

ISSN 0350-6630

PRAVNI ZBORNIK

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

1/2020



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE

PRAVNI ZBORNIK

**Law reports –
journal for legal theory and practice**

Izdavač – publisher

UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
Association of jurists of Montenegro

Glavni i odgovorni urednik
Chief editor
dr Branislav Radulović

Zamjenik glavnog urednika
Assistant editor in chief
dr Nikola Dožić

Uređivački odbor
Associate editors

akademik Mijat Šuković,
dr Čedomir Bogićević, dr Drago Radulović, dr Maja Kostić-Mandić,
dr Snežana Miladinović, dr Mladen Vukčević, dr Sefer Međedović,
dr Gordana Paović-Jeknić, dr Ivana Jelić,
dr Milan Marković, Borjanka Zogović, dr Radomir Prelević

Inostrana redakcija
Foreign Editorial Board

akademik Igor Leonidovic Trunov, dr Christa Jessel-Holst,
dr Rainer Arnold, dr Miha Juhartt, dr Charles Dillon,
dr Vasilka Sancin

Redakcija - editorial board
dr Marko Dokić, dr Vladimir Savković,
dr Miloš Vukčević, mr Jelena Jovanović

Sekretar Redakcije
dr Bojan Božović

PRAVNI ZBORNİK

časopis za pravnu teoriju i praksu

Časopis „Pravni zbornik“ počeo je sa izlaženjem
01-vog jula 1933. godine

Dosadašnji Glavni i odgovorni urednici:

Božidar S. Tomović (1933-1941)
Božo Vujošević (1960-1970)
Stojan Đuranović (1970-1980)
Prof. dr Slobodan Blagojević (1980-1990)
Dr Čedomir Bogičević (1993-2003)
Željko Tomović (2003-2008)
Dr Branislav Radulović (2008 -)

Časopis je ISSN brojem 0350-6630 klasifikovan u
međunarodni sistem za serijske publikacije (ISDS).
Mišljenjem Ministarstva kulture Crne Gore,
broj 03-1377/2 od 02.12.1996. god.
časopis je oslobođen poreza na promet.

Adresa / Address

Udruženje pravnika Crne Gore
ul. Novaka Miloševa b.b. (stara zgrada SDK) I sprat
81.000 Podgorica

Žiro račun / Bank account

550-3675-19 Podgorička banka a.d. - Podgorica

Štampa / Print

„Pobjeda“ a.d. - Podgorica

Tiraž / Circulation

300

PRAVNI ZBORNİK
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

br. 1 /2020
Podgorica, jul 2020

S A D R Ź A J

ČLANCI

Teorija prava

Prof. dr Marko DOKIĆ
**NEINTERVENCIONISTIČKA FILOZOFIJA XIX
VEKA: individualistički socijaldarvinizam i odbrana
laissez-faire doktrine 17**

Kompanijsko pravo

Prof. dr Vladimir SAVKOVIĆ
**DERIVATIVNA TUŽBA U CRNOGORSKOM
KOMPANIJSKOM PRAVU OD 2002. DO 2020. GODINE –
uporedna analiza tri zakonska rješenja 39**

Finansijsko pravo

Prof. dr Dejan POPOVIĆ
**FISKALNO OPTEREĆENJE ZARADA
– regionalni problem 57**

Krivično pravo

Erik N. LARSON
**MEĐUNARODNE FINANSIJSKE ISTRAGE U PREDMETIMA
ORGANIZOVANOG KRIMINALA I KORUPCIJE 79**

Radno pravo

Prof. dr Vesna SIMOVIĆ-ZVICER
**ZASNIVANJE RADNOG ODNOSA PREMA
NOVOM ZAKONU O RADU 101**

OGLEDI

Dr Štefan PIRNER

**SPORAZUMNO OKONČANJE KRIVIČNIH POSTUPAKA
pledoaje u prilog procene efekata propisa pre odustajanja
od kontinentalno-evropskih pravnih principa 125**

Prof. Dr Vesna RATKOVIĆ

NASILJE NAD ŽENAMA, principi i izazovi 171

Dr Ivana B. LJUTIĆ

**KAKO VRATITI MULTINACIONALNE KOMPANIJE
KAO NEFORMALNOG KONTROLORA DRUŠTVA U
PRAKSU SNAŽNE I EFIKASNE REGULATIVE 199**

Mr Maja RADUNOVIĆ

**(NE)MOGUĆNOST BRODOVLASNIKA DA OGRANIČI
SVOJU ODGOVORNOST ZA POMORSKA POTRAŽIVANJA
U CRNOGORSKOM PRAVNOM SISTEMU I POTREBA ZA
REFORMOM ZAKONODAVSTVA 221**

PRILOZI

Prof. dr Mersad MUJEVIĆ

**RAZVOJ JAVNIH NABAVKI U EVROPSKOJ UNIJI I
NJIHOVA VEZA SA CRNOM GOROM 243**

Petar Brudar

**ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA NA
TRŽIŠTU KROZ UPOTREBU ALGORITAMA 267**

Mr Vidak LATKOVIĆ

IZVRŠENJE NA NEPOKRETNOSTI 297

Mr Nikola MUGOŠA

Mr Siniša GAZIVODA

**PRAVO NA SLOBODNE IZBORE U PRAKSI
EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA 325**

Mr Andreja MIHAILOVIĆ TRIJUMFALNI MARŠ PRAVNE TRANSPLANTACIJE NA POLJU KOMPANIJSKOG PRAVA	345
---	------------

ISTORIJA PRAVNOG ZBORNIKA

Branislav BORILOVIĆ SJEĆANJE NA PROF. DR ŽIVOJINA PERIĆA	371
Mr Ivan VUKČEVIĆ PRAVNI ZBORNIK U PREGLEDU ŠTAMPE U CRNOJ GORI (1834 - 1934)	377

