатријско лечење него меру безбедности лечења наркомана, зато што би се основном опасношћу требало сматрати психичко стање (Стојановић 2014, 145–172), а не наркоманија.

б) ДРУГА СИТУАЦИЈА

Друга ситуација постоји када се учинилац употребом опојних дрога доведе у стање да не може да схвати значај свог дела или

да управља својим поступцима или му је поменута могућност битно смањена. Овде се ради о скривљеној неурачунљивости, односно ситуацији у којој учинилац кривичног дела у време извршења није имао слободу над својом свешћу и вољом, али се време оцене те слободе „помера уназад“, у време када се довео у то стање (Шкулић 2022, 254). Најважније је, као што је већ поменуто, да се у овој ситуацији кривица извршиоца кривичног дела квалификује у времену пре самог извршења кривичног дела зато што се окривљени у тој ситуацији послужио самим собом како би извршио кривично дело (Вуковић 2021, 241), или је могао рачунати да ће у стању неурачунљивости, односно битно смањене урачунљивости извршити кривично дело. Самим тим што се учинилац свесно довео у горе поменута стања, подразумева да се исти не може ослободити казне или које друге санкције, а самим тим му се, сходно члану 24. став 2. Кривичног законика, не може ублажити казна.

Пример за другу ситуацију је пресуда Првог основног суда у Београду 18К бр. 1917/13 од дана 13.02.2024. године, потврђена пресудом Апелационог суда у Београду 1Кж 318/24, од дана 22.04.2024. у делу који се односи на урачунљивост учиниоца који је извршио кривично дело под утицајем опојних дрога. У писменом налазу и мишљењу вештака, психијатра, наведено је да је окривљени „у време извршења кривичног дела које му се ставља на терет, био у фази зависности од хероина и под дејством те опојне дроге.“⁴ Осуђеном лицу је изречена мера безбедности обавезног лечења наркомана, што говори да се извршење кривичног дела од стране лица које испуњава биће конкретног кривичног дела под утицајем опојних дрога и зависности од опојних дрога по правилу тешко може раздвојити, док се најчешће истом изриче мера безбедности обавезног лечења наркомана, будући да лица која извршавају кривична дела под утицајем опојних дрога испуњавају дијагностичке критеријуме зависности од опојних дрога. Стога се у другој ситуацији запажају значајне сличности или преклапања у односу на трећу, односно извршавање кривичног дела услед зависности од опојних дрога.

в) ТРЕЋА СИТУАЦИЈА

Трећа ситуација се односи на извршење кривичног дела од стране зависника. Овде се сама хронична злоупотреба опојних дрога резултирана зависношћу јавља као узрок извршења кривичног дела. Као

⁴ Пресуда Првог основног суда у Београду 18К бр. 1917/13 од дана 13.02.2024. године

и у претходне две ситуације нагласак се ставља на употребу опојне дроге, само што у овој ситуацији дрога представља свакодневницу извршиоца кривичног дела, те се због одсуства уноса уобичајене количине наркотика у организам учиниоца код њега јавља стање које има сличности са скривљеном неурачунљивошћу, али се од исте као што је претходно наведено суштински разликује. Када се говори о врсти кривичних дела, зависници, као и лица која су под утицајем опојних дрога, представљају ризичну групу за коју постоји опасност од извршења разноврсних кривичних дела. Ту се најпре може говорити о кривичним делима против имовине, кривичним делима против брака и породице, прецизније насиљу у породици, осталим делима са елементима насиља. Кривична дела против имовине, а којим зависници од опојних дрога прибегавају су крађе, тешке крађе, преваре, док није реткост да поменути категорија лица прибегава и извршењу имовинских деликата са елементима насиља, као што су разбојничка крађа или разбојништво, како би дошли до средстава за куповину опојних дрога.

Претходну тезу потврђује пресуда Првог основног суда у Београду 5К 104/18 од дана 28.02.2018. године, у којој је наведено да је окривљени извршио кривично дело Крађа из члана 203. КЗ у стању смањене урачунљивости до степена битног али не и битно, са директним умишљајем снабдевеним намером за остварење противправне имовине користи, при чему му је такође изречена и мера безбедности обавезног лечења наркомана. Опште је познато да лица која су зависници од употребе опојних дрога могу реаговати бурно и раздражено, нарочито зависници од дрога као што су хероин и кокаин. Поред већ наведеног, ноторна чињеница је и да зависност од употребе опојних дрога штети међуљудским односима и ствара раздор у породици, као суштинској, полазној тачки сваког социјалног окружења, те није реткост да долази до тежих последица, где се као оштећена лица, или криминолошки-жртве, могу појавити како лице које је зависник од употребе опојних дрога, тако и чланови њихових породица.

Такође је јасно да зависници, осим кривичних дела која им служе за набавку средстава ради куповине опојних дрога и кривичних дела услед ексцеса у њиховом понашању, извршавају и кривично дело Неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а Кривичног законика. Ова лица су у непрестаном додиру са опојним дрогама, стога непрестано улазе у криминалну зону, те се перманентно налазе у улози окривљеног. Пример за то је Пресуда Првог основног суда у Београду, 3К бр. 1995/20, у којој је наведено да је извршилац кривичног дела из

члана 246а став 2 КЗ, држао опојне дроге у већој количини ради сопствене употребе и то „2 ПВЦ кесе појединачних нето маса од 83,99 и 81,85 грама“⁵. Наведена количина је, очигледно, према становишту суда, била намењена за личну употребу од стране корисника за одређени временски период, обзиром да је осуђен за држање исте, а не за производњу и стављање у промет, због чега му је и изречена мера безбедности обавезног лечења наркомана.

Г) КОМБИНАЦИЈА ДРОГЕ КАО УЗРОКА И ПОСЛЕДИЦЕ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Такође је битно напоменути да није реткост да лице које је извршилац кривичног дела исто изврши услед зависности од опојних дрога, али да се *tempore criminis* налази под утицајем једне од поменутих. Томе у прилог говори и пример психијатријског вештачења окривљеног у предмету Првог основног тужилаштва у Београду, КТ 2181/24 од дана 04.06.2024. године, у којем је наведено да је окривљени особа коју одликује емотивна нестабилност, што је један од узорка будуће зависности. Вештачењем је утврђено да је окривљени у време извршења кривичног дела био под утицајем опојне дроге хероин и алкохола-што представља политоксикоманију, због чега су му изречене мере безбедности лечења наркомана и алкохоличара, али му као и у претходно наведеним примерима урачунљивост није била искључена, тачније урачунљивост му је била смањена до степена битног али не и битно.⁶ Као што је већ наведено, честе су ситуације у пракси да лица која су зависници од опојних дрога, извршавају кривична дела под утицајем самих опојних дрога (или пак у комбинацији са алкохоллом), а што наводи на закључак да опојне дроге осим што представљају *instrumenta sceleris* кривичних дела у вези са злоупотребом опојних дрога, у себи садрже значајну меру друштвено негативног садржаја, односно представљају значајан напад на овдашњи нормативни и социјални систем вредности (Шкулић 2022). Изузимајући чињеницу да је архаични термин друштвене опасности који је у комунистичком кривичном праву представљао један од општих елемената базичног појма кривичног дела, морамо се сложити да дроге, свакако, представљају значајну друштвену опасност по више заштитних објеката који су фундаментални за свако друштво, а нарочито када се користе

⁵ Пресуда Првог основног суда у Београду ЗК бр. 1995/20 од дана 29.01.2021. године.

⁶ Прво основно јавно тужилаштво у Београду, КТ бр. 2181/24.

у комбинацији са „социјално толерисаним дрогама“ (Шкулић 2022, 272), пре свега алкохолем и одређеним лековима који изазивају промену стања свести.

6. ЗАКЉУЧАК

Основни кохезивни елемент све три побројане ситуације, као предмет овог рада, су опојне дроге. Првенствено је неопходно навести да опојне дроге утичу на свест и вољу лица која их конзумирају. Као што је већ напоменуто, измењено стање свести и воље лица које врши кривично дело неовлашћеног држања опојних дрога, не може се приписати дрогама већ то лице не перципира адекватно појаве око себе из разлога који могу бити ендогених или егзогених карактера, типа психоза или других душевних поремећаја. Овај пример је свакако опасан, јер деловање психоактивних супстанци на централни нервни систем лица чији је психички апарат већ компромитован, може се одразити на тај начин да врше друштвено опасна понашања или пак аутодеструктивно деловати на лица која их користе. Однос друге и треће ситуације је знатно сложенији. Сложеност односа се огледа у томе да су лица која су у стању интоксикације веома често и зависници од опојних дрога. Ту се враћамо на колоквијални термин „зачараног круга“ зато што је лице које је зависно, подстакнуто том зависношћу да изврши кривична дела, било ради стицања средстава којим би прибавила наркотику, или пак извршавање дела без икаквог рационалног циља. Када лица која су зависна од употребе опојних дрога дођу у посед исте, они врше кривично дело Неовлашћеног држања опојних дрога, тако да и на тај начин врше кривично дело. Лица која се у стању промењене свести свести изврше кривично дело, свакако, самим конзумирањем дроге, врше већ поменуто кривично дело против здравља људи. Дакле, дрога било посредно, било непосредно, утиче на свест и вољу лица која их конзумирају. Када се ради о првој ситуацији конзумација дроге може имати значајне последице. У другој ситуацији дрога утиче на свест и вољу лица које се интоксикацијом доводи у то стање. У трећој ситуацији дрога на посредан начин утиче, пре свега на вољу лица које жуди за конзумацијом дроге. Ако се узме у обзир све побројано, дроге заузимају значајан положај у оквиру општих појмова кривичног права зато што представљају генератор извршења кривичних дела, али и сам предмет извршења кривичног дела, с тога им је с правом поклоњена значајна пажња у кривичноправној теорији и пракси.

ЛИТЕРАТУРА

- Вуковић, Игор. 2021. *Кривично право – Општи део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Голднер Вуков, Мила и Милкић Баба, Надежда, 1992. *Осећајни живот савременог човека и опојне дроге*. Ниш: Просвета Ниш.
- Делибашић, Вељко. 2014. *Сузбијање Злоупотреба опојних дрога са становишта кривичног права*. Београд: ЈП „Службени гласник“.
- Делић, Наташа. 1995. Битно смањена урачунљивост у контексту кривичне одговорности. *Анали Правног факултета*, 43 (1–2), стр. 92–98.
- Đokić, Dragoljub, Nenadović, Milutin i Janjić, Momir. Prevencija zavisnosti od droga-Kognitivno-bihevioralni pristup, <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:7562/bdef:Content/get>. (19.09.2024).
- Игњатовић, Ђорђе. 2020. Организовани криминалитет и наркотици: Уводна разјашњења. *Crimen*, 11 (3), стр. 235–254. doi: 10.5937/crimen2003235I
- Јевтић, Душан. 1951. *Судска психијатрија*. Београд: Научна књига.
- Јовашевић, Драган. 2012. Основи који искључују урачунљивост. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 78(12), стр. 640–659.
- Радовановић, Ивана. 2021. *Злоупотреба дроге-адолесценци у Београду*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.
- Срзентић, Никола, Стајић, Александар и Лазаревић, Љубиша. 1990. *Кривично право – Општи део*. Београд: Савремена администрација – издавачко предузеће Београд.
- Стојановић, Зоран. 2014. Мере безбедности психијатријског лечења – принудно психијатријско лечење као кривична санкција. *Crimen* 5(2), стр. 145–172.
- Стојановић, Зоран. 2024. *Коментар Кривичног законика*. Београд: ЈП „Службени гласник“.
- Ђоровић, Емир. 2009. Мере безбедности лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара у судској пракси. *Бранич: Часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије*, (3), стр. 45–60.

