

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ НЕЗАКОНИТОГ ИЛИ НЕПРАВИЛНОГ РАДА ЊЕНИХ ОРГАНА

*Хипотеза предмета рада тражи адекватан одговор на проблем који се протеже у сагледавању теškoћа и проблема у одређивању, врсте, и степена одговорности државе за штету коју причине њени органи незаконитим или неправилним радом. Наиме, због неодрживости ставова судске праксе, али и правне доктрине која се укоренила у другој половини прошлог века, након увришења чл. 172 у Закон о облигационим односима из 1978, који није целовито и до краја јасно нормирао одговорност правног лица (кад је то правно лице држава) коју узрокују њени органи трећим лицима у вршењу или у вези са вршењем својих функција. Ту норму су преузели *mutatis mutandi* све земље настале распадом СФРЈ и код свих је у корелативу са сродним законима који утврђују одговорност чиновника и намештеника у органима државне власти. Водећи се и наредним транзиционим искуствима, етаблирана су правна становишта свих, па и највиших судских инстанци, која је скоро безизузетно прихваћена и промовисана од правних теоретичара, да у случајевима када јединка, тј. било какав други правни субјект (који није држава), процесуира суду правнозаштитни захтев за накнаду штете, да је за удовољење његовог захтева нужно да докаже намеру одређеног органа државне власти да штету причини.*

Prima facie иако парадоксално, овакво правно стајалиште је данас распрострањено да чак узима маха, тако да би се остварило право на накнаду штете по правилима одговорности за другога, оштећеном није довољно да докаже, да је штета настала, њен обим и каузално-консеквентну везу чињења или нечињења јавних функционера неког државног органа са штетним догађајем. За то је оштећеном нужно да докаже још и то да је постојала намера да се штета причини, а уколико то не успе, његов захтев и обештење изостаје. Та становишта налазе оправдање да свако неправилно поступање органа власти у оквиру својих овлашћења не може довести до права на накнаду штете, а никако не, ако је штета настала због погрешне примене или тумачења прописа или је штета причињена као резултат погрешног правног схватања органа јавне власти. То потврђује да се одговорност државе у свим таквим случајевима заснива на кривици коју чак мора да докаже сам оштећени. У раду су дати кратки осврти на историјска и упоредно-правна искуства, идући од субјективне до објективне одговорности, при чему је посебно разрађен правни стандард „довољно озбиљне повреде“, као најодговарајуће и крајње уравнотежено решење са указивањем да се увек у сумњи треба опредељивати за становиште које више гравитира ка објективној, него ка субјективној одговорности.

Кључне речи: Незаконит или неправилан рад – намера, објективна одговорност – одговорност за другога - довољно озбиљна повреда.

УВОД

Језгро правних схватања судских инстанци, да када штету причине органи државне управе вршећи јавну власт, за разлику од других, лежи у томе, што оштећени не уживају судску заштиту, изузев ако не докажу још и *вољу* овлашћених лица конкретних државних инстанци, односно намеру да штету почине. Овде није тек пука ствар разграничења одговорности по основу кривице, од оне независне од кривице, него деценијама уназад конструисаном ставу, по ранијем чл. 172 ст.1. а сада чл. 166 ст. 3ОО ЦГ, да није довољно да оштећени докаже узрочно-последичну везу радњи и произведене штете, идентификује штетника, докаже обим, видове штете и каузално-консеквентан ланац од неправилне или незаконите одлуке или радњи, до самих штетних последица, већ и намеру. Кључ оваквог креирања одговорности експликује се тиме да само неправилно поступање државних органа, па и кад неспорно проузрокује штету, не доводи до усвајања правнозаштитног захтева накнаде штете, јер мора да се докаже и воља органа државе, односно овлашћеног лица тог органа, да је учини. Ту вољу у оваквим државама, није до сада, нико никада доказао из једноставног разлога што ниједан субјект није кадар и у стању, да докаже да му је орган државне управе *вољно* направио штету.

Будући да чл. 172 ст.1 3ОО (СФРЈ), одн. чл. 166 ст.1 3ОО ЦГ ¹предвиђа да правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем у вршењу или у вези са вршењем својих функција, а не помиње како то проузроковање штете трећем настаје, правно делује чл. 7 Закона о државној управи („Сл. лист ЦГ“, бр.38/03, 22/08, даље : **ЗДУ**), ² по начелу *lex specialis*. Он каже да се та штета може узроковати или незаконитим или неправилним радом. Међутим, начелни ставови судова у Црној Гори предефинишу чл. 7 ЗДУ, који предвиђа да је држава одговорна за штету коју њен орган учини својим незаконитим или неправилним радом. Језичким (семантичким и синтаксичким) тумачењем призилази, да се одговорност државе не заснива тек на незаконитом, него подједнако и неправилном раду државних органа, што указује везник “или”, међутим то није пољуљало ове ставове.

По конзистентној судској пракси, да би се заиста остварило право на накнаду штете по правилима одговорности за другога, оштећени треба да докаже поред општих услова за грађанско-правну одговорност (штета, кривица и узрочну везу - чл. 155 и 158 3ОО), да је штету причинио државни орган незаконитим радом у вршењу своје функције. Јер, свако неправилно поступање државних органа у оквиру законских овлашћења не може довести да права на накнаду штете. Одговорност државе за рад органа не може произићи из погрешне примене, или тумачења прописа, а поготово када су резултат погрешног правног схватања. Стога, сваки претендент на репарацију штете од државе мора доказати да је постојала воља или пристанак да се нешто учини, или не, у примени закона или других прописа, а уколико то не докаже, незаконитог или неправилног рада нема, па се тужбени захтеви свих оштећених доследно одбијају као потпуно неосновани.