PRIKAZI

Dr Branslav RADULOVIĆ KOMENTAR ZAKONA O RADU autora Dr Vesne Simović Zvicer	383
---	------------

In memoriam

Miodrag LATKOVIĆ	389
Dr Radoje PAJOVIĆ	395

LAW REPORTS

JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

**No. 1 / 2020
Podgorica, jul 2020**

C O N T E N T S

ARTICLES

Theory of law

Prof. dr Marko DOKIĆ

**NON-INTERVENTIONIST PHILOSOPHY OF XIX
CENTURY: Individualistic Social Darwinism and
Defence of Laissez-faire Doctrine 17**

Company law

Prof. dr Vladimir SAVKOVIĆ

**DERIVATIVE ACTION IN MONTENEGRIN COMPANY
LAW FROM 2002 TO 2020 – comparative analysis
of three legislative frameworks 39**

Financial law

Prof. dr Dejan POPOVIĆ

FISCAL BURDEN ON SALARIES – regional problem 57

Criminal law

Erik N. LARSON

**INTERNATIONAL FINANCIAL INVESTIGATIONS OF
ORGANISED CRIME AND CORUPTION 79**

Labour law

Prof. dr Vesna SIMOVIĆ-ZVICER

**ESTABLISHING AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP
BY THE NEW LABOUR LAW 101**

VIEWS

Dr Štefan PIRNER

**AMICABLE TERMINATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS
pleas in favor of assessing the effects of regulations
before abandoning European legal principles 125**

Prof. Dr Vesna RATKOVIĆ

VIOLENCE AGAINST WOMEN, principles and challenges 171

Dr Ivana B. LJUTIĆ

**HOW TO RETURN MULTINATIONAL COMPANIES AS AN
INFORMAL COMPANY CONTROLLER IN THE PRACTICE
OF STRONG AND EFFICIENT REGULATIONS 199**

Mr Maja RADUNOVIĆ

**(IN)ABILITY OF SHIPOWNER TO LIMIT ITS LIABILITY
FOR MARITIME CLAIMS in the montenegrin legal
system and the need for legislative refor 221**

CONTRIBUTIONS

Prof. dr Mersad MUJEVIĆ

**DEVELOPMENT OF PUBLIC PROCUREMENT IN
THE EUROPEAN UNION AND THEIR RELATIONSHIP
WITH MONTENEGRO 243**

Petar Brudar

**ABUSE OF DOMINANT POSITION IN THE MARKET
THROUGH THE USE OF ALGORITHMS 267**

Mr Vidak LATKOVIĆ

ENFORCEMENT PROCEDURE ON REAL-ESTATES 297

Mr Nikola MUGOŠA

Mr Siniša GAZIVODA

**THE RIGHT TO FREE ELECTIONS IN THE PRACTICE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 325**

Mr Andreja MIHAILOVIĆ THE TRIUMPHAL MARCH OF LEGAL TRANSPLANTATIONS IN THE FIELD OF COMPANY LAW	345
---	------------

HISTORY OF LAW REPORTS

Branislav BORILOVIĆ MEMORY OF PROF. DR ŽIVOJIN PERIĆ	371
Mr Ivan VUKČEVIĆ LAW REPORTS IN MONTENEGRIN PRESS (1834 - 1934)	377

REVIEWS

Dr Branislav RADULOVIĆ Commentary on the Labour law by Dr Vesna Simović - Zvicer	383
--	------------

In memoriam

Miodrag LATKOVIĆ	389
Dr Radoje PAJOVIĆ	395

Riječ urednika

Poštovani čitaoci,
Uvažene kolege,

Prvo izdanje „Pravnog zbornika“, časopisa za pravnu teoriju i praksu, u 2020 godini, koji se štampa u izdanju Udruženja pravnika Crne Gore, crnogorskoj pravničkoj publici, u novom julskom izdanju, donosi ukupno 19 radova.

Redakcijski odbor časopisa, u ovom broju „Pravnog zbornika“, opredjelio se za publikovanje pet članaka, četiri ogleda i pet priloga. Takodje, novo, izdanje „Pravnog zbornika“ sadrži i jedan prikaz, dva članka iz istorije našeg časopisa i dva in memoriam.

Autori su ugledni crnogorski pravnici, profesori sa dva crnogorska Univerziteta, ali i mlađi autori koji na ovaj način unapređuju svoje pravničke karijere. Pored autora iz Crne Gore zastupljena su i po dva autora iz SR Njmačke i Srbije, kao i jedan autor iz SAD.

Sa izlaženjem ovog broja „Pravnog zbornika“ dodaje se još jedna godina uspješnog rada, u dosadašnjih 87 godina trajanja časopisa i Udruženja pravnika Crne Gore, kao izdavača.

"Pravni zbornik", u novom izdanju, štampan je na preko 400 strana i u tiražu od 300 primjeraka.

Časopis se komercijalno ne distribuirati, već se besplatno dostavlja autorima, bibliotekama, sudovima, fakultetima itd.