Ђоровић, Емир и Турањанин, Вељко. 2017. „О скривљеној урачунљивости из члана 24. Кривичног законика Републике Србије”. У Бранислава Кнежевић и Ивана Стевановић (ур.), *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања* (стр. 7–22), Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.

Фројд, Сигмунд. 1994. *Са оне стране принципа задовољства: Ја и оно*. Нови Сад: Библиотека Светови.

Шкулић, Милан. 2018. *Огранизовани криминалитет*. Београд: ЈП „Службени гласник“.

Шкулић, Милан. 2022. *Криминалистика*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Шкулић, Милан. 2022. *Међународно кривично право*. Београд: ЈП „Службени гласник“.

Haufe, Quazi & Cummin Ian. 2003. Intoxication and legal defences. *Advances in Psychiatric Treatment*, 9(2), pp. 144–151. <http://dx.doi.org/10.1192/apt.9.2.144>

Kovačić Petrović, Zrnka. 2022. „Poremećaji zbog upotrebe psihoaktivnih tvari“. U Dražen Begić (ur.) *Psihijatrija* (str. 279–306). Zagreb: Medicinska naklada.

ИЗВОРИ ПРАВА

Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 и 94/2024.

Закон о психоактивним контролисаним супстанцама, *Службени гласник Републике Србије* 99/2010, 57/2018.

Списак психоактивних контролисаних супстанци, *Службени гласник Републике Србије* 40/23.

ПРЕСУДЕ И ДРУГА ПРОЦЕСНА ГРАЂА

Пресуда Првог основног суда у Београду 3К бр. 1995/20 од дана 29.01.2021. године.

Пресуда Другог основног суда у Београду, 5К бр, 1400/23 од дана 30.01.2024. године.

Пресуда Првог основног суда у Београду 18К бр. 1917/13 од дана 13.02.2024. године

Прво основно јавно тужилаштво у Београду, КТ бр. 2181/24.

Milić Banovac

ILLEGAL DRUGS, ADDICTION AND INTOXICATION

Resume

This paper is primarily based on three situations in which drugs, intoxication and addiction are manifesting in mutual connection. First situation refers to drug abuse of a perpetrator with reduced comprehensibility, caused by temporary mental illness. The other two situations include criminal act perpetrated by addictive and intoxicated persons, addictive in second and intoxicated in third. To examine this theme, the author had to use appropriate legal and psychiatric literature. First part of work is describing human basic needs and drugs, addiction and their correlation with drugs, while the other part of work include legally part, as was told, these three situations. This part includes the explanation of basic criminal law regulations which specify this theme and processed situations with adequate verdicts. After these three situations, last situation presents circumstances in which addicted person under drug possession committed another criminal act, which is per se mixed situation. During study author realized that drugs connected with sanity in Serbian criminal law, can be viewed as delict of possession, committed by a person who have, already told, mental illness, while the other two situations shows that drugs can be understood as cause of criminal acts, because addiction of perpetrator who committed property delicts and the drug possession crime. Situation in which drug possessed person committed other crimes point that in that situation drugs are consequence, in essential meaning. After everything mentioned it can be realized that addictive persons and persons who are periodically using drugs are going in circles, because they will be prosecuted for drug possession, which is criminalized in Serbian criminal law and if they do the other crimes to get resources to by drugs, while drugs causes actiones liberae in cause, which is in European continental law understood as offend intoxication. Criminal act committed by a reduced comprehensibility perpetrator should be solved by court ordered medical treatments.

Keywords: Narcotic drugs, Mental capacity, Drug addiction, Hidden mental capacity, Safety measures.

ПРИЛОГ ПИТАЊУ РАЗВОЈА ГРАЂАНСТВА И ГРАДОВА У СРБИЈИ ЗА ВРЕМЕ ПРВЕ ВЛАДЕ МИЛОША ОБРЕНОВИЋА (1815–1839)**

Вук Караџић нам је оставио неколико напомена и о српском грађанству у Смедеревском санџаку (Београдском пашалуку) из предустанничког времена. Називајући оне Србе који су живели у градовима „варошанима“ („готово саме дућанџије“ и „мајстори“) истакао је, прво њихову малобројност („оно мало Срба што живе по варошима“), а затим и њихову одрођеност („будући да се турски носе и по турском обичају живе, а уз буне и ратове, или се затворе с Турцима у градове, или с новцима бјеже у Њемачку“).¹

Вукове напомене да је у варошима Београдског пашалука било врло мало Срба на почетку 19. века потврђују и неки писани документи који су нам сачувани из времена после другог устанка – о њиховој слабој насељености. Тако је Шабац, који је спадао у веће вароши, имао 1819. г. према једном попису – укупно 221 кућу са 201 фамилијом.²

Становништво вароши и градова Београдског пашалука било је углавном анационално, састављено од Турака, Цинцара, Грка, Јевреја, Јермена и других – о чему је доста писано (Петар Вулићевић, кнез Смедеревске нахије, извештава кнеза Милоша Обреновића 19. априла 1820. да су се Турци ерлије у Смедереву „узбунили и са Јеврејима склонили имовину у тврђаву;...“³ Исти кнез јавља 9. фебруара 1823. да је у Смедереву „покраден дућан једног Јеврејина“.⁴

* Проф. др Ружица Гузина (Трновче, 1911 – Београд, 1991).

** Рад је изворно објављен у Архиву за правне и друштвене науке, бр. 4/1964, стр. 339-355.

¹ Вук. Ст. Караџић: „Даница“ за 1827. годину, стр. 101-102.

² Државна архива СР Србије, КК XXXVII, Шабачка нахија, документ бр. 32.

³ *Ibid*, КК XXVII, бр. док. 60. Смедеревска нахија.

⁴ *Ibid*, бр. 164.

Међутим, овде је важно да је у градовима и варошима поред странаца било и Срба и да су они као „варошани“ имали извесну улогу у развоју српског друштва и поред пасивног држања у време устанака. А да их је било у варошима и градовима и да су имали значајнију улогу у том развоју показује и низ аутентичних података, од којих наводимо само неке:

Петар Топаловић извештава кнеза Милоша (31. августа 1819. из Крагујевца) да су варошки кнез „Веса, Коста Цинцар Стојко... Илија Крушевљанин, што је био Цукићев ортак, и Димитрић узбунили сву чаршију...“ против њега и његових момака због злоупотребе власти.⁵ Две године доцније Милосављевић Јосиф извештава кнеза Милоша из Пожаревца (1821) да је „скупу имућних трговаца препоручио да прикупе новац за позајмицу Правитељству“.⁶ Исте године и Петар Вулићевић из Паланке извештава да ће „применити налог да трговци уписују принудни зајам“.⁷ Значајно је писмо „Грађана Карановца – кнезу Милошу“ (од 31. маја 1826.) којим се ови жале на поступке кнеза Петра Цукића („Ми долу потписани приступамо вашој милости јавити, нашу тегобу коју трпимо... от кнеза Петра Цукића и његова Сима Молеровића који не пролазе уз чаршију називајући добро јутро но псујући нас и нашу трговину и називајући нас свакога скаретним именима које нам се досадило не можемо ни дућана отворити. Зато шаљемо вам у име свију нас кнеза Јанка с неколико трговаца који ће вам устмено све показати што и није за уписивање...“⁸ Писмо је, наиме, потписано од стране 50 трговаца Срба, што се види из њихових имена и надимака. Или, жалба неке Милице Миловановић из Пожаревца поводом наслеђене касапнице, коју је њен брат држао у Београду још „у Карађорђево време“.⁹

Сасвим је разумљиво, прво, да су се позајмица „за Правитељство“ и „принудни народни зајам“ могли тада затражити углавном од Срба, друго – буне против српских кнезова покретали су исто тако тада само Срби, и, треће – чаршије које се у наведеним документима помињу нису настале тек у току неколико година после другог устанка, иако

⁵ Исто, КК XV, Крагујевачка нахија, бр. 92 (Приредио: др Радосав Марковић), стр. 64, бр. 87, Београд, 1954, књ. II, св. I.

⁶ Исто, КК XXI, Пожаревачка нахија, бр. 289.

⁷ Исто, КК XXVII, Смедеревска нахија, бр. 97.

⁸ Исто, КК XXXI, бр. 207, Нахија Пожешка (Приредио: Данило Вуловић, књ. I, стр. 194-195, бр. 217, Београд, 1953.

⁹ Државна архива СР Србије, КК XXI, Пожаревачка нахија, бр. 419.

је насељавање градова српским живљем отпочело већ по престанку борбе с Турцима 1815. године.

I

О томе, пак, да су се градови насељавали и пре одређивања положаја Србије према Турској има више података.

Већ 1818. се помиње у једном извештају „градња“ дућана у Крагујевцу.¹⁰ Интересантна је, затим, наредба кнеза Милоша којом се налаже да се из села Смољница преселе сви трговци у Пожаревац, на што су Смољанчани упутили молбу кнезу Милошу (2. августа 1820) да их не пресељава. Јер, како наводе у молби, „од како је насељено село Смољинац“ у њему су „непрестано били дућани и чаршија и црква и школа“ и да „терговци што се налазе у селу“ – „нису јанције но сви овде су се изродили“ и да није у питању „један дућан или два, но имаде 20 дућана“ – „бакалнице, ту је туфегџија, бојација, мутавџија, грнчари и меане и велики терговци који марву купују...“ На писму се налазе потписи 31 житеља села Смољинца међу којима и потписи „намесника“, „малог кнеза“ и „тутора црквеног“ – с напоменом да с њима стоји „сва обштина мало и и велико сто и педесет глава“.¹¹ У другом писму извештава се кнез Милош (16. новембра 1821) да су „градиштанске дућанџије“ покуповале дућане од спахија и да су добили на њих тапије.¹² Затим, неки Коста Јовановић се обраћа кнезу Милошу с молбом (14. априла 1822) да му дозволи да отвори кафану у Крагујевцу, пошто му служба коју код њега обавља не обезбеђује довољно прихода за издржавање породице. У писму обећава да ће кафану „европејски држати“, као и да ће „чистоту не само у кафани, но и по свим собама набљудавати...“¹³ Из жалбе „Баточинаца – кнезу Милошу“ (од 11. новембра 1823) се види да су се Цинцари досељавали и тада у Србију. Наиме, домаћи трговци из Баточине моле кнеза Милоша да заштити њихове интересе угрожене од „дошљака“ Цинцара-трговаца, који су, како се у жалби наводи – „староседеоце от веће части у сваком чину превазишли“ и „погазили“.¹⁴ Једним писмом извештава се кнез Милош

¹⁰ Исто, КК XV, 38, Крагујевачка нахија (приредио: др Радосав Марковић, књ. II, свеска I, стр. 33, бр. 44, Београд, 1954).

¹¹ Државна архива СР Србије, КК XXI, Пожаревачка нахија, бр. 160.