¹ В. чл. 172 ст.1 3ОО („Сл.лист СФРЈ“,бр. 29/78..), одн. чл. 166 ст.1 3ОО („Сл.лист ЦГ“, бр. 47/08)

² В. чл. 7 Закона о државној управи („Сл.лист ЦГ“, бр.38/03, 22/08)

Узимајући у обзир крајње неравноправан карактер односа држава и јединке, просто је нехумано, законско јасно одређење појма *неправилно или незаконито* судским ставовима преобразити да и није баш свако неправилно/незаконито - довољно. Судске аденде траже још **вољу или пристанак да се неправилно или незаконито изврши**. То води правном изрођавању установе владавине права, тачније судским индулгенцијама државних судова, држава у којима ти судови суде. То је недопустиво, далеко од права на правично суђење пред непристрасним и независним судом. Ово стање је плод превазиђеног уобичајавања, штићеништва државних органа и застареле судске праксе. Та судска пракса у Црној Гори и Републици Србији, има већ дуго времена правни квалитет начелних ставова највиших судских инстанци, због чега се јединке тих земаља које су оштећене актима државних органа стављене пред немогућ, крајње лицемеран задатак, доказивања реално недоказивог.

СУД КАО ТУМАЧ СУШТИНЕ И ГРАНИЦА ДРЖАВНЕ НЕ/ОДГОВОРНОСТИ (*Без моралне основе судска пресуда која изриче неко право је лишена сваког ауторитета*)

Општепозната је судска пракса земаља екс социјалистичког лагера, када је одговорност државе на дневном реду, тј. тапету. Тада се два појмовна основа узроковања штете (или незаконитим или неправилним радом), бизарно изједначују изопштењем везника “или”. Поистовећивање чистог законског одређења алтернативом незаконитог *или* неправилног у искључиво незаконито, давањем значења да неправилно мора увијек бити незаконито је кршење закона. Да је законодавчев *ratio legis* био само незаконит рад, тако би писало у закону (без везника), а са везником “или”, то правно значи да узрок може бити незаконит рад *или* неправилан рад, независно и самостално. Тим се у пракси сама воља законодаваца извитоперава на уштрб оштећених, слабијих, оних који су свакако у подређеном положају.

Ваљало би подсетити на сентенцу - *Ubi ius, ibi remedia*, која означава, не само буквално - Тамо где је право, тамо је и правна заштита, него суштински, да је она скована с поруком да право не постоји тек да уреди друштвене односе и преточи их у правне, него понајпре да заштити слабе. Суд овде ставља до знања да су права слабијих од државе слабија и у заштити, па правним ставовима стаје на страну државе. Тиме се суд одмакао од независности и непристрасности као кључних конституената. Детерминанта културног идентитета правно просвећене земље је судска независност у троделној подели власти, па питање независности суда није тек правно питање, већ ствар – опште културе једне земље.

То је управо она култура одређена природом и домаћајем принципа на којим почива сама држава: филозофским опредељењем; економским профилем; политичком конституцијом; техничком цивилизацијом; моралном еманципацијом и најзад јуристичком опсервацијом. У ширем захвату круга збивања права и правде у свакој просторно временској задатости, независност суда представља демаркациону нит раздеобе поља права од пустиње неправда. У неправној држави, кровна начела легитимитета и легалитета су испод подношљиве друштвене толеранције, владавину права тада делимично, потпуно или добро каширано замењује владавина самовољног факта-власти (појединачног или групног интереса), што укида ту поделу власти и правни живот своди на груб политички монизам и хијерархију.

То је наслеђе ранијег строго партијског судства која је судску независност сводила на партијску послушност. Та зависност претвара суд у сиров дериват слуге (политичког, националног или класног) и суд тада објективно није у стању да примени праведно право. Независност суда као неминовни атрибут његове функције и органски сублимат правне државе је деценијама уназад утирао разне изговоре за преваљивање одговорности државе за рад њених органа. Томе сведочи ранија, али и судска пракса и начелни ставови данас.³

Судска пракса изналази непомериве разлоге ослобођења државе за штету који учине њени органи, захтева доказивање воље и намере њених органа да се штета учини а ако оштећена јединка то не буде у стању да докаже (што је скоро редован случај), без обзира на трајање, обим и висину штетних консенквенци, за суд је све то – *causa deficiens*/недовољан разлог, јер орган (некакав државни функционер или чиновник), није једноставно имао намеру.⁴

То је непрекинуто правно схватање које прихватају више судске инстанце у Црној Гори.⁵ Таква правна становишта, односно правна схватања дели и Врховни суд Црне горе и сада⁶.

Иако судови утврде узрочно-последичну везу између поступања органа државе и насталих штетних последица, утврде обим, утврде све размере штете, не нађу код оштећеног, ни најминималнији допринос насталој штети, увек пронађу правно *уточиште* у ставу да оштећени није доказао намеру органа државе или макар његов конклюдентан пристанак да штетне последице наступе и тако државу комплетно ослобађају од свих одговорности.

Занимљиво је да наведене одредбе ЗОО о одговорности државе за штету коју учине њени органи трећим лицима, није у равни *с вољним степеном* (степеном кривице) који се у истим тим одредбама захтева кад држава стиче право на регресни захтјев према лицу из државног органа, јер је тада (када држава тражи одштету) довољна тек крајња непажња.

Позната је пракса да органи државе често незаконитим, погрешним и неправилним радом и некомпетенцијама зло/употребљавају дискрециону власт.