Štampanje ovog broja „Pravnog zbornika“ svojom donacijom pomogla je Ambasada SAD u Podgorici – Biro Stejt Dipartmenta za borbu protiv međunarodne trgovine drogama i sprovođenje zakona.

Namjera da časopis za pravnu teoriju i praksu „Pravni zbornik“ i u budućnosti ostane „riznica crnogorske pravne baštine“ ostvarljiva je samo ako se i dalje nastavi uspješna saradnja sa uvaženim autorima, kojima se ovom prilikom posebno zahvaljujemo.

Udruženje pravnika Crne Gore, kao izdavač, nije u mogućnosti za autorske radove opredjeliti honorar, međutim, bez obzira na to, uvjereni smo da će dosadašnji kao i budući autori svojim narednim člancima doprinjeti nastavku izlaženja i podizanju kvaliteta najstarijeg crnogorskog pravnog časopisa.

Autori svoje radove za naredno izdanje mogu slati na e-mail adresu Udruženja pravnika Crne Gore upcg.cg@gmail.com ili kontaktirati Glavnog i odgovornog urednika „Pravnog zbornika“ na telefon 00-382-69-028-038.

Podgorica, jul 2020. godine

Glavni i odgovorni urednik

dr Branislav Radulović



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNIK”

ČLANCI

Prof. dr Marko DOKIĆ¹

**NEINTERVENCIONISTIČKA FILOZOFIJA XIX VEKA
individualistički socijaldarvinizam
i odbrana laissez-faire doktrine**

Pitanje uloge države bilo je osnovno pitanje u okviru liberalizma kao političke ideologije u XIX veku. Preciznije, to je bilo centralno pitanje tadašnje političke teorije. Isprva, klasični liberalizam odbacivao je svaku aktivnost vlade izvan sfere zaštite ličnosti i svojine, da bi kasnije sve više počelo da raste uverenje da je državni intervencionizam neophodan, te da bez njega ne možemo govoriti o blagostanju. Tako je socijalni liberalizam lagano počeo potiskivati izvornu zamisao o minimanoj državi na kojoj se temeljio klasični liberalizam, i na taj način otvorio put socijalizmu.

Ipak, dok su se u drugoj polovini XIX veka još uvek mogli čuti glasovi protiv širenja državnog intervencionizma, u prvoj polovini XX veka došlo je do sloma individualističke filozofije i uspona kolektivističkih doktrina, što je dovelo do dva svetska rata i nesagledivih posledica. Naime, kako je upozoravao Fridrih A. Fon Hajek (Friedrich A. von Hayek), još je početkom XX veka, pre nego što smo se susreli sa totalitarizmom, došlo do udaljavanja od osnovnih ideja na kojima je izgrađena zapadna civilizacija i širenja socijalizma i kolektivističkih ideja. Do toga nije došlo naglo putem revolucije kako su nas učili pristalice istorijskog materijalizma, već postepeno, evolutivno, čime je potvrđena Hjumova teza da se sloboda bilo koje vrste retko gubi odjednom, kojom Hajek otvara svoje remek-delo *Put u ropstvo* (*The Road to Serfdom*).²

¹ Vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore

² Friedrich A. von Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, Chicago: The University of Chicago Press, 1944.

Međutim, predmet ovo rada nije konzervativno-liberalna odbrana vrednosti klasičnog liberalizma, već društvena teorija XIX veka, odnosno preciznije – druge polovine XIX veka, koja se suprotstavljala prvim pokušajima proširivanja sfere vladinog delovanja i koja je predstavljala filozofiju neintervencionizma *par excellence*. Ona je bila umetnuta u poseban socijaldarvinistički okvir, koji bio više nego pogodan instrument u odbrani osnovnih principa *laissez-faire* doktrine koja je marginalizovala ulogu države, a njeni najpoznatiji predstavnici bili su Herbert Spenser (Herbert Spencer) u Engleskoj i Vilijam Grejem Samner (William Graham Sumner) u SAD. Njihova društvena misao bila je prepoznatljiva po dva ključna obeležja kojima su branili *laissez-faire* učenje i minimalnu ulogu države – socijaldarvinizmu i izrazitom antietatizmu.

Pre nego što analiziramo osnovna obeležja ove društvene teorije, nameće se potreba da se ispituju filozofski temelji neintervencionizma i intervencionizma – dakle, ideja da država ne treba da čini ništa više od zaštite ličnosti i svojine, odnosno da mere vlade nikada ne mogu obezbediti blagostanje, i ideju da državna intervencija predstavlja delovanje vlade u cilju ispravljanja raznih društvenih nejednakosti i uvećanja društvenog bogatstva, te da je ona uvek u službi socijalne (distributivne) pravde.

Filozofski temelji neintervencionizma i intervencionizma

Ideje o nevidljivoj ruci tržišta, spontanom razvoju ljudskih ustanova, nemogućnosti razvoja društva koji bi počivao na svesno i planski promišljenoj odluci, kao i ideja da ljudske ustanove predstavljaju rezultat delovanja ljudi ali ne i provođenja ljudskih planova, koje su zastupali škotski moralni filozofi Adam Smit (Adam Smith), Dejvid Hjum (David Hume) i Adam Ferguson, predstavljaju filozofsku podlogu klasičnog liberalizma i njemu svojstvenog suprotstavljanja državnom

intervencionizmu. Zapravo, sve navedene ideje natkriljuje filozofsko-antropološka teza o ljudskom saobraćanju koje je nadahnuto sebičnošću.