¹² Исто, бр. 317.

¹³ Исто, КК XV, Нахија Крагујевачка, 248 (приредио: др Радосав Марковић, књ. II, св. I, стр. 179, бр. 241, Београд, 1954).

¹⁴ Исто, бр. 363, стр. 273.

(15. јула 1824) да су у Шапцу завршени седам „господарских дућана“ и да се „сада гради и кафана“ („... већ два дућана дао сам трговцима, кирију определио нисам нити умет до приспенија Гдара Јефрема определити. Још пет дућана готови су и њих ћу ово дана под кирију дати...“).¹⁵ Из једног села Јагодинске нахије јавља се кнезу Милошу (1. марта 1826) да десет момака који су „ишли којекуд“ и изучили занате моле за допуштење да „направе“ дућане и раде свој посао.¹⁶ Исто тако и Анта Протић, пошто је примио дужност „ђумрукције“ у Смедереву, извештава кнеза да су му „предати и дућани“ – на чему се захваљује.¹⁷

До интензивнијег насељавања градова долази после 1830. год, пошто је Србија добила аутономију. И о томе има више података, од којих, исто тако, наводимо само неке.

Тако се кнез Васа Поповић обраћа кнезу Милошу за „одобрење“ да сагради кућу у Карановцу¹⁸ (Карановац је тада спадао у веће вароши: 1833. помињу се 23 кафане које су држали Срби.¹⁹ Три године доцније, 1836. дају се потпунија обавештења: да има 38 плацева „под дућанима“, а 46 под „обитајелим кућама“)²⁰. Марковић Илија извештава кнеза Милоша (31. јула 1832) да је у Шапцу купио од Турака три дућана.²¹ Јелинићи – Ђорђе и Стеван – извештавају из Шапца (19. октобра 1832) да, кад је наређено ушоравање села и вароши, „почели су се отимати плацеви и градити дућани“.²² Затим се разни људи обраћају кнезу Милошу да им се уступе (у Шапцу) делови „од земљишта без сопственика“ да саграде куће, на што су уследила и одобрења кнеза Милоша да им се додели по „шест фати“ за ту потребу.²³ Једним писмом се извештава кнез Милош и о ситуацији у Ваљеву. Наиме, да је на „јунском вашару“ много робе пропало трговцима „по колибама“ због кише пошто није било дућана. Зато указују на потребу да се саграде дућани, јер, како се наводи, „сваког панађура све више трговаца с еспапима прибавља“.²⁴ Исправичелство окружја смедеревског извештава (25. децембра 1836) да треба да припреми ћерамиду за зидање

¹⁵ Државна архива СР Србије, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 100, No. 137.

¹⁶ Исто, КК XII, Нахија Јагодинска, бр. 436.

¹⁷ Исто, КК XXVII, Нахија Смедеревска, бр. 369.

¹⁸ Исто, КК XXIII, 430, Нахија Пожешка (приредио: Данило Вуловић, књ. I, бр. 299, стр. 273, Београд, 1953).

¹⁹ Исто, бр. 462, стр. 414.

²⁰ Исто, бр. 534, стр. 484.

²¹ Државна архива СР Србије, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 262.

²² Исто, бр. 422.

²³ Исто, бр. 416.

²⁴ Исто, КК IX, Нахија Ваљевска, бр. 408.

нових зграда у Смедереву.²⁵ Сам кнез Милош је задржао за себе „вакуфски плац“ да би на њему саградио дућан (и издавао под кирију) – и поред предлога Исправичелства да се плац издели мештанима.²⁶

Због насељавања неких градова и шуме су око њих брзо уништаване, на што је и кнез Милош упозораван како би предузео одговарајуће мере.²⁷ Због тога је, изгледа, убудуће била потребна и Милошева дозвола за коришћење шума. Сачувана је, наиме, његова наредба „Исправичеству окружја смедеревског“ (од 15. маја 1836) да се једном свештенику изда дозвола да насече грађу за два дућана „што жели саградити у Смедереву“.²⁸

Уз појединачна досељавања у градове и вароши било је и групних са масовним емиграцијама српског живља из Босне, као и из крајева који су после 1833. остали под Турском. У низу својих наредба нахијским и кнежинским кнезовима и војним старешинама кнез Милош даје инструкције како да се распореде и где да се населеridoшлице. Један део досељеника, у првом реду занатлије и трговци, одлазио је у вароши и варошице тада већ средишта српске администрације.

Тако Сима Радојевић извештава кнеза Милоша (21. јула 1829. из Лапова) да досељеници у Ацибеговцу (варошици), око 40 кућа, моле да им се додели друго место за насељавање, пошто вода плави крај у коме живе.²⁹ Пре тога извештавају и из Костолца 21. априла 1821. да су у овоме месту насељене 15 кућа на спахијској земљи.³⁰

Највише је породица прешло у Србију 1836. и 1837. године. И ово се потврђује низом извештаја.

Лазар Теодоровић („Полковник“) извештава кнеза Милоша (21. маја 1836) да је 87 кућа (са 674 душа) Крајишника прешло на митровачкој скели „у нашу страну тражећи покровитељство себи под скут милости ваше. Но будући да се њи много населили у Лешници то би моје мненије било да се ови новодошавши око Лознице наместе.“ На то је уследио одговор Милоша Обреновића да „...одобравамо вам, да и слободно поразмештате, где за боље нађете“.³¹ У једном писму и кнез Милош извештава Лазу Теодоровића (18. јуна 1836. из Пожаревца) да ће се из Босне „преко Цесарије“ доселити у Србију 60 породица

²⁵ Исто, КК XXVII, Нахија Смедеревска, бр. 795.

²⁶ Исто, бр. 867.

²⁷ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 809.

²⁸ Исто, КК XXVII, Нахија Смедеревска, бр. 739.

²⁹ Исто, бр. 258.

³⁰ Исто, КК, XXI, Нахија Пожаревачка, бр. 49.

³¹ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 1375.

Крајишника (са 554 душа) и да их треба прихватити и разместити дуж Дрине.³² Затим, Дринско-Савска команда из Шапца извештава кнеза Милоша (20. јуна 1836) да је у Лешници (варошици) настањено 393 за оружје способних Крајишника, као и да ће нове Крајишнике населити од Лознице па навише уз Дрину („да бар овим убојицама кордон подрински осигурамо“).³³ Како су аустријске војне власти настојале да задрже Крајишнике да не прелазе у Србију, то кнез Милош наређује војном команданту у Шапцу (25. јуна 1836) да саопшти Аустријанцима да Србија из „човечанских“ побуда прима даљих 157 породица Крајишника (са 1432 душе) да их насели.³⁴

Због велике емиграције Срба из пограничних покрајина (услед побуна турских управљача у тим покрајинама) све се више наметало питање њиховог смештаја. Из једног документа се види да су по Милошевом налогу Крајишницима команданти додељивали земљу углавном у Лешници и Лозници.³⁵

Осим Крајишника долазили су Срби и из других турских покрајина. Тако Јован Мићић („пуковник и кавалир“) доставља кнезу Милошу списак имена 516 Нововарошана пребеглих у Србију, тј. доставља „списак побеглих фамилија из Отоманског нама суседног предела како Нововарошана тако и сељака“ – првих 400 душа, а других 106.³⁶ Исто тако и Мокрогорски карантин извештава кнеза Милоша (1. септембра 1837) да је приспело 9 породица (57 душа) из Грахова у Херцеговини бежећи од насиља Али-паше Сточевића, као и да се у Контуманцу налазе и људи из Јање, Призрена и Пећи (Скадарски пашалук).³⁷

Као што се види, кнежине Јадар и Рађевина биле су највише изложене досељавању, услед буна у Босни и Херцеговини против Порте, са Лозницом и Шапцом као оријентационим тачкама.

Отварање нових дућана и проширивање „српске чаршије“ у градовима и варошима неминовно су морали изазвати и сукобе између староседелаца и досељеника. Сачувано је низ жалби упућених кнезу Милошу од стране појединих „еснафа“ да би интервенисао у њихову

³² Исто, бр. 1400.

³³ Исто, бр. 1404.

³⁴ Исто, No. 2400.

³⁵ Исто, бр. 1509, No. 3139.

³⁶ Исто, КК XXXII, Нахија Ужичка, бр. 594.

³⁷ Исто, бр. 603, No. 125.

корист. Тако „крагујевачке мумције“ моле (1819) да се забрани трговцима и другим занатлијама да праве и продају лојане свеће („...и за ови Господару што су се назвали Терговац и остали Занатлије нек не граде они свеће...“).³⁸ Затим, „еснаф бакалски и еснаф папуџиски“ упућују жалбу кнезу (1824) да би интервенисао да „сваки еснаф са своим занатом ужива“ пошто се и ова „два еснафа бакали и папуџије ни у какву трговину“ других заната „не мешају“.³⁹

И у Пожаревцу је исто тако долазило до сукоба. Тако „еснаф терзиски“ моли кнеза Милоша (11. септембра 1833) да терзије „одели од других заната“, пошто се не зна ко се све којим занатом бави, што је за њих „јадне мајсторе рувета терзиског веома штетно“. Јер, међу њима „има онакои мајстора, који никакви други занат не зна само једино терзиски, и жели да се шњиме бави и наплаћује.“⁴⁰ Из истог места и исте године и „мајстори папуџиски“ моле кнеза да „забрани трговцима трговати њиховим производима“. На то је и дошла Милошева забрана у виду препоруке преко Пожаревачког суда.⁴¹

Насупрот томе имамо молбу (1821) „претставника еснафа из Градишта“ у којој „доле потписани моле...“ да пошто су и они пренели своје дућене из села у варош, то да се дозволи да тако поступи и „Милојко трговац из Средњева“.⁴² Или молба крагујевачких „еснафа механџиског и фурунџиског“ (1823) да им се дозволи да продају месо у својим радњама – што је крњило интересе касапа.⁴³ Затим, молба „осмине“ Јевреја из Пожаревца, који су „сасвим сиротиња“ да им се смањи порез, итд.⁴⁴

Поред занатских постојали су и други еснафи (као „трговачки“), који су се у разним приликама заузимали за своје пословне пријатеље или су се тужили кнезу на конкуренте.⁴⁵ Кнез Милош је излазио у сусрет само оним захтевима који нису дирали у његове интересе. Већ је наведен пример Смољинца, чијим трговцима је наређено да се преселе у варош како би се спречила конкуренција онима из града, а и да би се само село привукло на куповину код градских трговаца. Осим тога

³⁸ Исто КК XV, 112, Крагујевачка нахија (приредио: др Радосав Марковић, бр. 105, стр. 78, Београд, 1954).

³⁹ Исто, 376, стр. 282-283.

⁴⁰ Државна архива СР Србије, КК XXI, Нахија Пожаревачка, бр. 1609.

⁴¹ Исто, бр. 1539.

⁴² Исто, бр. 270.

⁴³ Исто, КК XV, 346, Крагујевачка нахија (приредио: др Радосав Марковић, књ. II, св. I, 334, стр. 252, Београд, 1954).

⁴⁴ Исто, КК XXI, Нахија пожаревачка, бр. 1480.

⁴⁵ Исто, бр. 1129.