³ Вид. Рев. бр. 260/12 од 19. апр 2012, ВС ЦГ од 19. апр. 2012: одговорност државе постоји само под условом да се утврдило постојање воље или пристанак да се нешто учини или не учини (умишљај) у примени прописа, те да погрешна примена или тумачење прописа кад су резултат погрешног правног схватања државних органа лишава одговорности државе за штету: „ Незаконито поступање државног органа може се исказати само кроз кршење, а не примену права, тј. потребно је да се утврди постојање воље или пристанак да се нешто учини или не учини у примени прописа.“

⁴ Вид.више: Густав Редбрух „Правни и други афоризми“, Досије, Београд, 2007: “Нама правницима је досуђено оно најтеже: да верујемо у свој животни позив и да ипак уједно, у неком најдубљем слоју нашег бића, увек изнова сумњамо у њега. Правнички сталеж мора себе осећати као велику лигу људских права изнад свих странака, јединственог у гневу побуњеног правног осећаја против сваке повреде права, ко год да ју је учинио, за кога год, против кога год, не због оштећенога, него због самог оштећеног права чије му је свештенство поверено. Шта је, при субјективности и оспорљивости свих вредновања, правда правосуђа друго до поверење у правосуђе. Независност суда није ништа друго до слобода науке пренета на практичну правну науку и сам живот.“

⁵ Вид. Гж бр. 4337/13 Виши суд у Подгорици

⁶ Вид. Рев.бр.56/14 од 22.4.2014. ВС ЦГ; бид. Рев.бр. 803/14 од 18.12.2014

Свако вршење права илити овлашћења (и овлашћења државне власти) може бити недопуштено, било да је посреди шиканозно, бескорисно, несразмерно, противциљно, непримерено, противречно, аморално и неправично вршење овлашћења органа државне власти. Откуда би и како ће у стварном правном животу оштећени доказати ту вољу и сазнати каква је она изнутра? Шта је ту доказа и какво треба бити доказивање намере?

Правично одлучивање о неком субјективном праву је према сваком правном систему катихизис просвећених правних система и права уопште. Оно је укорено у онтолошком поимању права. Правни субјекти у међусобним односима и с њима држава и њени органи треба да се понашају тако да не чине повреде права, да не нарушавају права и интересе других, јер тиме проузрокују штету, а за штету се изричу санкције, па свако ко (и држава) ако другом узрокује штету дужна је оштећеном лицу ту штету надокнадити.

Имајући у виду да однос радње и последице подразумева да понашање једног субјекта да би имало третман радње која изазива штету, мора да стоји у одређеној вези са настанком штете, деликтна радња (овде органа државне управе), је она која је стварни узрок штете. Питање везе између радње и настале штете се појављује као однос узрока и последице, који се назива узрочна веза. Последица обично није продукт само једног понашања.

Теорија адекватне везе посматра проблематику са аспекта дејства узрока догађаја. Она прихвата за узрок само онај догађај чијем је редовном дејству својствена одређена последица. Ако је законодавац утврдио да држава одговара, сем за незаконита акта и поступања својих органа и за она која су неправилна/погрешна, то разложно детерминише правну установу објективне одговорности.

Све и да се узме за основ субјективна одговорност, тј. принцип одговорности по кривици, држава има темељне проблеме. Психички однос штетника према учињеној радњи и изазваној последици, инсистира на свести и вољи. Свест је такво психичко стање код штетника, да је знао или могао знати значај своје радње. Отуда, да ли орган државе треба, може или мора знати да може причинити штету? Учиницац даље мора да буде и способан да управља својим поступцима. Значи, захтева се да је његова воља могла да определи његово понашање у правцу узроковања штете. Да би једно лице било криво мора да је са одређеном садржином свести и воље преузело радњу која је узроковала штету.

Како може појмовно бити, да органи државе немају не тек голу свест и вољу, већ и *ex lege* тражен повишен степен дилгенције? Истини за вољу, постоје случајеви који елиминишу кривицу, као што су недовољан узраст (деца до 14 година), душевна болест, неразвијеност и привремени губитак свести или моћи да се управља својим поступцима.

У грађанском праву постоје степени кривице у виду намере (*dolus*), као и још, веће и мање непажње (*culpa*). Намера је извршење радње намерно, са умишљајем, односно уз свест о значају радње и престанку на њено извршење и последицу и тада се говори о директном умишљају, или о пристајању на последицу мада кривац није свесно хтео наступање радње, када имамо евентуални умишљај.

Правни ставови судова овдје заправо идентификују одлике степена воље карактеристичне за умишљај. Основица става о екскулпиралу државе за неправилан или незаконит рад њених органа је на нивоу степена свести и воље која карактерише директни или евентуални умишљај, док држава регресира штету према лицу из њеног органа уз доказивање крајње непажње, тј. *culpa lata*, као деловања кад се неко лице понаша као најмање пажљива особа. Ова *неједначина* је крајње забрињавајућа.

Ставови највиших судских инстанци засновани на начелу одговорности по основу „још и подигнутог“ принципа кривице, тј. субјективне одговорности је неспорно цивилизацијски заостали и карактеришу она историјски, по сваком основу знатније ретроградна друштва.

Треба овде објаснити онтологију незаконитог или неправилног рада државних органа у савременој правној теорији. Одговор на питање одговара ли држава у конкретном за штету, зависи од дефинисања појма незаконитог и/или неправилног рада. Правна теорија “незаконитост” рада види не само у супротности закону као врсти прописа, већ и општој правној или моралној норми која чини интегрални део јавног поретка, а “неправилност” у поступању супротном правилима које одудара од уобичајене методе рада у државном органу. Неправилност рада је оно поступање мимо циља који је одређен, супротно захтеву који би нормалним обављањем службе или пак редовних делатности требало остварити.

У Србији и Црној Гори није било изричитих законских прописа о одговорности државе за штету коју причине њени органи вршећи јавну функцију, али је по некаквом неписаном правилу држава плаћала неке одштете грађанима ако им штету учине њени службеници.