U škotskoj moralnoj filozofiji pokretač društvenog napretka i blagostanja nije aktivnost vlade, već sopstveni interes. Sopstveni interes nije ništa drugo do težnja da poboljšamo svoje stanje, koja je suštinska karakteristika čoveka od rođenja do smrti.³ U toj težnji čovek mora zadovoljati mnogobrojne potrebe i uvek želi više dobara nego što mu je dostupno. Kako kaže Hjum, od svih stvorenja koja naseljavaju Zemlju „nema ni jednog prema kome je priroda pokazala više svireposti nego prema čoveku sa bezbroj potreba i neophodnosti kojima ga je opteretila, i sa slabim sredstvima koja mu daje da podmiri te potrebe“⁴. Te potrebe čovek zadovoljava tako što se na tržištu nikada ne obraća čovečnosti drugih ljudi već njihovoj sebičnosti, odnosno tako što podstiče tuđu sebičnost u svoju korist. Na taj način sopstveni interes, a ne državna vlast, motiviše ljude da služe drugima, čime se nevidljivom rukom tržišta, bez ikakve intervencije vlade, nenamerno uvećava društveno bogatstvo.

Sa druge strane, koreni intervencionizma nalaze se u zamisli planskog društva kao produkta filozofije konstruktivističkog racionalizma. Naime, ovaj pravac je smatrao da ne postoje ograničenja moći razuma, te da su stoga sve ljudske ustanove proizvod ljudskog razuma. Ovakva varijanta kartezijskog racionalizma, kako ističe Hajek, insistira na preegzistenciji ljudskog razuma koji kreira ustanove.⁵ Dakle, za razliku od škotskog prosvetiteljstva, ovaj filozofski pristup ne smatra da su društvene ustanove rezultat dugotrajnog evolutivnog procesa, već da su proizvod razuma.

³ Adam Smith, *Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda* knj. I, Kultura, Zagreb, 1952, str. 308.

⁴ David Hume, *Rasprava o ljudskoj prirodi*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1983, str. 413.

⁵ Fridrih A. fon Hajek, *Studije iz filozofije, politike i ekonomije*, PAIDEIA, Beograd, 2002, str. 22.

Na osnovu toga oblikovalo se i snažno uverenje da se i tržište, kao i druge ustanove, može planski i svesno konstruisati. A model planskog društva u kome se iz jednog centra diriguje ekonomskim aktivnostima, na osnovu nekog plana koji određuje kako treba koristiti društvene resurse, nužno podrazumeva državni intervencionizam kao osnovni instrument upravljanja društvenim razvojem u pravcu uvećanja društvenog blagostanja. Nasuprot ideji o pojedincima koji u tržišnoj privredi sa minimalnom ulogom države deluju na osnovu sopstvenih planova, u intervencionističkoj državi oni deluju prema tuđem planu, osmišljenom u jednom centru iz koga se čitavim nizom državnih aktivnosti nastoje ostvariti pozitivni ishodi za društvo u celini.

Kako su shodno postavkama konstruktivističkog racionalizma ljudske ustanove tvorevina razuma, onda iz toga proizilazi da su one samim tim i pravedne. Isto tako i državna intervencija smatra se ne samo neophodnom već uvek i (socijalno) pravednom, jer vodi uklanjanju svih socio-ekonomskih nejednakosti koje predstavljaju branu društvenom napretku.

Međutim, državni intervencionizam otvara pitanje da li intervencionističko-protekcionističke mere vlade mogu biti kompatibilne sa individualnom slobodom. Odnosno, učenje koje promoviše državni intervencionizam nameće određene dileme – ima li država moralnu obavezu da interveniše u cilju ispravljanja društvenih nejednakosti; da li se merama vlade kojima se pomaže samo određenoj kategoriji građana ugrožava princip jednakosti građana pred zakonom kao integralni element ideje vladavine prava; da li se intervencionističkom politikom države otvaraju vrata za društvo gde će država odlučivati apsolutno o svemu, gušeći individualnu slobodu i otvarajući vrata totalitarizmu i sl?

Navedene dileme preispituje socijaldarvinistička društvena teorija XIX veka koja je bila sastavni deo klasične liberalne ideologije, i koja se temeljila na filozofiji krajnjeg

individualizma i državnog neintervencionizma. Ona se snažno usprotivila nadolazećem etatizmu, navodeći mnogobrojne razloge o štetnosti socijalističkih tendencija koje su vodile u pravcu širenja aktivnosti vlade, i ona će, sa svim svojim bitnim obeležjima, biti predmet analize u ovom radu.

Osnovna obeležja neintervencionističke filozofije XIX veka: Spenserova i Samnerova odbrana laissez-faire doktrine

Minimalna država

Neintervencionistička filozofija temelji se na ideji minimalne države, koja je neraskidivo povezana sa *laissez-faire* doktrinom i idejom da nevidljiva ruka tržišta sama po sebi obezbeđuje slobodu, blagostanje i društveni napredak. Ova ideja podrazumeva da država ne treba da čini ništa više od zaštite ličnosti i svojine, jer bi svaka druga aktivnost vlade vodila ugrožavanju individualne slobode. Sve aktivnosti vlade koje bi imale za cilj pomoć određenoj kategoriji građana u različitim oblastima društvenog života ugožavale bi osnovne karakteristike teorijskog koncepta minimalne države – jednakost građana pred zakonom (kao konstitucionalni element vladavine prava); proceduralno shvatanje pravde (pravda kao jednakost tretmana), koncepciju slobode kao odsustva pravno neutemeljene prinude prema pojedincu (kako od strane drugih pojedinaca, tako i od strane nosilaca vlasti), kao i osnovne principe spontanog tržišnog poretka.