познате су Милошеве забране отварања дућана по селима и забрана торбарења – све из истих разлога. Да су иза тих забрана стајали варошки трговци јасно показују две молбе упућене кнезу Милошу. Прву су упутили тројица „житеља“ Великог Градишта који „у име општества Великог Градишта моле да укине три дућана која се издају под аренду у окружју пожаревачком, а наносе штету ради пазара њиховој чаршији“ (1837).⁴⁶ Другу су упутили „жители“ из Пожаревца у којој моле, исто тако у име „општества вароши Пожаревца“, да укине три дућана у срезу Млавском, јер наносе штету у „чаршији пожаревачкој.“⁴⁷

Међутим, први нови „грађани“ у варошима Београдског пашалука били су српски кнезови, нахијски и кнежински, пошто су Срби добили 1815. право да уз турске органе у нахијама „седи“ и по један српски кнез за „суђење Србима“, као и право да се у Београду оснује Српска народна канцеларија од 12 кнезова представника 12 нахија (према споразуму између Марашли-Али-Паше, београдског везира, и вође другог устанка, кнеза Милоша Обреновића). Уз кнезове долазили су њихови писари, затим војни команданти, па солдати, пандури, учитељи, лекари и други функционери.

У првим годинама по завршетку другог устанка кнезови су долазили у вароши повремено и обављали су своје дужности (пресуђивали спорове и прикупљали порез) само у одређене дане, задржавајући и даље своја седишта у селима из којих су потицали и у којима су се налазила и њихова имања.

После 1820. године, кад се отпочело с оснивањем српских магистрата у седиштима нахија, пошто су се турски органи повлачили (из Пожаревца, Смедерева, Ваљева и других места), кнезови све чешће долазе у градове и постепено зидају и своје „конаке“.

У томе је, разумљиво, предњачио кнез Милош Обреновић. Већ 1817. год. се говори о градњи његовог „конака“ у Крагујевцу (Петар Топаловић – кнезу Милошу: „...камење и креч наредио сам, и јапију дрвену наредио сам... и расположио лепо... и мајстори почеће од недеље први дан градити...“).⁴⁸ У конак се преселио 1818. задржавајући се

⁴⁶ Исто, бр. 1869.

⁴⁷ Исто, бр. 1864.

⁴⁸ Исто КК XV, 6, Крагујевачка нахија (приредио: др Радосав Марковић, бр. 11, стр. 8, књ. II, св. I, Београд, 1954).

дотле највиши у свом селу Горњем Црнућу на Руднику. Исте године (1818) изграђен је и „конак момачки“ у Крагујевцу, који је познат данас као „Амицин конак“ (тј. конак Симе Милосављевића – Паштрмца).⁴⁹

Чвршће везивање кнезова за градове и вароши настаје после 1830. год, кад је Србија добила легално право на организовање сопствене унутрашње управе – судства, војске, полиције и других установа. Кнез Милош мисли тада и на премештање своје „престонице“ у Београд. Међутим, 1831. говори само о зидању „резиденције“ у Топчидеру, што је и учињено („...решио сам с брат Јефремом... у Топчидеру место промотрити за више речени предмет...“).⁵⁰ Престоницу није преместио, али је од тада имао три седишта која је обилазио: Крагујевац, Пожаревац и Београд, односно Топчидер. Уз Милоша су и други кнезови, нахијски и кнежински, зидали своје „конеке“. За тим се указала потреба још 1820. год, кад се отпочело с оснивањем српских магистрата у седиштима нахија. У једном извештају Дринско-Савске команде кнезу Милошу наводи се да за пословање старешине среза Азбуковачког треба у Дрљачи да се сагради „кочачић“ од 3 до 4 „одаје“, коме би „принадлежило“ и 15 плугова оранице. На то је кнез Милош одговорио војном команданту (27. јуна 1836) да одобрава подизање конака и да команданти на сличан начин треба да поступи и у осталим срезевима, тј. да подижу „среске куће“.⁵¹

Организовање унутрашње управе захтевало је, међутим, нове и одговарајуће службенике. Неписмени кнезови, забављени углавном трговином, нису више могли сами да задовоље потребе разгранатије и компликованије администрације. Србија је тада била упућена на два извора за добијање кадрова: на преузимање оних који су се са стране нудили тражећи запослење и на припремање (школовање) „домаћих синова“. Коришћени су и један и други извор, о чему има доста података.

Прва могућност, тј. преузимање у службу оних који су се нудили са стране, коришћена је веома много, што је код нас на више места и посебно истицано. Због тога се од самог почетка јавља отпор међу кнезовима и трговцима против „странаца“ који угрожавају њихове позиције и позиције њихових синова.

Већ 1822. године се помиње Димитрије Давидовић, који је прешао из Аустрије и понудио се кнезу Милошу – да ту постане први

⁴⁹ Исто, бр. 55, стр. 42.

⁵⁰ Исто, КК XXIII, 459, Нахија Пожешка (приредио: Данило Вуловић, бр. 323, стр. 293, књ. I, Београд, 1953).

⁵¹ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 1410, No. 1786 и 2478.

знаменити културни и јавни радник тадање Србије. Он је, на тражење Петроварадинске генералне команде да се врати у Аустрију, одговорио да нема намеру да се враћа зато што је „Србин прави“ (што пише и на његовом гробу) и да се „не сматра више за аустријског поданика нити да се икад више вратити у Аустрију кромје везан или мртав“.⁵² На то је кнез Милош задржао Давидовића, који је тада обећао да ће остати „у кнежевој служби до краја свог живота“.⁵³ За савесно обављање дужности кнез Милош наређује (1836) да се ливаде у Годомину (својина иначе Гаје Поповића, емигранта) предају „на уживање“ – „советнику Димитрију Давидовићу“.⁵⁴ У једном извештају се јавља да су дошла два странца, од којих се један зове Вито, да је лекар, родом из Ливорна, да има 38 година, да је ступио у службу код везира, али да се нуди кнезу Милошу, код кога би радо служио (кнез га је и преузео). Други је апотекар, зове се Петар, и он би исто тако ступио у службу код кнеза.⁵⁵ У трећем извештају (из 1825) јавља се кнезу Милошу да је из Бечкерека стигао један трговац и да исто тако тражи службу.⁵⁶ Године 1834. издата је наредба да свака нахија треба да има лекара, а 1837. и економа (поводом тога јављено је кнезу Милошу да је доктор Карло Пачек „погођен“ овом наредбом и да му је плата 400 талира годишње).⁵⁷ Затим, „Суд нахије Ваљевске“ јавља да је и „доктор Делини приспео с кнежевом дозволом“, уз напомену да се општина Ваљевска састоји из 95 пореских глава и да није у могућности да сама плаћа доктора већ у „заједници са целом нахијом“.⁵⁸

Поред ових има и низ других података из којих се види да се Срби из Војводине најчешће нуде да раде као лекари, као инжењери или као чиновници у Милошевој администрацији. Да поменемо имена само неких најзначајнијих људи из тог времена: Димитрије Исаиловић, прешао у Србију 1830. и отворио у Београду прву гимназију; Петар Јовановић, дошао у Србију 1831. постао секретар кнеза Милоша, од 1833. је митрополит српски, а 1836. отвара прву богословију; Јаков Живановић, дошао у Србију 1834. и постављен за директора Кнежеве канцеларије; Коста Бранковић, дошао из Новог Сада, био професор философије у Лицеју; Гаврило Поповић, дошао у Србију одмах после

⁵² Исто, КК XXVI, бр. 46, Нахија Рудничка.

⁵³ Исто, бр. 47.

⁵⁴ Исто, КК XXVII, бр. 747, Нахија Смедеревска.

⁵⁵ Исто, КК XII, бр. 251, Нахија Јагодинска.

⁵⁶ Исто, КК XXVII, бр. 258, Нахија Смедеревска.

⁵⁷ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 679.

⁵⁸ Исто, КК IX, Нахија Ваљевска, бр. 420.

другог устанка, био професор у богословији, члан Конзисторије (Духовног суда), а затим владика у Шапцу; Петар Радовановић, прешао у Србију 1834, био професор у крагујевачкој гимназији, а затим (од 1836) постао управник свих основних школа у земљи; др Јован Стејић, прешао у Србију 1830, био лекар у Шапцу, а затим начелник санитета, и други. Већина их је са факултетском спремом, а оставили су за собом и низ писаних дела из области којима су се бавили или из српске историје (М. Д. Милићевић: Кнежевина Србија, Београд, 1876).

За време прве Милошеве владе враћали су се и емигранти из Војводине, Румуније и Русије – познате личности из првог устанка. Тако Стефан Стефановић – Тенка извештава Милоша (8 јуна 1831. из Пореча) да је стигло из Русије 150 емиграната са намером да пређу у Србију. Међу њима помиње: Александра Карађорђевића, Јакова Ненадовића, Антонија Пљакића, Поп-Луку Лазаревића, Јанићија Ђурића, Чолак-Анту и друге.⁵⁹ Другом приликом извештава да је на границу прispела (5. септембра 1831) и удова Стамена, кћи Карађорђева.⁶⁰ Затим се у једном извештају помиње и долазак Цинцар-Јанка са породицом.⁶¹ Сви ови емигранти, односно они којима је дозвољен прелазак у Србију „отпремљени“ су у градове и примљени у службу уколико су били способни за рад (Карађорђева кћи (а 1832. и син) је смештена у Пожаревцу.⁶² У једном извештају Стефановић спомиње кнезу Милошу да би се Чарапић, по кнежевом налогу, оженио Карађорђевом ћерком, али да не може да издржава њено двоје и своје четворо деце).⁶³

Друга могућност коришћена је од самога почетка. У низу својих писама нахијским кнезовима и војним старешинама кнез Милош тражи да му се пошаљу младићи који би се припремили за државну службу, а од 1825. године, тј. од „Ђакове буне“ и за попуњавање „регуларне војске“ на коју би се „државна власт“ могла ослонити у случају избијања нових побуна. При томе је у наредбама увек сугерирано да се младићи одабирају из „бољих“ и „задружних кућа“. Ови младићи пресељавали би се у вароши да доцније служе и „под платом“.

Једна Милошева наредба (из 1825), која је саопштена кметовима и народу, налаже да се „истакнути“ људи предложе кнезу за „часнике

⁵⁹ Исто, КК XXI, бр. 1188, Нахија Пожаревачка.

⁶⁰ Исто, бр. 1244.

⁶¹ Исто, бр. 1248.

⁶² Исто, бр. 1251 и бр. 1422.

⁶³ Исто, бр. 1256.