По стварању Југославије, Видовдански Устав од 1921. увео је одговорност државе с правом регреса од службеника. После 6. јануара 1929, Закон о чиновницима од 1931. увео је личну одговорност службеника са јемством државе под одређеним условима односно држава је јемчила ако је била обухваћена тужбом и ако се од службеника не може наплатити судом утврђена накнада.⁷

У савременом југословенском праву, по Уставу од 1946. и Закону о државним службеницима од 1946. задржана је и даље лична одговорност државних службеника са јемством државе под одређеним условима као и по Закону о чиновницима од 1931.

По Уставном закону од 1953. уведена је у нашем праву поново непосредна одговорност државе за штете које грађанима *противправним* радњама проузрокују њени службеници. Непосредна одговорност државе није објективна одговорност, већ држава одговара по правилима о одговорности за другог односно преузима на себе ризик евентуалне штете које грађанима може проузроковати активност јавних служби, али само за штете проузроковане *противправним* радњама државних службеника.

⁷ Вид. *Вршење државне службе и одговорност за штету проузроковану грађанима*, Правни факултет у Београду, др Драгаш Ђ. Денковић, Београд, 2011. стр. 167 и 168.

С обзиром на то да штета може бити проузрокована не само противправним радњама... било би једноставније и целисходније решити питање тако да држава одговара грађанима за штету коју проузрокују њени службеници не везујући ову одговорност за незакониту радњу службеника, већ за општа правила мнашег права о одговорности.⁸ Поред гледишта проф. Крбека, у нашој правној литератури већ су изражена извесна гледишта да после Уставног закона од 1953. држава одговара по правилима објективне одговорности. Међутим, као што смо видели, такво гледиште код нас није још увек основано на закону, јер нема одредбе која је прописала такву одговорност.⁹

Прецизно дефинисање одговорности државе као правног лица за штету коју причине њени органи је изостало и одредбом чл. 172 ст.1 ЗОО СФРЈ, што је дало замајац стању, и данас. Ако се одговорност државе за штету проузроковану противправним радњама својих службеника одваја од општих правила о одговорности, такво решење несумњиво води посебној одговорности државе које уједно може државу ставити у привилеговани положај према грађанима. Нема никаквих разлога да се **та велика машина која се зове држава, сто пута снажнија и сто пута опаснија од машина у индустрији** не подвргне општим правилима о одговорности за штету кад штету грађанима узрокују њени службеници.¹⁰

КРАТАК УПОРЕДНИ ПРЕГЛЕД У РАЗВИЈЕНИМ ЗЕМЉАМА

У *Шпанији* за сваку штету која произађе из редовног или ванредног деловања јавних служби, у шпанском је праву Уставом прописана објективна одговорност државних тијела. Да би суд установио одговорност државних тијела, тужилац мора доказати узрочну повезаност између радње јавне службе и претрпљене штете. Као разлог ослобођења од одговорности призната је само виша сила. Међутим, намјерна радња треће особе не представља аутоматски вишу силу.

У *Француској* држава одговара на темељу објективне одговорности, која се у француском управном праву заснива на ризику и начелу једнакости при вршењу јавних власти. У развијању начела те одговорности *Цонсеил д'Етат* ослањао се на одлуке Уставног (*Цонсеил цонституионнел*) и Касационог суда (*Цоур де цассатион*).¹¹

У *Немачкој* по чл. 839. БГБ-а службеник који је намерно или непажњом повредио службену дужност има обавезу накнаде све штете која из такве повреде настане трећим особама. Уколико је повреда учињена непажњом службеника, он ће одговорати једино уколико оштећени не може накнаду добити на другој страни. Ова се одредба, иако се њом прописује одговорност службеника, примењује за утврђење одговорности државе, а судска пракса државу сматра примарно одговорном уместо службеника (који према трећем не може бити директно одговоран, већ само држави дугује плаћени износ уколико је штету учинио намерно или из крајње непажње).

⁸ Ибид, 168

⁹ Ибид 166

¹⁰ Ибид, 177

¹¹ Вид. Dam, C. van, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006. str. 475.

Држава, дакле, према оштећеном замењује службеника, а њена се одговорност оцењује по претпоставкама прописаним за његову одговорност. Ако је штета учињена у обављању службене дужности (*Амтсфлицхтен*) повређени интерес улази у круг интереса заштићених повређеном правном нормом, службеник је поступио скривљено, или из непажње. О одговорности државе за штету одлучују грађански судови. Пребацавање одговорности са службеника на државу омогућено је још 1910. посебним законом о одговорности државе за своје јавне службеника, каснијим уставним одредбама (Вајмарски Устав 1919. Бонски Устав 1948).

У *Енглеској* је иако 1947. *Цроун Процеедингс Акт* укинуо имунитет државе (Круне), тај закон није одредио посебна правила о одговорности државе, већ је допустио примену општих правила о одговорности на одређене случаје узроковања штете делатношћу државних тијела. То су три групе: 1. Одговорност државе за радње својих службеника или представника, као послодавца за своје раднике, према општим правилима *цоммон лау*, 2. Одговорност за повреде права власништва, права на посед и посебних обавеза поседника некретнине да осигура треће особе од опасности и штете и 3. Одговорност за повреде законских обавеза. Да би држава одговарала за штету због немара (*торт оф неглигенце*) нужно је да буду испуњене следеће претпоставке: Обавеза пажње (*дуту оф царе*), Повреда те обвезе и штета која је последица те повреде. При утврђивању да је обавеза пажње постојала, потребно је оценити да је то праведно и разумно. Повреда обавезе пажње као претпоставка одговорности државе није спорна кад је штета узрокована активном радњом државе, за разлику од случајева пропуштања.