Ovakva koncepcija države, koja ne čini ništa više od zaštite individualne slobode, temelji se na antropološkim pogledima o čoveku kao sebičnom biću. Jer, ako su ljudi sebična bića, onda će oni, po prirodi stvari, upotrebiti svu moć koja se nalazi u njihovim rukama kako bi stekli korist za sebe. Zato, sama čovekova priroda zahteva ograničenu vladu. Samo ograničena vlada može obezbediti individualnu slobodu.

Ograničenja koja se nameću nosiocima državne vlasti stoga su više nego neophodna. Kako navodi Spenser, „kada ne bismo bili sebični nikakva legislativna ograničenja ne bi bila potrebna“⁶. Dakle, minimalna vlada je istovremeno i ograničena vlada, odnosno vlada ograničena svojom svrhom – zaštitom individualne slobode. U osnovi, zamisao minimalne države izgleda krajnje jednostavno – država ne treba da čini ništa više do da brani svoje granice od inostrane agresije i iznutra da održava pravične odnose među građanima.

Dok je u XX veku najpoznatiji zastupnik koncepcije minimalne države bio Robert Nozik (Robert Nozick), u XIX veku su to bili Herbert Spenser i Vilijam Grejem Samner. Ali, Nozikova koncepcija nije bila socijaldarvinistička, dok je kod Spensera i Samnera bila umetnuta u specifičan socijaldarvinistički okvir.

Misao Herberta Spensera naročito je značajna, jer predstavlja ozbiljan pokušaj da se stvori teorijski utemeljena etička osnova za liberalni politički i ekonomski sistem u vreme kada je uverenje u nužnost državne intervencije počelo da dobija na značaju. Na početku svog intelektualnog razvoja, predmet njegovog interesovanja bile su prirodne nauke, odnosno preciznije, biologija, a u tinejdžerskim godinama počeo je sa izučavanjem društvenih nauka. Godine 1843. objavio je prvi politički esej – *Odgovarajuća sfera vlade (The Proper Sphere of Governmet)*. U njemu je postavio temelje svoje filozofije individualizma, zalažući se za ograničenje sfere delovanja vlade. Međutim, ključni period za intelektualno stvaralaštvo Herberta Spensera bio je od 1848. do 1853. godine, dok je radio kao pomoćni urednik u *Ekonomistu*, koji je u to vreme promovisao *laissez-faire* principe i slobodnu trgovinu. Tada je objavio svoju prvu knjigu, *Socijalna statika (Social Statics)*, a njen izdavač, Džon Čepmen (John Chapman), pomogao mu je da se upozna sa naprednim i vodećim

⁶ Herbert Spencer, *Social Statics: Abridged and Revised*, Watts, London, 1910, str. 53.

misliocima toga doba kao što su Džon Stjuart Mil (John Stuart Mill), Tomas Henri Haksli (Thomas Henry Huxley) i Meri En Evans (Marry Anne Evans).

Bibliografija Herberta Spensera veoma je obimna i raznovrsna, ali svoje osnovne principe neintervencionističke filozofije izložio je u delima *Socijalna statika* iz 1851. godine i *Čovek protiv države* (*The Man Versus the State*) iz 1884. godine. U *Socijalnoj statici* Spenser je utemeljio svoj čuveni zakon jednake slobode (*law of equal freedom*) koji predstavlja *conditio sine qua non* njegove minimalne države. Po tom zakonu, svaki pojedinac ima slobodu da čini šta želi, pod uslovom da svojim radnjama ne ugrozi istu takvu slobodu drugih pojedinaca.⁷ Spenser time kaže da slobode nema tamo gde ne postoje nikakve granice, i u tom smislu možemo praviti poređenje između njegovog i Kantovog učenja iz *Metafizike morala*.⁸ Zapravo, on reafirmiše liberalni princip utemeljen od strane Johna Lockeja, prema kome svrha zakona nije da ukine ili ograniči, već naprotiv da sačuva i uveća slobodu.⁹

Obaveza je svakog pojedinca da poštuje tuđa prava kao što podržava svoja, jer to nalaže moralni zakon. Taj okvir slobode koji postavlja zakon jednake slobode podrazumeva da država, koju Spenser smatra nužnim zlom i čije dužnosti treba u što većoj meri ograničiti, ipak mora imati određene dužnosti. Reč je o dužnosti države da štiti, odnosno da održava zakon jednake slobode. Međutim, ova dužnost države nužno povlači za sobom i zaštitu građana u slučaju inostrane agresije, jer, kako kaže Spenser, ukoliko smo se složili da je esencijalna funkcija države da štiti ovaj zakon i čuva prava pojedinaca, „mi smo joj u stvari dodelili dužnost, ne samo da štiti svakog građanina od prekršaja njegovih suseda, već i da ga brani, zajedno sa zajednicom u celini, od inostranih agresora“¹⁰.

⁷ Ibid., str. 33.

⁸ Marko Dokić, Spencerova filozofija individualne slobode, *Filozofska istraživanja* 35(1), 2015, str. 147–148.

⁹ Džon Lok, *Dve rasprave o vladi*, Utopija, Beograd, 2002, str. 264.