и коца-баше“.⁶⁴ У другој наредби се заповеда да се „кућама отпуштени солдати упражњавају у наукама при овдашњи учитеља“.⁶⁵

Из једног писма кнезу Милошу (од 26. октобра 1830. године) види се чија су се деца одабирала за школовање: „из високопочитајемог писма Вашег Сијателства од 29. о. м. Но 1741. у призренију 5 или 6 деце који ћеду Велику школу у Крагујевцу учити, што нам пишете да их пошаљем, Ја по височајшој заповести Вашој ето их пошаљем од којих је први мој син (Јованче Спасића, кнеза), Стефан, 2-ги кнез-Савин син, Јован, 3-ћи кнеза Пере син, Георгије, 4-ти попа Илије син, Стојан, 5-ти Јанка Николића, Коста, 6-ти Настаса Филиповића, Анђелко, препоручујући с бољшој милост сцелованијем.“ („П.П. у прилогу овој при закљученију п. Сего шиљем и овог 7-ог, Николу, кнеза Јанађија Милијановића сина да је и он у тому способан“).⁶⁶ Затим, Ђорђе Спасић моли да се његовом сину практиканту суда у Смедереву, кога је суд народни са осталим практикантима одредио да се даље школује у Великој школи у Крагујевцу, додели помоћ.⁶⁷

Значајна је и друга наредба кнеза Милоша упућена нахијским судовима да у договору са капетанима изаберу младиће за „кнежеву гарду“ у Крагујевцу. У наредби се тражи да ови буду неожењени, лепи, здрави и из најугледнијих кућа. У наредби се наводи да народу треба објаснити да је „част“ бити примљен у гарду и да ће од гардиста после постати „први чиновници“⁶⁸ (Из једног писма се види на који је начин гарда снабдевана: наиме, Јефрем Ненадовић извештава кнеза Милоша да свештенство, капетани, заседатељи суда, кметови и трговци нахије Ваљевске шаљу на дар 24 коња за „новоустројену“ кнежеву коњичку гарду).⁶⁹ После ове дошло је и низ сличних наредаба, посебно после 183. године, а нарочито у време немира у Босни, кад је требало обезбедити границу од упада побуњених Турака. (Исправичелство окружја Смедеревског извештава кнеза Милоша 10. јуна 1836. да је изабрано пет варошких момака који читати и писати знају да их срески старешина, Јованча Спасић, упуту у Пожаревац на артиљеријску обуку.)⁷⁰

Из ових података се види да су углавном на школовање – или у службу – упућивани синови имућнијих људи, као и оних који су се

⁶⁴ Исто, КК, XXVI, бр. 101, Нахија Рудничка.

⁶⁵ Исто, КК, XXVII, бр. 425, Нахија Смедеревска.

⁶⁶ Исто, бр. 447.

⁶⁷ Исто, бр. 675.

⁶⁸ Исто, КК XXV, бр. 30, Расписи и објаве.

⁶⁹ Исто, КК IX, бр. 306, Нахија Ваљевска.

⁷⁰ Исто, КК XXVII, Нахија Смедеревска (10. јуни 1836, Смедерево).

налазили на власти. Тако се у једном извештају наводи да је син кнеза Марка Штитарца одлично свршио „Шабачко училиште“, те да се стога препоручује за практиканта „Исправичелства шабачког“.⁷¹ Овај начин одабирања кадрова за државне службенике и за кнежеву гарду наметао је сам кнез Милош. Онамо где се није поступало по његовој наредби стављане су примедбе. Тако се пребацује Штулу Павлу, потпуковнику, што једног од својих синова није дао у гарду „те би могао сад Ваше место заступати“ (пошто је Штуле болестан).⁷²

Поред школовања „у гарди“ или Великој школи у Крагујевцу упућивани су, нешто доцније, младићи и у иностранство. То се види из молбе проте Јована Павловића, коју је Дринско-Савска команда доставила кнезу Милошу, а у којој прота моли да му се син, који се налази у четвртом разреду „латинске школе“ у Карловцима, уврсти у питомце („њих 20“) који ће у Саксонији изучавати „рударске науке“.⁷³ Са сличном молбом обратио се и Павле Богдановић, (1837) – „имајући најмлађег сина у гимназији крагујевачкој“ да се и он са осталима у Саксонију ради рудокопне науке пошаље...“⁷⁴

Интересантни су, међутим, подаци о школама и учитељима у којима су се учили „домаћи синови“. У једном извештају од 1818. године „општество Пореча“ извештава да је школа саграђена и да је погођен учитељ за 500 гроша годишње. У другом извештају (од 12. априла 1821) извештава се да село Бачина има 12 ђака, који до сада „ни паре нису дали“ за учитеља. Једино је од кнеза Милете добио 30 гроша, те зато учитељ моли „да му израде другу службу.“ Истовремено моли да му се пошаљу новине „јер је осамљен као у Сибиру“.⁷⁵ Из самог Пожаревца учитељ Стојановић Андреј извештава Милоша (23. септембра 1826) да од ученика школарину не прима уредно, да му магистрат није платио 150 гроша за сиромашне ученике и да школа не добија довољно дрва за огрев.⁷⁶ Исти учитељ накнадно извештава (исте године) да се после одлуке да варош плаћа учитеља број ђака удвостручио (на 60) и да толики број тешко може сам да учи.⁷⁷ Дринско-Савска команда извештава да учитељ из села Шабачког и Ваљевског окружја немају у школама ђака те зато не примају плату, а школске зграде пропадају.

⁷¹ Исто, КК XXXVII, бр. 1502, Нахија Шабачка.

⁷² Исто, КК XXXII, бр. 539, Нахија Ужичка.

⁷³ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 1688.

⁷⁴ Исто, КК XXI, Нахија Пожаревачка, бр. 1916.

⁷⁵ Исто, КК XII, бр. 107, Нахија Јагодинска.

⁷⁶ Исто, КК XXI, бр. 543, Нахија Пожаревачка.

⁷⁷ Исто, бр. 550.

Отуд препоручује да се о празницима скупљају прилози у црквама за школе како би се из тих прилога плаћали учитељи и помагали сиромашни ђаци.⁷⁸ Најтежи је извештај Обрадовић Адама („учитељ I-ве гимназијалне класе, канцелар просвештенија и санитета“), који наводи да је успех ученика „веома слаб“, да је школски дом „у најхуђем стању“, да „нема ни пенцера ни фуруне“, да „никакве потребе школске у њему не наводи се“, да учитељ с породицом „у школској соби са ученицима заједно обитава“, и да је „учитељ с неколико ученика у најгорем стању да грђе бити не може“.⁷⁹

II

Интензивније насељавање Србије наметало је истовремено потребу за ушоравањем села и регулисањем градских насеља. Како је Мачва била највише изложена емиграцијама са стране, то се са мачванским насељима и најпре отпочело, о чему има доста података. Већ је раније поменуто да су Крајишници углавном населили Лешницу, те се у једном извештају Дринско-Савске команде и помиње (20. августа 1835) да ће се са инжењерима изградити план ове вароши,⁸⁰ односно да ће у Лешници „по регулационом плану приватници градити куће“.⁸¹ Међутим, да би се Лешница регулисала, требало је решити претходно питање турских кућа. Због тога, Дринско-Савска команда пита Милоша Обреновића да ли да се и турске куће преместе „на линију шора“, на што је Милош одговорио да дозвољава да се турске куће пренесу према регулационом плану за Лешницу⁸² (Лешница је данас село у Мачви на главном путу од Шапца према Лозници, (а била је лепа варошица, која је спаљена од Немаца за време НОБ-е, али може се уочити да је насеље постављено „по плану“, пошто се види један мали центар са бољим кућама и од тврђег материјала, од кога су правилно просечене споредне улице, поплочане „турском калдрмом“)).

Затим, има података и о подизању Љубовије. Из исте команде се извештава да су „контуманска зданија“ завршена и да су готове и чиновничка кућа, као и „меана“.⁸³

⁷⁸ Исто, КК XXXVII, бр. 1147, Нахија Шабачка.

⁷⁹ Исто, 1816 в. („Изасланички извештај“).

⁸⁰ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 1161, No. 631.

⁸¹ Исто, бр. 1215, No, 925.

⁸² Исто, бр. 1643, No, 270.

⁸³ Исто, бр. 1701.

Како се и Шабац брзо насељавао, то се истовремено поставило питање и регулисања ове вароши. Има података, прво, о забрани Србима да граде куће на Баиру код Шапца, пошто је предвиђено да се тај део регулише кад се Турци одатле иселе.⁸⁴ Затим, пошто се становништво Шапца утростручило до 1836. године (од 1819, кад је поменути попис извршен) – то се поставило питање и одређивања његових граница. Зато се у једној наредби кнеза Милоша поставља да „грунт шабачки“ припада вароши. На то је Дринско-Савска команда упутила питање кнезу Милошу – „оће ли сав грунт шабачки придодати житељима“ чији је број износио сада 618.⁸⁵ На крају, да не би било више нерашчишћених питања око Шапца децембра месеца 1836. године образована је „Књажевска комисија“ (кнеза Милоша) која је одредила „атар шабачки“ по казивању „старих Турака и Срба“.⁸⁶ Тада су поново издата упутства да се сва села у Мачви ушоре, што је и учињено, а 10. фебруара 1836. саопштава иста команда да је Шабачка варош ушорена „по укусу европејском“.⁸⁷

Са насељавањем Мачве требало је решити и питање исељавања Турака, којих је било и у варошима и у селима. То питање се нарочито заострило после Хатишерифа од 1833. године, кад је одређено да се сви Турци иселе из Србије, осим војних посада у градовима. Али, како су Турци имали своје куће и приватна имања, са њиховим исељавањем није ишло лако. Има података да је долазило до спора између босанских управљача и кнеза Милоша, који је настојао да их исели најхитније бар из оних крајева изложених емиграцијама, а то значи из пограничних према Босни. У једном писму Томе Вучића-Перишића и Теодоровића Лазара („попечитељи“) извештава се да се не дирају лознички Турци.⁸⁸ На то је кнез Милош издао наредбу да се лешнички Турци „одмах иселе“ и то силом, а да се лозничким Турцима допусти да се поступно исељавају.⁸⁹

Осим Мачве радило се на уређењу и других крајева и вароши. Тако се у једној наредби Петра Вулићевића, кнеза Смедеревске нахије, забрањује Србима („Смедеревцима“) да се исељавају изван вароши.⁹⁰ Затим се потврђује обавештење дато од стране кнеза Милоша да

⁸⁴ Исто, бр. 1282, No, 452.

⁸⁵ Исто, бр. 1334, No, 1354/56.

⁸⁶ Исто, бр. 871.

⁸⁷ Исто, бр. 1275.

⁸⁸ Исто, бр. 726.

⁸⁹ Исто, бр. 730, No, 2424.

⁹⁰ Исто, бр. 94.