За процену постојања *duty of care* у одлуци *Anns v. Merton London Borough Council* из 1978. *House of Lords* установио је двостепени тест: Прво треба утврдити је ли између штетника и оштећеника постојала довољно веза (*proximity*), те ако јесте, онда обавеза пажње постоји, иако нема разлога који је негирају или ограничавају поље њеног деловања.¹²

Хрватска – је путем две одлуке Уставног суда одредила објективну одговорност државе за рад њених органа.

Прва¹³ Одлука Уставног суда Хрватске У-ИИИ 2314/06 од 21. феб 2007. НН 36/07. Правни основ државе за одговорност коју причине њени органи управе је у начелу узрочности, тј. да је то објективна одговорност. То је јасан заокрет од раније теорије и пракси о одговорности на темељу кривице.

Друга¹⁴ Одлука Уставног суда Републике Хрватске У-ИИИ /822 / 2005, од 13. 2. 2008. Уставни суд при том понавља раније изнето стајалиште да је Законом о саставу државне управе установљен састав одговорности, који се темељи на начелу узрочности (каузалитету), а не на начелу кривње (*culpe*). Кривњу, тј. вољу или пристанак на наношење штете трећим, као посебну претпоставку одговорности државе не прописује ниједан пропис о одговорности државе за штету у нашем праву.

¹² Вид. Winfield and Jolowicz, On tort, Sweet&Maxwell Limited, London, 2002, str. 103.-208. 24 *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire (1989) AC 53.*, cit. Dam, op. cit., str. 490.

¹³ Вид. Одлука Уставног суда Хрватске У-ИИИ 2314/06 од 21. феб 2007. НН 36/07

¹⁴ Вид. Одлука Уставног суда Републике Хрватске У-ИИИ /822 /2005, од 13. 2. 2008.

Успркос тому, она се, као додатна претпоставка, тј. нужни елемент за утврђење одговорности државе десетљећима тражила у нашој судској пракси. Разлог тому је чињеница да већина прописа не садржи одредбу у којој изричито одређује о којој се врсти одговорности ради.¹⁵

„ДОВОЉНО ОЗБИЉНА ПОВРЕДА“ КАО ПРАВНИ СТАНДАРД ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Европски суд упућује на примјену националних процесних и материјалних правила, али у границама које право ЕУ тачно одређује начелима еквивалентности и делотворности. По начелу еквивалентности, претпоставке одговорности према националном праву не смеју бити неповољније од оних које се односе на сличне тужбе.

По начелу делотворности оне не смеју у пракси остваривање накнаде штете чинити немогућим или претерано тешким. По досадашњој пракси Европског суда, одговорност државе, не може се квалификовати као чиста објективна, али свакако не никако као субјективна, бар никако не у класичном грађанскоправном значењу.

Објективна је у смислу што се за одговорност не тражи кривица као посебна претпоставка, већ ће у конкретном држава одговарати за штету под следећим претпоставкама:

1. Повређена је норма права ЕУ са сврхом доделе или угрожавања субјективног права чији се садржај том нормом може утврдити;
2. Повреда је довољно озбиљна (то је увек ако држава није имала никакав или је имала само минимални степен дискреције, а ако је дискреција државе постојала повреда је увијек довољно озбиљна, нарочито ако је држава очито и тешко прекорачила границе те дискреције;
3. Постоји директна узрочна веза између повреде норме права или морала и настале штете.

У задатом контексту нарочито се наглашава Протокол 1 чл. 1 - заштита имовине уз Конвенцију о људским правима и основним слободама и облигатна обавезност и објективна одговорност у законској пракси земаља ЕУ, кроз нијансирање сваког случаја појединачно применом правног стандарда *довољно озбиљне повреде* уз пропорционалност и захтеве правде. Ако упоредимо претпоставке одговорности државе према нашем и праву Европске уније, појму “незаконитог или неправилног рада” одговара појам “довољно озбиљне повреде.” Када је држава одговорна за незаконит или неправилан рад то се упоређује с довољно озбиљном повредом, а да при томе кривица као вољни елемент не може бити посебна претпоставка.

Право Европског суда за људска права је прецедентно право, а поредак заштите људских права пред Европским судом суштински садржан у пресудама тог суда. Како је Законом о ратификацији, Европска конвенција инкорпорисана у домаћи правни систем - следи да су заједно с њом, део нашег правног поретка постале и пресуде Европског суда.

¹⁵ Вид. Буковац Пувача, Маја, Ковачевић Жунић Наташа, *Проблем темеља одговорности државе за штету проузрочену незаконитим и неправилним радом њених тијела*, *Зборник*, бр.1, 271-295, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2011.

Стога непосредна примена Конвенције домаћих судова и других државних органа обавезује на познавање његове праксе. Колико год је неуобичајено за начин размишљања судије континенталног правног миљеа да доноси пресуде има у виду не само текст Европске конвенције, већ и пресуде Европског суда - ипак не остаје ништа друго, него упознавање с овим делом сопственог правног поретка. Овде нарочито о праву на имовину.

Према наведеном, ставови који се за сад шире кроз спорове у Црној Гори и Србији су дијаметрално супротни основним европским вредностима, те одликује државе којима се не жели припасти и међу њих бити сврстане. Сви интереси правде и сваки интерес државе јесте у томе да она буде доступна свима и да нико не буде ускраћен за право и свој правнозаштитни захтев зато што му с друге стране као противник стоји држава. Противници државе нису оштећени, већ крајње неодговорни и пословично бахати чиновници државне управе који не трпе никакве последице и овакав став врховне инстанце им *иде на руку*.