¹⁰ Herbert Spencer, *Social Statics: Abridged and Revised*, str. 64

Država ima obavezu da štiti svoje građane podjednako i od unutrašnjih i od spoljašnjih neprijatelja, pa tako otpor stranom agresoru i onome ko uzurpira tuđu slobodu na unutrašnjem planu imaju isti objekat – čuvanje individualnih prava. Ipak, u odsustvu rata osnovna dužnost države je da održava pravdu, a sve aktivnosti vlade koje prevazilaze obavezu održavanja pravde ne spadaju ono što Spenser smatra odgovarajućom sferom vlade. Ona podrazumeva isključivo da država „štiti prirodna prava čoveka – da štiti ličnost i svojinu – da sprečava agresiju jačeg nad slabijim – jednom rečju, da održava pravdu“.¹¹ Stoga, zakon jednake slobode predstavlja istovremeno i formulu pravde.

Pošto je sa jedne strane očuvanje zakona jednake slobode, odnosno održavanje pravednih odnosa među građanima, Spenser proglasio osnovnom funkcijom države, a sa druge strane sreću odredio kao krajnji cilj svakog ponašanja, onda je jasno da bez pravde ne može biti govora o sreći. Shodno tome, mogli bismo kazati da je Spenserovo etičko učenje utilitarističko. Međutim, u Spenserovom slučaju nije reč o empirijskom utilitarizmu kao kod Bentama (Bentham) i Mila, već o racionalnom utilitarizmu, budući da je pokušao da pretvori principe ponašanja do kojih je stigao stari utilitarizam sa induktivnim metodom „od empirijskih u racionalne istine, pokazujući ne samo da su, kao što je induktivno potvrđeno, određene radnje uobičajeno praćene određenim rezultatima, već takođe i da deduktivno mora biti potvrđeno da i po pravoj prirodi stvari ovi rezultati *moraju* ići zajedno sa njima“¹², jer samo na taj način element uzročnosti može biti u potpunosti prepoznat. Zapravo, Spenser je smatrao da su dobri i loši rezultati određenih ponašanja neminovno posledice poretka stvari, te da je osnovni zadatak nauke o moralu „da dedukuje iz zakona života i uslova egzistencije koje vrste radnji nužno

¹¹ Herbert Spencer, *The Man versus the State with Six Essays on Government, Society and Freedom*, Liberty Fund, 1982, str. 187.

¹² William Henry Hudson, *An Introduction to the Philosophy of Herbert Spencer*, D. Appleton and Company, New York, 1894, str. 176.

vode sreći, a koje nesreći“ i da te „dedukcije treba da budu prepoznate kao zakoni ponašanja; da budu istovetni, nezavisno od neposredne procene sreće ili nesreće“¹³. Sve u svemu, suština Spenserovog etičkog učenja je da sreća kao konačni kriterijum univerzalnog ponašanja može biti postignuta samo u minimalnoj državi, odnosno u onom tipu društva koji on naziva industrijskim.

Spenser ulogu države posmatra kroz dve različite faze socijalne evolucije.¹⁴ U militarističkom tipu društva ne može biti govora o minimalnoj državi, jer je u takvom društvu pojedinac apsolutno podređen kolektivitetu, a odnosi u društvu se temelje na prinudi, centralističkom uređenju i bespogovornoj poslušnosti. Nasuprot tome, u višoj fazi socijalne evolucije, u industrijskom tipu društva, nestaje prinuda a jačaju individualizam i dobrovoljna kooperacija, tako da država dobija novu ulogu – da služi pojedincu. I tek tada možemo govoriti o minimalnoj državi, odnosno državi čija je osnovna uloga da štiti zakon jednake slobode. Dok prvi tip društva, zbog intervencionističke politike, samodovoljnosti i organizacije sveukupnog društvenog života iz jednog centra, reflektuje državni socijalizam, drugi tip društva, u kome nema aktivnosti države izvan navedene funkcije, reflektuje liberalni individualizam.

Pitanjem uloge države u drugoj polovini XIX bavio se i Vilijam Grejem Samner, prvi profesor sociologije u SAD i autor poznatog dela *Tradicionalni narodni život: studija o sociološkom značaju navika, ponašanja, običaja i morala (Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs and Morals)* iz 1906. godine. On se takođe u socijaldarvinističkom duhu suprotstavljao širenju uloge države, braneći osnovne principe individualizma i ideal minimalne države, a svoje protivljenje nadolazećim etatističkim tenedencijama izložio je u

¹³ Herbert Spencer, *The Principles of Ethics* vol. I, Liberty Fund, 1978, str. 91.

¹⁴ Herbert Spencer, *Institutions: being part V. of The Principles of Sociology*, Williams and Norgate, London–Edinburgh, 1882, str. 568–642.

delu *Šta društvene klase duguju jedna drugoj* (*What Social Classes Owe to Each Other*) iz 1883. godine.