старешина среза моравског округа пожаревачког треба да припреми ћерамиду за нове зграде у Смедереву.⁹¹

Има података и о уређењу Јагодине: Алекса Симић извештава кнеза Милоша да је пошао са инжењером по граду и околини и „изабрао место за чаршију“ и одредио „четири главна сокака и место за пијацу“. Истовремено напомиње да ће инжењер самом кнезу Милошу предати план града кад га заврши.⁹² Како је тешко ишло са радовима на овом пројекту, Милета Радојковић извештава кнеза Милоша (17. новембра 1834) да, иако су Симић и он измерили „и пресекли“ куће на местима на којима треба да буде чаршија, људи из поменутих кукћа нису се иселили. Због тога се обраћају кнезу Милошу да он изда наредбу о исељавању како би се план уређења града спровео.⁹³

Поред регулисања и ушоравања градова, у време које описујемо настале су и неке нове вароши. Као пример може послужити формирање Милановца (данас Доњег Милановца) на Дунаву. Наиме, 1832. издата је наредба да се становници Пореча преселе на место данашњег поменутог града. Тим поводом, Стефановић Стефан-Тенка извештава кнеза Милоша да се Поречани већ пресељавају у куће и дућане у новом „планском“ насељу и да су насеље назвали Милановац. На то је кнез Милош одговорио да одобрава да се ново насеље назове Милановац, по престолонаследнику, кнежевићу Милану, који тим поводом даје 10.000 гроша као свој дар сиромашним Поречанима за изградњу кућа и дућана (Стефановић: „Ја се овди находим у посленију новом стављајући у поредак куће и дућане на начин послатог плана мога Вашој светлости, и да се већ од две недеље исељавати људи почели, и када би још довољно мајстора имали, Божјом помоћу сви би се до зиме усељили. Посленије ово ново немајући свог имена право, зато у договору с кметови моји закључили смо посветити насеље наше имену наследственом књазу нашем и прозвати Милановцем, у пуној надежди, да ће нам овој сердачној жељи Ваша светлост милостивом благонаклоношћу одговорити“.⁹⁴ Затим је уследило (15. маја 1832) – „Означеније Житеља Милановачких којима се је из величајше Милости Младога Нашег Наследственог Књаза Сербског Милана Обреновића послати у помоћ 10.000 грош, за преселеније из Пореча у Милановац по размотренију стања њиховог разделио“. Истовремено је достављен списак житеља

⁹¹ Исто, КК XXVII, Нахија Смедеревска, бр. 795.

⁹² Исто, КК XII, Нахија Јагодинска, бр. 707.

⁹³ Исто, бр. 782.

⁹⁴ Исто, КК XXI, бр. 1362.

и удовица (укупно 104) којима је издата помоћ из поменуте суме, и то од 20 до 140 гроша, према оцени потреба.⁹⁵ Две године доцније, наводи се у једном извештају да је Аврам Петронијевић, долазећи у Милановац, обишао „гарде“, изградњу цркве и истовремено одредио локацију за подизање магазе у којој ће се солити риба, пошто је у овом крају било развијено и рибарство на Дунаву. Наредно је затим да се о свему детаљно извести Милош Обреновић на првој скупштини која се буде држала у Крагујевцу.⁹⁶

Уз нове вароши и нека већа села проглашавана су за варошице већ тада. Друга су подизана на степен административних центара. Тако се из једног извештаја види: да је „...народ радостан што се за нахију рудничку установљава магистрат у Брусници...“⁹⁷

Међу варошима најбрже су се подизали Шабац, Крагујевац и Пожаревац.

Шабац је и пре и после устанака био једно од најпрометнијих места у Србији. Нарочито трговина стоком најбрже се вршила преко овог места због његовог положаја према Босни и Војводини, односно према Аустрији. Сачувано је доста података о трговачком промету и о улози коју је Шабац имао у време прве Милошеве владе.

У Шапцу је „заседавао“ и „господар“ Јефрем Обреновић, млађи брат кнеза Милоша (једно време и командант Мачве). Он је давао тон начину живота најимућнијих грађана Шапца настојећи да прво своју кућу („двор“, „конак“) „европеизира“. Познат је податак да су у Србији први кревет и клавир купљени за његову ћерку. У Шапцу су настајала и прва „права српска господа“ – трговци, велепоседници и индустријалци. Тако Тома Вучић-Перишић извештава кнеза Милоша (22. марта 1832) да је „у својству надзиратеља над солдатима шабачке и ваљевске нахије“ сместио „квартирне солдате“ по кућама „отмени варошана“.⁹⁸

Крагујевац је напредовао нешто брже, као главни административни и политички центар. Ту су основане прве јавне установе: Кнежева канцеларија, Велики народни суд, војне установе, Велика школа (Лицеј), прво позориште, штампарија, болница и друго. Прва индустрија тако исто настала је у Крагујевцу (индустрија оружја). Једним расписом који је упућен капетанима у Жабарима, у Крагујевцу, у Левчи, као и Јовану Обреновићу, господару Рудничке нахије, кнез Милош

⁹⁵ Исто, бр. 1373.

⁹⁶ Исто, бр. 1670.

⁹⁷ Исто, КК XXVI, Нахија Рудничка, бр. 94 (од 9. децембра 1824).

⁹⁸ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 220.

тражи да се нареди припремање грађе („потребна јапија“), која треба да се смести у Крагујевцу („преда Сими Паштрмцу“) – пошто намерава „градити велике касарне и шпитаљ за војнике“.⁹⁹

Успостављање надлештава и стајаће војске наметали су стварање чиновничког апарата, као и повећање броја радника. У једном писму Јакова Јакшића књазу Милошу (1827) извештава се да је приспео и „други транспорт снајдера... из Београда... и поравнали су се за рад... капа, рекла, прслука и чакшира“ за војнике. У писму се наводи под којим условима и по коју цену ће се обавити преузети посао.¹⁰⁰

Пожаревац, мада повремено седиште врховног кнеза, израстао је на сличан начин као Шабац. И у њему се водила жива трговина стоком и подизали занати. И у Пожаревцу, као и у Шапцу, настале су многе имућне породице чији су чланови учествовали и доцније у привредном развоју земље. Пожаревачка „Табачка чаршија“, знатно проширена после устанака досељавањем Срба са села, задржала је своје дућане све до пре неколико година, кад су се изградиле вишеспратнице на истом месту, у истој улици. Приземне куће темељно грађене и са китњастим горњим деловима фасада и данас уоквирују главни центар Пожаревца настао у то време.

Београд се изграђивао нешто спорије пре Хатишерифа и то због тога што је остао седиште везира и турске администрације. Тек кад се решило питање положаја Србије према Порти 1830, на Београд се почело мислити као на будућу сталну престоницу, на што указује и зидање конака у Топчидеру. Осим тога, једна наредба кнеза Милоша упућена Степану Стојановићу, пуковнику и војном команданту Подунавско-Гимочком, затим Јагодинском, Ћупријском и Крушевачком суду, као и Анђелку Јовановићу, параћинском капетану, то и показује. Наиме, како се у наредби наводи, да би се у Београду могло наставити „зидање државних зграда“, потребно је ангажовати већи број кола за превлачење камена. Зато је било потребно да се по свим окрузима учини „расположеније за кола“.¹⁰¹

Од Хатишерифа Београд се подизао брже од осталих градова. Заслуга је и кнеза Милоша што су неке улице просечене, друге регулисане и проширене. Данашња улица Милоша Великог (Милошева) просечена је у његово време.

⁹⁹ Исто, КК XXVI, Нахија Рудничка, бр. 253.

¹⁰⁰ Исто, КК XV, Нахија Крагујевачка, бр. 698.

¹⁰¹ Исто, КК XII, Нахија Јагодинска, бр. 803.

Попуњавање вароши и градова српским живљем омогућио је капитал стечен у трговини. Први државни службеници, нахијски и кнежински кнезови и сеоски кметови, на челу са врховним кнезом, предњачили су у стицању новца. После другог устанка трговина стоком се нагло развијала, о чему има много података међу сачуваним документима. Већ 1820. године помиње се „компанија марвених трговаца Васе Протића и Мијата Георгијевића“ у Раму.¹⁰² У једном писму Марковић Коце и „још 6 трговаца“ кнезу Милошу ови се обавезују за своје калаузе, тј. да ће платити цену свиња коју су ови уговорили и моле да им се изда „по 3 печата“ (калауске дозволе), као и да им се допусти да на свакој дунавској скели могу обављати трговачке послове.¹⁰³ У другом писму „компанија марвених трговаца“ моли кнеза Милоша (1823) да се сложи да и њени оргаци могу продавати стоку „цесарским трговцима – купцима“ на скели.¹⁰⁴ Из Шапца извештавају кнеза Милоша (Михајловић и Симић 23. децембра 1824) – да су основали „компанију“ за трговање стоком и да су примили у ортаклук 13 сељака – трговаца из Шабачке, Ваљевске, Рудничке и Пожешке нахије, као и да се обавезују „један за другог као главни оргаци, тако да и за млађе... штету компаније чланови добри буду“.¹⁰⁵

Неки извештаји указују и која су средства коришћена за исхрану свиња. Тако суд Нахије Ваљевске обавештава кнеза Милоша да је марвени трговац Петар Ђуковић из Табановића откупио „десетерачки кукуруз из 17 села“, да у обору храни 360 свиња, те зато моли да откупи десетак „још из 9 села“.¹⁰⁶

У трговини стоком највише је зарадио, разумљиво, кнез Милош Обреновић, користећи се својим политичким позицијама и неограниченом влашћу коју је тада имао. И сами нахијски кнезови, поред других дужности и своје личне трговине, морали су продавати и његове свиње, храњене под њиховом контролом, кукурузом од спахијског десетка (чије је скупљање закупио одмах после устанка), као и жиром из „заграђених лугова“ и „планина“. Осим тога, да би спречио већу конкуренцију, издавао је „препоруке“ које су ишле потпуно њему у корист. Сачувана је једна препорука од 21. новембра 1831. године, која гласи: „Препоручујем вам да од дана примитка овог писма не превозите

¹⁰² Исто, КК XXI, Пожаревачка нахија, бр. 139.

¹⁰³ Исто, бр. 324.

¹⁰⁴ Исто, бр. 417.

¹⁰⁵ Исто, КК XXXVII, Нахија Шабачка, бр. 112.

¹⁰⁶ Исто, КК IX, Нахија Ваљевска, бр. 295.

свиње ниједнога нашег трговца у Цесарију, осим који би вам показао писмо моје на то. И сваком трговцу који вам дође на скелу, закажите, да се ниједном не дозвољава продавати више у Цесарију мршаве и нерањене свиње, но сваки да дође овамо и мени да му дадем десетерачка кукуруза, да израни свиње своје.¹⁰⁷ Из ове препоруке се види да је Милош не само монополисао спољну трговину већ је обезбеђивао продају претеклог кукуруза скупљеног од десетка оним трговцима који су и сами трговали стоком. За потврду овога наводимо неколико података: Михајло Савић-Гарашанин извештава кнеза Милоша из Остружнице (1835) да је продато 3160 свиња („из жира цветовца“) и 1600 (из „стублинског луга“), а да се у „калинском лугу“ и у Мачви налазе – у првом 1330, а у Мачви 350 „комада“ свиња.¹⁰⁸ У другом извештају (такође Гарашаниновом) саопштава се да је 900 непродатих свиња упућено „у Ђур на вашар“ и још 600 да се налазе „на храни“ у Панчеву.¹⁰⁹

Осим на продаји марве зарађивало се и на другим пословима: на шишаркама, на довозу соли, на препродаји грађе, као и других производа. Из једног писма упућеног кнезу Милошу види се да се по некој ранијој „уредби“ право закупљивања шишарки издавало под закуп „на дражби“. Међутим, по „новој уредби“, „Правитељство“ откупљује сву шишарку, па је потом продаје по 8 пари оку“. Против тога су се бунили трговци који су пре нове уредбе капарисали шишарку (70.000 ока), јер су њом оштећени. Разуме се да су се иза „Правитељства“ крила настојања Милоша Обреновића да и остале уносне изворе прихода преузме од других трговаца.