Тиме се губи и свака могућност и интерес било каквог регреса државе према том њеном неодговорном и несавесном чиновнику, старешини или намештенику. Потребно је направити одклон од типичних одличја популарних транзиционих земаља тако што ће прихватити европски стандард.

Дакле, правни стандард ЕУ се данас назива „довољно озбиљна повреда“ која је правни основ одговорности државе за рад њених органа. Кроз правну призму довољно озбиљне повреде, суд ће моћи установити, да ли је с обзиром на трајање, врсту, њен континуитет и штетне последице случаја заиста нарушен тај општеприхваћен правни стандард или није. Устав Црне Горе ¹⁶ у чл. 9, штити основна људска права и слободе чији је корпус постао део правног поретка. ЕКЉП¹⁷ садржи процесноправне гаранције релевантне за грађанскосудски поступак у чл.6 ст.1. који носи наслов „Право на правично суђење“: у решавању грађанских права и обавеза свако има право да његову ствар реши независан и непристрасан суд који почива на закону у примереном року.

Чл. 6 ЕКЉП консакрира тзв. право на правично суђење које се састоји од низа оригинарних и изведених права. Право на правично суђење даје титулару субјективног права или овлашћења да може пред судовима државе чланице (ЕКЉП) да захтева да му се пружи правна заштита.

Сваком субјективном праву или овлашћењу туживом по националном праву државе у којој се поступак води, мора да се пружи ваљана правна заштита.

Свако ускраћивање таквих права ради заштите грађанских, туживих субјективних права је повреда чл.6 ЕКЉП.

Право на правично суђење укључује: 1) право на контрадикторни поступак и 2) равноправност странака у поступку. Право на контрадикторан поступак састоји се прво из обавезе суда да узме у обзир све чињеничне наводе, сву правну аргументацију странака и њихове доказне предлоге. Суд је дужан не само да чињенице и доказе узме у обзир, него да их узме и у разматрање и оцени њихову релевантност.

¹⁶ Вид. Устав ЦГ

¹⁷ Вид. ЕКЉП

Друга обавеза суда која извире је и право на фер поступак. Суд је дужан да сваку своју мериторну одлуку образложи и чини повреду права на правично суђење кад из образложења испусти битне чињеничне наводе странака или кад своју одлуку недостатно образложи.

Овде се круцијалним поставља питање повреде права на имовину из чл.1 Првог протокола¹⁸ ЕКЉП који се бави имовинско правном позицијом њеног титулара који спада у заштитини домен Првог додатног протокола. „Право на имовину“ регулисано је чл. 1 Првог протокола уз ЕКЉП из 1952: „Свако физичко и правно лице има право да ужива у својој имовини. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права“.

Ставови Европског суда у погледу стандарда „мирно уживање у својој имовини“ , показали су да се овај стандард односи и на све злоупотребе које се могу вршити тако што се власнику онемогући нормално „коришћење и располагање имовином“. Први протокол о ЕКЉП заправо, употребљава израз којим се штити „право на мирно уживање у својим добрима“ (енгл. possessions, фр. biens). Европски суд је утврдио да „признајући свакоме да ужива у својим добрима, чл.1 у суштини јамчи „право на имовину“ (енгл. right of property) што показује и пракса Европског суда и Европске комисије. Суд сматрао чак да тек право на склапање уговора о закупу представља вид поседовања имовине (Меллацхер и др. против Аустрије, 1989). Такође, у једном од новијих случајева, Европски суд је разматрао да ли се може сматрати имовином уцерица која је постављена противно урбанистичким плановима на депонији, а чији је *де факто* власник главне конструкције и стаставних делова страћаре и свих личних добара која се нашла у њој. Суд је узео у обзир да то што је уцерица подигнута на депонији, указује на значајан материјални интерес који је био толерисан од власти, и да представља имовину за потребе чл. 1 Првог протокола¹⁹.

Тешко је појмовно замислити владавину права и повезати је са системима који препознају „формални“ и онај пресудни „садржински“ аспект права и законитости. Сама идеја владавине права је овде у зони „кристализације“ нестајања и изопштења као такве. Заузети и држати овакво правно стајалиште је у основи погрешна идеја.

У једном транзиционом правном систему и правном поретку који је још и темељно нарушен наслеђем прошлости, тешко да садашње судско схватање може помоћи држави и надоместити функционалан поредак – ефикасно, правично и ефективно судство.

Овде понајвише долазе до изражаја опасност угрожавања правних вредности.

У стварности држава и право егзистирају као органска целина (државно–правни поредак), што значи да постоје државно-правни феномени као делови те целине, али истовремено због релативне независности постоје само државни и само правни феномени. Зато што се правни поредак састоји из правних норми, људског понашања и правних вриједности, то се не може замислити без правних вредности.

¹⁸ Вид. Први Протокол ЕКЉП

¹⁹ Вид.. *Oneryildiz* против Турске, 2002, ЕСЉП

Правни поредак није статичка појава, вечна, статична, већ динамичка појава у непрекидном кретању и стварању. Како он није ништа друго до један вид друштвеног поретка и како се друштвени поредак, тј. односи, понашање, непрестано мењају, мења се и правни поредак. У њему се непрестано стварају и укидају нормe, настају и престају неки односи, положај субјеката, па и одговорност државе. Држава не може остати “залеђена” на стајалиштима превазиђеног друштвеног поретка, па и оним судским.²⁰

У Стратегији за приступање ЕУ, у делу „Усклађивање законодавства са комунитарним правом“, стоји да је потребно обезбедити да се усвојени усклађени прописи примењују на начин који обезбеђује остваривање циљева (обезбедити делотворну примену) - „осигурати да ће се важеће и будуће законодавство бити правилно примењено. Зато је овде фундаментално искушење по питању нечег, што се назива ОДГОВОРНОСТ.