Samner je mislio da je zabluda smatrati da država bilo kome duguje nešto osim mira, reda i garantovanja prava.¹⁵ Drugim rečima, smatrao je da država treba da ima ulogu noćnog čuvara. Kako je jasno definisao domen delovanja vlade, Samner ne dozvoljava da država preuzme redistributivnu ulogu i da ispravlja društvene nejednakosti. Kao i Spenser, i on staje na stanovište da se podele u društvu ne mogu prevazići i da država svojom intervencijom nikako ne može ispraviti socijalne nejednakosti. Na taj način on je društvenu stratifikaciju posmatrao kao zakon prirode, a zamisao da neka klasa „duguje“ nešto drugoj klasi, odnosno da neka klasa u društvu ima obavezu da bije životne bitke za drugu klasu ili rešava socijalne probleme zarad podmirenja životnih potreba druge klase, smatrao je krajnje pogrešnom jer kada pitamo šta država treba da uradi za pojedine kategorije stanovništva (npr. siromašne, radnike i sl.), to zapravo znači šta „svi-mi“ treba da uradimo za „neke-od-nas“¹⁶. A kako su „neki-od-nas“ uključeni u „sve-nas“ i dok god imaju korist od sopstvenih napora to je kao da rade za sebe i mogu biti izuzeti iz „svih-nas“, pitanje koje ostaje je: Šta treba „neki-od-nas“ da rade za „druge-od-nas“?¹⁷ To je centralno pitanje koje Samner pretresa, odnosno, drukčije rečeno: Šta društvene klase duguju jedna drugoj? A odgovor je veoma jednostavan – ništa. Stoga, samo minimalna država koja štiti posed i ličnost može biti kompatibilna sa individualnom slobodom.

Ukratko, ideja minimalne države gleda na državu kao potencijalnog uzurpatora individualne slobode, odnosno polazi se od teze da čak i najbolja vlada u jednom trenutku može ugroziti slobodu pojedinca. Međutim, država je ipak neophodna, ona je nužno zlo, jer je čoveku potrebna zaštita

¹⁵ William Graham Sumner, *What Social Classes Owe to Each Other*, The Caxton Printers Ltd, Idaho, 1974, str. 11.

¹⁶ Ibid., str. 11.

¹⁷ Ibid., str.11.

individualnih prava i svojine, i to kroz postojanje vojske, policije i sudova. Dakle, vlada treba da obezbeđuje samo one „usluge“ od kojih zavisi opstanak samog društva.¹⁸

Socijaldarvinizam

Socijaldarvinizam je podrazumevao teorijski pristup koji se u objašnjavanju društvenih fenomena oslanjao na delo Čarlsa Darvina. Kako kaže Banister (Bannister), „socijaldarvinista je [...] svaki onaj (i, daleko ređe, ona) koji svoje poruke ukrašava frazama kao što su *prirodna selekcija*, *borba za opstanak*, *opstanak najsposobnijih*, ili koji se na drugi način poziva na autoritet Čarlsa Darvina ili *Poreklo vrsta* prilikom razmatranja socijalne politike“.¹⁹ Međutim, socijaldarvinizam neintervencionističke društvene teorije druge polovine XIX veka, za razliku od nekih drugih socijaldarvinističkih pozicija, branio je pojedinca od države, odnosno individualnu slobodu od dominacije kolektiviteta kakav je država. Nasuprot tome, neke druge socijaldarvinističke teorije, pozivajući se takođe na prirodne zakone, grubo su pogazile individualnu slobodu i temelje otvorenog društva braneći tezu da postoje superiorne i inferiorne nacije. Tako je Nemačkoj „socijaldarvinizam postao više jedna ideologija koja glorifikuje državu“.²⁰ Dok je varijanta antietatističkog socijaldarvinizma tvrdila da će one države koje budu pomagale i intervenisale u korist najsiromašnijih članova nužno izgubiti u borbi za opstanak sa drugim državama, druga varijanta socijaldarvinizma, rasistički obojenog, tvrdila je da su nacija i rasa jedna vrsta organizma na koji takođe deluju sile evolucije, i da u borbi između njih opstaju najsposobnije,

¹⁸ Ayn Rand, *Vrlina sebičnosti*, Global Book, Novi Sad, 1997, str. 162.

¹⁹ Robert C. Bannister, *Social Darwinism: Science and Myth in Anglo-American Social Thought* Temple University Press, Philadelphia, 1979, str. xii.

²⁰ Majkl Ras, „Značenje evolucije“, u: Peter Singer (ur.), *Uvod u etiku*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci-Novi Sad, 2004, str. 710.

superiorne rase, odnosno nacije. Karl Pirson (Carl Pearson), britanski akademik, govorio je da je put društvenog napretka „posut olupinama nacija“ i da se „tragovi (ostataka preklanih) inferiornih rasa mogu posvuda videti“, a pruski general Fridrih fon Bernardi (Friedrich von Bernhardt) da je rat „biološka potreba od prvorazrednog značaja“, bez koga će uslediti „nesrećni razvitak, koji isključuje svaki napredak“.²¹

Kao što je istakao Ričard Hofstadter (Richard Hofstadter), darvinizam je neutralni instrument, koji je u stanju da podrži suprotstavljene ideologije, pa stoga treba praviti razliku između kolektivističkog i individualističkog darvinizma.²² Dok je jedan bio povezan sa imperijalizmom i rasizmom, drugi je bio povezan sa *laissez-faire* doktrinom.