Важну ставку у богаћењу појединаца – нарочито кнезова и оних који су с њима били у ортаклуку – представљало је захватање у „земље без сопственика“ (дотле општенародни фонд) или просто отимање туђих имања. У једном писму извештава кнеза Милоша Живко Шокарац (27. априла 1823. из Опарића) – да у току насељавања придошлица није могао населити неког Јована, јер, наводно, није више било места. Наиме, хтео је да га насели у Рековцу и није успео, пошто су ту „сву баштину поделиле газде међу собом“.¹¹⁰

Да је „газда“ било тада у Србији потврђује се низом извештаја. Да поменемо поново извештај Петра Вулићевића, који пише у Крагујевац (13. септембра 1821. из Паланке) да ће применити дати налог да

¹⁰⁷ Исто, КК XXV – Расписи и објаве, бр. 23, од 21. септембра 1831.

¹⁰⁸ Исто, КК IV, Нахија Београдска, бр. 769.

¹⁰⁹ Исто, бр. 777.

¹¹⁰ Исто, КК XII, Нахија Јагодинска, бр. 249.

„трговци уписују принудни народни зајам“.¹¹¹ Или, други извештај, из Јагодине (1823), у коме се наводи да ће „милостињу“ дати „трговци и остали имућни“ из ове вароши – укупно 4.500 гроша.¹¹²

Трговци и кнезови новцем стеченим у трговини подизали су куће и дућане у градовима и варошима, док су се њихови синови школовали о сопственом или о државном трошку у земљи и у иностранству за одређене службе и високе положаје. И они и други досељеници направили су у варошима спој са староседеоцима, са затеченом „балканском чаршијом“ (претежно са Цинцарима и Грцима) – женидбеним и пословним везама. У том споју постепено су градски начин привређивања, градски менталитет, градске навике и начин живота пренети и на досељенике. Удружени капитали повећавани даљим разграњавањем трговачких мрежа у земљи и ван земље омогућили су им и позиције водећих личности у политичком, привредном и културном развоју своје земље. Многе породице које су давале Србији у 19. и 19. веку истакнуте политичаре, књижевнике и новинаре имале су за претке свињарске трговце из Милошевог времена, затим кнезове (нахијске, кнежинске и сеоске), прве учитеље, професоре, лекаре, инжењере, апотекаре и друге досељенике из Војводине. Неки од њих су раније поменути, а потомци им и данас живе углавном у Београду, где раде најчешће у културним и другим установама (на Универзитету, у позориштима, као музичари, сликари, итд).

Ружица Гузина, 1964.

ПРИЛОГ¹¹³

КК XXXVII Нахија Шабачка, број 1610.

13. фебруар 1837, Шабац

Но 14

Јованча Спасић, командант Дринско-Савски, кнезу Милошу Обреновићу, Крагујевац:

Лазар Теодоровић предао му је по приложеном списку кнежев конак са стварима у њему („списак ствари налазећи се у конаку господарском у Шабцу“).

„У оцаклији:

¹¹¹ Исто, КК XXVII, Нахија Смедеревска, бр. 97.

¹¹² Исто, КК XII, Нахија Јагодинска, бр. 264.

¹¹³ Прилог се додаје да би се видело како је био намештен један од конака „првог грађанина“ Србије.

12 јастука црвени, пуни с вуном
1 ћилим савчојски
3 чоје црвене
3 шилтета пуна
3 мала јастучета
6 фиранги од којих су 2 с францлом
3 миндера напуњена

У соби горњој:

10 јастука плаветних с вуном
2 чое
1 шилте
1 мали јастучић
1 ћилим
1 черга

У доњој соби:

1 черга
3 чое
12 јастука памучних напуњених с вуном“

У магази је означена муниција – пушчани фишеци, куршуми, бурад с барутом и друго.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Радови у часопису *Архив за правне и друштвене науке* се објављују на српском језику и ћириличком писму или енглеском језику.

Часопис се објављује четири пута годишње. Исти аутор не може да објави рад у два узастопна броја часописа, без обзира да ли је реч о самосталном или коауторском раду.

Аутори су у обавези да приликом слања радова доставе потписану и скенирану изјаву да рад није претходно објављен, односно да није реч о аутоплагијату или плагијату. Образац изјаве може се преузети са интернет странице часописа: <https://www.ips.ac.rs/casopis.php?id=6>

Радове за издање часописа на енглеском језику слати на имејл-адресу: **arhiv@ips.ac.rs**

Научни чланак може имати највише **40.000 карактера** са размацима, укључујући фусноте. Приликом бројања карактера изоставити списак референци.

Приликом провере броја карактера користити опцију *Review/Word Count/Character (with spaces)* уз активiranу опцију *Include textboxes, footnotes and endnotes*.

ФОРМАТИРАЊЕ ТЕКСТА

Текст рада обрадити у програму *Word*, на следећи начин:

- величина странице: A4;
- маргине: *Normal* 2,5 cm;
- проред између редова у тексту: 1,5;
- проред између редова у фуснотама: 1;
- величина слова у наслову: 14 pt;
- величина слова у поднасловима: 12 pt;
- величина слова у тексту: 12 pt;
- величина слова у фуснотама: 10 pt;
- величина слова за табеле, графиконе и слике: 10 pt;
- увлачење првог реда пасуса
- поравнање текста: *Justify*;
- не преламати речи ручно уношењем цртица за наставак речи у наредном реду;
- сачувати рад у формату .doc.

Примена правописних правила

Радове ускладити са *Правописом српског језика* у издању Матице српске из 2010. године или из каснијих издања.

Посебну пажњу обратити на следеће:

- Приликом првог навођења **транскрибованих страних имена** и израза у загради поред навести и њихове облике на изворном језику у курзиву (*italic*), нпр: Њујорк Тајмс (*The New York Times*), Алексис де Токвил (*Alexis de Tocqueville*).
- Поједине **општепознате стране изразе** писати само на изворном језику у курзиву, нпр. *de iure, de facto, a priori, sui generis* итд.
- За навођење израза или цитирања на српском језику користити наводнике који су својствени српском језику („**A**“), а за навођење или цитирање на енглеском или другом страном језику користити наводнике који су својствени том језику (“**A**”).
- **Угластом заградом** [] означавати: 1) сопствени текст који се умеће у туђи текст; или 2) текст који се умеће у текст који је већ омеђен облом заградом.
- **Црту** писати са размаком пре и после или без размака, никако са размаком само пре или само после.
- За наглашавање појединих речи не користити подебљана слова (**bold**), нити подвучена слова (underline) већ искључиво курзив (*italic*) или наводнике и полунаводнике (‘**A**’ на енглеском језику).

У тексту је могуће користити највише три нивоа подналова, на следећи начин:

1. ПОДНАСЛОВ ПРВОГ НИВОА

1.1. Поднаслов другог нивоа

1.1.1. Поднаслов трећег нивоа

Научни чланак форматирају на следећи начин:

*Име и ПРЕЗИМЕ првог аутора**
Установа запослења

* Фуснота: афилијација, имејл-адреса и ORCID број аутора.

*Име и ПРЕЗИМЕ другог аутора***
Установа запослења

** Фуснота: афилијација, имејл-адреса и ORCID број аутора.

НАСЛОВ РАДА***

*** Фуснота: По потреби, навести један од следећих (или сличних) података: 1) назив и број пројекта у оквиру кога је чланак написан; 2) да је рад претходно изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом; или 3) да је истраживање које је представљено у раду спроведено за потребе израде докторске дисертације аутора.

Сажетак

Сажетак, обима од 100 до 200 речи, садржи предмет, циљ, коришћени теоријско - методолошки приступ, резултате и закључке рада.

Кључне речи: Испод текста сажетка навести од пет до десет кључних речи.

На крају рада, након списка коришћене литературе, навести име и презиме аутора, наслов рада, сажетак и кључне речи на енглеском језику на следећи начин:

| |
|---------------|
| First Author |
| Second Author |
| TITLE |
| Resume |
| Keywords: |

НАЧИН ЦИТИРАЊА

Часопис *Архив за правне и друштвене науке* користи делимично модификовани Чикаго стил цитирања, што подразумева навођење библиографске парентезе (заграде) по систему аутор–датум у тексту, као и списак референци са пуним библиографским подацима након текста рада.

Библиографска парентеза се по правилу наводи на крају реченице, пре интерпункцијског знака, и садржи презиме аутора, годину објављивања и одговарајући број страна, према следећем примеру: (Шарчевић 2023, 15).

Када се у једној парантези наводи више аутора, референце одвојити тачком и зарезом: (Пашић 1958; Јовановић 2015)

Када се у једној парантези наводи више дела истог аутора, навести презиме аутора, а затим године издања различитих референци по редоследу од најраније до најновије и одвојити их зарезом, односно тачком и зарезом када се наводи број страна: (Степић 2012, 2015) или (Степић 2012, 30; 2015, 69)

Податке у библиографској парантези и списку референци навести на језику и писму на коме је референца објављена. У наставку се налазе правила и примери навођења библиографских података у списку референци и у тексту.

Монографија

Један аутор – Презиме, име. Година издања. *Наслов*. Место издања: издавач.

- Петров, Владан. 2007. *Енглески устав*. Београд: Службени гласник.
(Петров 2007)
- Loewenstein, Karl. 1965. *Political Power and the Governmental Process*. New York: University of Chicago Press.
(Loewenstein 1965)

Два аутора – Презиме, име и презиме, име. Година издања. *Наслов*. Место издања: издавач.

- Илић Попов, Гордана и Павловић, Ђорђе. 2003. *Лексикон јавних финансија*. Београд: Завод за унапређење и рентабилност пословања.
(Илић Попов и Павловић 2003)
- Craig, Paul & De Búrca, Gráinne. 2020. *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/he/9780198856641.001.0001>
(Craig & De Búrca 2020)

Три аутора – Презиме, име, презиме, име и презиме, име. Година издања. *Наслов*. Место издања: издавач.

- Jansky, Libor, Murakami, Masahiro & Pachova, Nevelina. 2004. *The Danube: Environmental monitoring of an international river*. Tokyo: United Nations University Press.
(Jansky, Murakami & Pachova 2004)

Више од три аутора – Презиме, име, презиме, име, презиме, име и презиме, име. Година издања. *Наслов*. Место издања: издавач. Приликом парантези навести првог аутора и ставити скраћеницу „и др.” када је у питању извор на српском, односно “et al.” када је у питању извор на енглеском језику.

- Милисављевић, Бојан, Варинац, Саша, Литричин, Александра, Јовановић, Андријана и Благојевић, Бранимир. 2017. *Коментар Закона о јавно-приватном партнерству и*

концесијама: према стању законодавства од 7. јануара 2017. године. Београд: Службени гласник и Правни факултет.

(Милисављевић и др. 2017)

Поглавље у зборнику

Презиме, име. Година издања. „Наслов поглавља”. У име и презиме (ур.), *Наслов* (број страна на којима се налази поглавље). Место издања: издавач.

- Јовановић, Милан и Вучићевић, Душан. 2020. „Избори за народне посланике Народне скупштине Републике Србије 1990 - 2020”. У Милан Јовановић и Душан Вучићевић (ур.), *Како, кога и зашто смо бирали: Избори у Србији 1990–2020. године* (стр. 583–646). Београд: Институт за политичке студије и ЈП „Службени гласник“.

(Јовановић и Вучићевић 2020)

- Lindahl, Hans. 2006. “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”. In Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism* (pp. 9–24). Oxford: Oxford University Press.