Одговорност је друштвена појава која може имати врло различите облике и садржину. Може се појавити као правна, друштвена, политичка или пак морална одговорност. Заједничко за све облике одговорности је што појам „одговарати“ *per definitionem* значи *полагати рачун* да је прекршено важеће правило, па да зато *иду* неповољне последице.

Правна одговорност ће наступити ако се било које лице није понашало онако како је предвиђено „правним прописом“. Није могуће да онај ко располаже монополом (држава), дакле ко има највише права има и најмање одговорности, те да се његова одговорност умањује на уштрб оних који су радњама тих органа директно погођени и оштећени?

Црна Гора, Република Србија и друге сличне транзиционе земље морају најзад раскрстити са таквим раскршћем, а не тражити уобичајене транзиционе изговоре.²¹

Правни стандард ЕУ – „**довољно озбиљна повреда**“ је довољно промишљен и одмерен правни основ одговорности државе за рад њених органа). Погрешна алокација виших интереса је недолична, јер се у правно уређеном свету понајмање држави даје изговор и

²⁰ Вид. Чланак: *Објективност и истина: Боље би вам било да верујете* (Objectivity and Truth: You'd better believe it“, 1996.) и књизи алегоријског назива „**Правда за јежеве**“ („Justice for Hedgehogs, Cambridge, MA: HUP, 2011), вид. више и у књизи *Политичка филозофија Роналда Дворкина*, Правни факултет у Београду, проф. Драгица Вујадиновић. Службени гласник РС, Београд, 2006, стр. 179 итд: Право није скуп правила већ и начела, која за разлику од правила нису безусловна, јер почивају на оправдањима етичког карактера. Чест је случај у англосаксонској традицији која све више и снажније захвата све континенталне правне системе и међународне судове, одн. трубунале, да се одлука судије заснује на темељном моралном аргументу прије него ли на позивању на неко правило. Чак и када то није случај, правна пракса таква треба бити, јер правне нормe садрже појмове око чијих тумачења постоје неслагања, па је зато једини пут ка решењу тих неслагања у вриједносној аргументацији., него из моралности. Задатак суда није да механички примењује позитивно право, већ да доноси мислене и доследне одлуке имајући у виду слику права као целине (law as integrity), чији сваки део, свака норма мора имати засебно вредносно оправдање. Етичке истине су објективне, па се о моралу, и последично о праву, увек може дати тачан одговор. Пошто је живот инвентивнији и динамичнији од прописа, то између њих и стварности увек постоји извештај, мањи или већи несклад. Отуд креирање судске праксе није пуко пресађивање прописа у живот, већ стваралачко укрштање са стварношћу.

²¹ <http://www.emins.org/sr/publikacije/evropa-plus/arhiva/serijal/broj10/67.htm>. 16.4.2015. (приступ) Међутим, Карл Попер ни данас не губи на актуелности када је у питању политичка филозофија, поготово за бивша комунистичка друштва. Разлог томе је то што већина њих, потпуно извитоперена кроз тоталитарни систем полувековне владавине, не успевају да нађу пут ка демократским политичким и економским установама.

опрост за грешку и право да за грешке не одговара већ напротив – држава као неко ко објективно има највише моћи и права, мора једноставно имати и највише одговорности. То ће истодобно омогућити државама да идентификују и санкционишу несавесне и неодговорне, али и оног ко их је поставио на функције због којих плаћа.

Зато је основни дискурс око питања грешки органа државе у усвајању што приближнијег стандарда који *клизи* ка објективној одговорности, или ће сама држава клизити ка новом неповерењу у њу и њене судове, те посегнути ка угрожавању правне сигурности.

Није прихватљиво опстајање ставова и схватања судских инстанце који од јединке траже да докаже умишљај органа власти да штету причини, што се у пракси никад није десило и нема случајева да је икад јединка доказала намеру државног органа као штетника.²²

Преваљивање терета доказивања воље неке државне службе, старешине и чиновника, на онога ко је стварно и то неспорно оштећен је противно и претпостављеној одговорности по основу кривице у нашем праву, а камоли правила утврђивања објективне одговорности. Ово је крајње неправично, а то што је развила судска пракса до потпуне парадоксалности тек наизгледне *одбране државе од рада њених органа преко грбаче* сопствених грађана је проблем методизације судијске слободе.. Како формулисати колико толико поуздане критеријуме тумачења општих правних норми (овде чл. 172 ЗОО СФРЈ, чл. 166 ЗОО ЦГ), критеријума слободе судијског одлучивања, а који ће у исто време **онемогућити да се та слобода извргне у судијску самовољу и арбитрерност**²³. (*као што се овде догодило*).

Тај рад на чињеницама подразумева, као што су показали примери из праксе ЕСЈП, да поступак расуђивања с обзиром на природу друштвеног детерминизма подразумева не само утврђивање и квалификацију чињеница него и *„вагање интереса полазећи од вагања чињеница и њихово објашњење..”*²⁴ (то се у примени ових норми није догодило, а то што се догађа је науштрб јединке наспрам државе и насупрот основном појму правичности, али и онога што називамо јавним интересом).

У пракси судови нису правилно вагали чињенице, нити интересе, што се најбоље види из неприкладних еквилибристика у тумачењима и најзад у рогобатности датих *објашњења*.

Због тога постоји дати правни стандард, али су многе легислативе ЕУ, чак надмашиле овај правни стандард *довољно озбиљне повреде*, прописујући *чисту објективну одговорност*. У упоредној легислативи (искључивши Балкан, сем Р Хрватске), ни у једној кривица изведена као “стање воље и пристанак да се нешто учини или не у примени прописа”, па нигде у правно уређеном свијету није конститутивни елемент одговорности државе за

²² Такво извитоперено разумевање се подједнако односи и на и примену установа и стандарда правно уређених и демократски развијених друштава – управо када то чине бивша тоталитарна, понајпре комунистичка друштва, која никако не могу наћи пут ка сопственим вредностима и препознати комплексност демократског и правно уређеног света и релевантних процеса који у таквим савременим друштвима постоје, тамо владају и који се у њима јасно одвијају.