(Lindahl 2006)

Чланак у научном часопису

Презиме, име. Година издања. Наслов чланка. *Наслов часописа*, волумен (број), број страна на којима се налази чланак. DOI број.

- Јовановић, Милан. 2019. Право на политичко удруживање и оснивање политичких странака у Србији – проблеми и дилеме. *Архив за правне и друштвене науке*, 114 (1-2), стр. 31–51. doi: <https://doi.org/10.22182/apdn.122019.2>

(Јовановић 2019, 41–42)

- Ellwood, David W. 2018. Will Brexit Make or Break Great Britain? *Serbian Political Thought*, 18 (2), pp. 5–14. doi: 10.22182/spt.18212018.1.

(Ellwood 2018, 11)

Енциклопедија и речници

Наведен је аутор/уредник - Презиме, име (ур). Година издања. *Наслов*. Том. Место издања: издавач.

- Jerkov, Aleksandar (Ur). 2010. *Velika opšta ilustrovana enciklopedija Larrouse: dopunjeno srpsko izdanje*. Tom V (S–Ž). Beograd: Mono i Manjana.

(Jerkov 2010)

Није наведен аутор/уредник - *Наслов*. Година издања. Место издања: издавач.

- *Webster's Dictionary of English Usage*. 1989. Springfield, Massachusetts: Merriam - Webster Inc.

(Webster's Dictionary of English Usage 1989)

Докторска дисертација

Презиме, име. Година издања. *Наслов дисертације*. Докторска дисертација. Назив универзитета: назив факултета.

- Бурсаћ, Дејан. 2019. Утицај идеологије политичких партија на јавну потрошњу у бившим социјалистичким државама. Докторска дисертација. Универзитет у Београду: Факултет политичких наука.

(Бурсаћ 2019, 145–147)

- Cartwright, Andrew L. 1999. Implementing land reform in post-Communist Romania. PhD thesis. University of Warwick: School of Law.

(Cartwright 1999)

Чланак у дневним новинама или периодичним часописима

Наведен је аутор/уредник - Презиме, име. Година издања. „Наслов чланка”. *Назив новине или часописа*, број стране на којој се налази чланак.

- Авакумовић, Маријана. 2019. „Платни разреди – 2021. године”. *Политика*, стр. 9.

(Авакумовић 2019)

Није наведен аутор - Назив новине или часописа. Година издања. „Наслов чланка”, број стране на којој се налази чланак.

- *New York Times*. 2002. “In Texas, Ad Heats Up Race for Governor” p. 15.
(New York Times 2002)

Референца са корпоративним аутором

Назив аутора [акроним, по потреби]. Година издања. *Наслов издања*. Место издања: издавач.

- Министарство за европске интеграције Републике Србије [МЕИРС]. 2018. *Водич за коришћење ЕУ фондова у Србији*. Београд: Министарство за европске интеграције Републике Србије.
(МЕИРС 2018)
- International Organization for Standardization [ISO]. 2019. *Moving from ISO 9001:2008 to ISO 9001:2015*. Geneva: International Organization for Standardization.
(ISO 2019)

Репринт издања

Презиме, име. [Година првог издања] Година репринт издања. *Наслов*. Место првог издања: издавач првог издања. Напомена „Репринт“ на језику и писму референце, место издања репринт издања: издавач. Напомена одакле су цитати у тексту преузети.

- Михалцић, Стеван. [1937] 1992. *Барања: од најстаријих времена до данас*, треће издање. Нови Сад: Фототипско издање. Репринт, Београд: Библиотека града Београда.
(Михалцић 1992)

Посебни случајеви референцирања

Више референци истог аутора

- *Исти аутор, различите године* – У литератури ређати према години издања, почевши од најраније.

- Степић, Миломир. 2012. Србија као регионална држава: реинтеграциони геополитички приступ. *Национални интерес*, 14 (2), стр. 9–39. doi: 10.22182/ni.1422012.1.
- Степић, Миломир. 2015. „Позиција Србије пред почетак Великог рата са становишта Првог и Другог закона геополитике” У Миломир Степић и Љубодраг П. Ристић (ур.), *Србија и геополитичке прилике у Европи 1914. године* (стр. 55–78). Лајковац: Градска библиотека; Београд: Институт за политичке студије.

- *Исти аутор, иста година* – Ређати према азбучном или абecedном редоследу почетног слова назива референце. Поред године објављивања ставити почетна слова азбуке или абецедне која се користе и у библиографској парентези.

- Гађиновић, Радослав. 2018а. Војна неутралност и будућност Србије. *Политика националне безбедности*, 14 (1), стр. 23 – 38. doi: 10.22182/pnb.1412018.2.

(Гађиновић 2018а, 25)

- Гађиновић, Радослав. 2018б. *Млада Босна*, друго допуњено и измењено издање. Београд: Ево Book.

(Гађиновић 2018б)

- *Исти аутор као самостални аутор и као коаутор* – У литератури прво навести референце у којима је самостални аутор, а затим оне у којима је коаутор.

- Стојановић, Ђорђе. 2016. „Постмодернизам у друштвеним наукама: стање парадигме”. У Ђорђе Стојановић и Мишко Шуваковић (ур.), *Постмодернизација српске науке: политика постмодерне/политика после постмодерне*, *Српска политичка мисао*, посебно издање, стр. 5–35. doi: 10.22182/spm.specijal2016.1.

- Стојановић, Ђорђе и Живојин Ђурић. 2012. *Анатомија савремене државе*. Београд: Институт за политичке студије

Посебни случајеви навођења библиографске парентезе

Посебни случајеви навођења библиографске парентезе су:

- 1) *Навођење презимена аутора у оквиру реченице* – Годину издања ставити у заграду након навођења презимена, а број стране на крају реченице у заграду. За референцу на латиници или страном језику у загради навести и презиме аутора. Уколико се име страног аутора наводи у реченици по први пут, након навођења, у загради, навести његово име и презиме на изворном језику, а затим у новој загради референцирати годину и, по потреби, страну:

„Став Петрова (2007) о Енглеском уставу, ...” (30).

„Рувен Хазан и Гидеон Рахат (Hazan & Rahat 2010) износе тезу...”

„Тако, Матеи Доган (*Mattei Dogan*) (2013) појам легитимитета везује за политички систем...”

- 2) *Навођење презимена аутора у оквиру реченице пре цитата из референце* – Након навођења презимена, у библиографској парентези навести годину и број стране, а затим навести цитат.

Као што Суботић (2010, 45) наводи: „...”

Миршајмер (Mearsheimer 2001, 57) изричито тврди: „...”

- 3) *Навођење израза „видети”, „упоредити” и сл.* - Изразе унети у библиографску парентезу.

(видети Петров 2007)

(Степић 2015; упоредити Кнежевић 2014)

- 4) *Секундарна референца* - У библиографској парентези прво навести презиме аутора, годину и број стране примарне референце, затим „цитирано у:” и презиме аутора, годину и број стране секундарне референце. У списку референци навести само секундарну референцу.

„Том приликом неолиберализам се од стране највећег броја његових протагониста најчешће одређује као политика слободног тржишта која охрабрује приватне фирме и побољшава избор потрошачима, разарајући при том ’неспособну, бирократску и паразитску владу која никада не може урадити ништа добро, без обзира на њене добре намере’” (Chomsky 1999, 7 цитирано у: Ђурић и Стојадиновић 2018, 47).

Цитирање правних аката

У библиографској парентези навести члан, став и тачку или параграф коришћењем скраћеница „чл.“, „ст.“, „тач.“, „Art.“, „para.“ и сл.

Закони и други прописи

Назив акта [акроним, по потреби], *Назив службеног гласила*, број или интернет адреса и датум последњег приступа. Детаљни подаци о правном пропису се наводе само у списку референци, не и у библиографској парентези.

- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/06.
(Устав Републике Србије од 2006, чл. 33)
- Закон о основама система образовања и васпитања [ЗОСОВ], *Службени гласник РС* 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019 и 27/2018 – др. закон.
(ЗОСОВ 2019, чл. 17, ст. 4)
- An Act to make provision for and in connection with offences relating to offensive weapons [Offensive Weapons Act], 16th May 2019.
(Offensive Weapons Act 2019)
- Заштитник грађана Републике Србије [Заштитник грађана], Мишљење бр. 15 –3314/12, 22. октобар 2012.
(Заштитник грађана, 15–3314/12)
- Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member

States of the Commission's exercise of implementing powers, OJ L 55, 28.2.2011, p. 13 – 18.

(Regulation 182/2011, Art. 3)

- Parliamentary Assembly of the Council of Europe [PACE], Doc. 14326, Observation of the presidential election in Serbia (2 April 2017), 29 May 2017.

(PACE, Doc. 14326, para. 12)

Судска пракса

Врста акта и назив суда [акроним суда], број предмета са датумом доношења, *назив* и број службеног гласника или друге публикације у коме је пресуда објављена – ако је доступно.

- Одлука Уставног суда Републике Србије [УСПС], IУа-2/2009 од 13. јуна 2012. године, *Службени гласник РС*, бр. 68/2012.

(Одлука УСПС, IУа-2/2009)

- International Court of Justice [ICJ], *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 644.

(ICJ Judgment, 2011)

- *Pronina v. Ukraine*, No. 63566/00, Judgment of the Court (Second Section) on Merits and Just Satisfaction of 18 July 2006, ECLI:C E:ECHR:2006:0718JUD006356600.

(*Pronina v. Ukraine*, 63566/00, par. 20) или (ECHR, 63566/00, par. 20)

Цитирање архивских извора

Назив установе [акроним или скраћени назив], назив или број фонда [акроним или скраћени назив], кутија, фасцикла (уколико постоји), сигнатура, „Назив документа” (ако нема назива, дати кратак опис одговарањем на питања: ко? коме? шта?), место и датум документа или н.д. ако није наведен датум.

- Архив Србије [АС], МИД, К-Т, ф. 2, r93/1894, „Извештај Министарства иностраних дела о постављању конзула”,

Београд, 19. април 1888.

(АС, МИД, К-Т, ф. 2)

(АС, МИД, ф. 2) – ако је позната само фасцикла, а не и кутија.

- Dalhousie University Archives [DUA], Philip Girard fonds [PG], B-11, f. 3, MS-2-757.2006-024, “List of written judgements by Laskin,” n.d.

(DUA, PG, B-11, f. 3)

Цитирање интернет извора

Презиме, име или назив корпоративног аутора [акроним]. Година објављивања или н.д. ако не може да се утврди година објављивања. „Наслов секције или стране унутар сајта.” *Назив сајта*. Интернет адреса (Датум последњег приступа).

- Bilefsky, Dan, and Ian Austen. 2019. “Trudeau Re-election Reveals Intensified Divisions in Canada.” *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/10/22/world/canada/trudeau-re-elected.html> (21.4.2020.)

(Bilefsky and Austen 2019)

- *Танјуг*. 2019. „Европска свемирска агенција повећава фондове“. <http://www.tanjug.rs/full-view1.aspx?izb=522182>. (28.11.2019)

(Танјуг 2019)

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 : Институт за политичке студије : Удружење
правника Србије, 1906- (Београд : Донат граф). - 23 cm

Тромесечно. - Прекид у излажењу од 2014-2018. год.

ISSN 0004-1270 = Архив за правне и друштвене науке

COBISS.SR-ID 578831