²³ Вид. више: *Правна херменеутика између филозофије и логики*, Правни факултет Београд, проф. Саша Б. Бован, 2014. Библиотека *Монографије* стр. 177 и даље

²⁴ Ибид

штету. То је аксиом без правног погађања. При садашњем стању ствари, општеприсутна је пуна егзонерација државе за одговорност. Знамо да се незаконит или неправилан рад може појавити и као активност (*culpa in commitendo*) и као нечињење одн. пропуштање (*culpa in omittendo*). Најпре незаконито чињење (*facere*) материјалним, фактичким радом, затим незаконито нечињење (*non facere*).

Правништво зна да је оправдива грешка евентуално могућа због непознавања цињеница, а да то није случај са непознавањем права. *Ignorantia legis non excusat* - Непознавање закона није изговор. *Ignorantia nocet* - Незнање шкоди. *Код постојећег стања испада да сваком шкоди, под условом да тај неко није држава.* Добра судска пракса мора имати етички карактер и интелигенцију. Судска пракса овим ставом не одаје склоност да се мења ка прихватању европских вриједности. Правни језик судског става је умивен, обилује наоко убедљивим фразама, али у бити перфидан. Црногорска јуриспруденција, нестабилна и противречна, једном речју транзициона, с наслеђима тоталитарног, исказује незрелост.

Јуриспруденције теже зближавању процесног и материјалног грађанског права да процесно омогући правично задовољење материјалног у меритуму. Сврха парнице је да служи *in ultima linea*, остварењу материјалноправне правичности.

ЗАКЉУЧАК

У упоредном праву преовлађује интенција да држава одговара на темељима најближим установи објективне одговорности, што налажу реални разлози владавине права и правне сигурности. Доношење одлука у таквим случајевима предвиђа право на накнаду по узрочности, да би се пред судовима применило начело једнакости грађана и правних лица, као темељна одговорности државе за штету. Основа је у идеји да држава делује у интересу читаве заједнице и уколико из тога деловања неким субјектима настане озбиљна штета, она им мора бити надокнађена, да не би на њима био већи терет, јер, право мора уважити неравноправност лица тј. јединки наспрам државе. Кад се мери и оцењује неправилан и незаконит рад то се може најподесније чинити путем *довољно озбиљне повреде*.

Ако се прихвати одговорност државе само из основа субјективне одговорности какво је стање *de lege lata*, онда ћемо имати неодговорну државу са неодговорним институцијама и појединцима у њој. Ако би се пак посегло ка чистој објективној одговорности, имајући у виду стање правне свести и општепознат менталитет, то би одвело у другу крајност и мноштво злоупотреба, али и банкрот државе.

Зато правни стандард *довољно озбиљне повреде* свакако уравнотежава и пријемчив је земљама у транзицији, нарочито у временима када се предузимају значајни напори у јачању капацитета јавне управе. Прихват тог правног стандарда *de lege ferenda* кроз судску праксу и/или законско уређење, дало би одлучан подстрек владавини права као гарантини јединкама, да ће о њиховој слободи, части, имовини и о свим добрима, бити објективно и поштено суђено. Овде, због велике дискрепанце моћи државе над појединцем, то је јемство једнакости, односно равноправности, што ће прожети право етиком као њеним нужним садржајем. У супротном прети велика опасност од самовлашћа елите на власти.

SUMMARY

The hypothesis of the paper is looking for an adequate answer of a problem which has difficulties in perceiving problems in determining types and level of responsibility of a state, for a damage which are making it's organs by illegal or incorrect work.

Namely, due to unsustainability of the case law, and legal doctrine that is ingrained in the second half of the last century, after the admission of an art. 172 in the Law of obligations, which is not comprehensive and completely clear standardized the responsibility of a legal person (when the legal person is a state), caused by its organs in the performance of its functions. This norm has been taken *mutatis mutandi* by all countries that became from the dissolution of Yugoslavia, and all of them are correlative with similar laws establishing the responsibility of officials and employees in the state organs.

Led by experiences of transition, legal attitudes have been established, so the highest judicial instances', which is accepted almost without exception and promoted by legal theorists, so in cases when individual, that is any legal entity (which is not state), processes to the court claim for damages, that for fulfilling its demand necessary to prove the intent of a certain organ of state to make damage.

Prima facie even paradoxical, the legal attitude like this is popular today, in order to be entitled to compensation under the rules of responsibility for each other, it's not sufficient for the injured party only to prove that the damage occurred, its scope and consequent and causal relationship perpetration of some public officials of state organs. Because of that, the injury part most to prove that there exist the intent for the damage to make, and if that fails, its claim and compensation is missing. That viewpoints find justification that each incorrect conduct of organs within its powers cannot lead to the right to compensation, do not if the damage is caused by erroneous application or interpretation of the regulations or damage was sustained as a result of erroneous legal opinion of the public authority.

This confirms that the responsibility of the state in all such cases is based on the plea that even must prove only damaged. In this paper there are given short review of historical and comparative legal experience, going from subjective to objective responsibility, where is especially elaborated legal standard 'sufficiently serious breach', as most appropriate and balanced solution with emphasis that in doubt should always be closer for a stance that gravitates toward more objective than subjective responsibility.

Key words: illegal or incorrect work-intention, objective responsibility-responsibility for the other-sufficiently serious injuries.