Socijaldarvinizmom se dakle možemo služiti u cilju odbrane različitih ideoloških pozicija, ali se on pokazao naročito efikasnim za opravdanje *laissez-faire* ekonomije. Naime, kao što i u prirodi postoji stalna borba za opstanak između organizama u kojoj opstaju samo najспособniji, i na tržištu i u društvu, smatraju socijaldarvinisti, događa se isto. To je prirodni zakon koji ne sme da se remeti državnom intervencijom, koja ne može biti ocenjena drukčije nego kao pogubna, budući da favorizuje manje uspešne članove društva. Socijaldarvinizam je tako kod jednog broja branilaca *laissez-faire* doktrine postao više nego pogodan instrument za suprotstavljanje širenju polja vladinog delovanja i nadolazećeg uverenja u neophodnost državnog intervencionizma. U tom smislu, tvrdi se da je siromaštvo određenih kategorija stanovništva posledica zakona prirode, te da oni koji su nesposobni i lenji ne mogu istrajati u borbi za opstanak. Stoga, proizilazi da državna intervencija mora biti pogrešna, budući da narušava zakone prirode i pomaže onima koji su uložili

²¹ Navedeno prema: Marvin Peri, *Intelektualna istorija Evrope*, CLIO, Beograd, 2000, str. 481–482.

²² T. C. Leonard, „Origins of the Myth of Social Darwinism: The Ambiguous Legacy of Richard Hofstadter’s Social Darwinism in American Thought“, *Journal of Economic Behavior and Organization* 71, 2009, 38.

najmanje truda i čije delatnosti i akcije nisu rezultirale uspehom. Tako, Herbert Spenser ističe da društvo neće biti u stanju da opstane u borbi sa drugim društvima, ukoliko superiorne delove dovodi u neugodan položaj, a pomaže inferiornim delovima.²³ Shodno takvoj argumentaciji, država koja je po svojoj prirodi intervencionistička diskriminiše sposobnije članove, a svom snagom pomaže onima koji su nesposobni i koji po zakonu prirode ne mogu opstati u borbi za opstanak. Intervencionistički karakter države tako uvek potpomaže „opstanak najnesposobnijih“.²⁴

Zapravo socijalna evolucija koja po Spenseru ide od militarističkog ka industrijskom tipu društva označava i smenu borbe za opstanak između društava borbom za opstanak između pojedinaca u okviru industrijskog društva. Dakle, borba na bojnom polju u militarističkom društvu zamenjena je borbom u tržišnoj utakmici u industrijskom tipu društva, u kome, smatra Spenser, zakon opstanka najспособnijih mora biti dominantan i zaštićen od državnog intervencionizma koji ga guši. On je strahovao od širenja moći države i nastojao je da se snažnim individualizmom u *laissez-faire* maniru suprotstavi etatizmu i protekcionizmu, koji su sputavali mehanizam slobodnog, samoregulativnog tržišta. Protekcionizam i intervencionizam bili su antipod *laissez-faire* ekonomskoj doktrini i individualističkoj filozofiji klasičnog liberalizma.

Samner je takođe smatrao da tržište treba biti samoregulativno, uemeljeno na sopstvenim zakonima, jer je najproduktivnije kada nije sputano. Opšte bogatstvo i blagostanje najveće je u onom društvu u kome nema značajnijeg mešanja države. A ako osnovne teze *laissez-faire* doktrine iz ekonomije prenesemo na društveni poredak, onda možemo doneti zaključak da društvu ne treba sveprisutna

²³ Herbert Spencer, *The Man versus the State with Six Essays on Government, Society and Freedom*, str. 104–105.

²⁴ Herbert Spencer, *Social Statics: Abridged and Revised*, str. 108.

država sa glomaznom administracijom, plansko upravljanje, centralizacija i protekcionistička politika vlade. Kako kaže Samner, društvo ne treba brigu i nadzor, već treba da bude prepušteno sebi samome.²⁵ Drugim rečima, po Samneru, i za društvo je, kao i za ekonomiju, ključ *laissez-faire* doktrina, koja „prevedena na jednostavni engleski jezik glasi, *Mind your own business*“, što nije ništa drugo do doktrina slobode.²⁶

Kako je primena Darwinovih ideja u društvu osnovna karakteristika onog pravca u društvenoj teoriji koji zovemo socijaldarvinizmom, možemo kazati da je i Samner na tom kursu. Osnova njegove društvene teorije bila je „pretpostavka da je darvinizam relevantan za razumevanje društvenog života isto kao što je i za razumevanje organskog sveta“.²⁷ Sociologija se kao nauka o društvu u početnom razdoblju njenog razvoja čvrsto oslanjala na biologiju, i tu vezu naglašava i Samner u svom eseju *Sociologija*, gde kaže sledeće: „Već nam je poznato, u biologiji, sa velikim značajem činjenice da život na zemlji mora biti uspostavljen borbom protiv prirode, i takođe nadmetanjem sa drugim oblicima života. U poslednjoj činjenici, biologija i sociologija se dodiruju. Sociologija je nauka koja barata sa jednim opsegom pojava produkovanih borbom za opstanak, dok biologija barata sa drugim. Sile su iste, samo deluju na drugim poljima i pod drugim uslovima.“²⁸

Ovde zapravo uočavamo dva aspekta borbe – borbu pojedinaca da savladaju prirodu i zadobiju sredstva za preživljavanje od prirode i borbu između samih pojedinaca u nastojanju da zadobiju ograničene zalihe.²⁹ Između njih treba praviti razliku, jer prva borba, tj. borba za opstanak, podrazumeva vezu

²⁵ William Graham Sumner, *What Social Classes Owe to Each Other*, str. 103.

²⁶ Ibid., str. 104.

²⁷ Mike Hawkins, *M. Social Darwinism in European and American Thought 1860–1945: Nature as Model and Nature as Threat*, Cambridge University Press, 1987, str. 109.

²⁸ William Graham Sumner, *War and other Essays*, Yale University Press, New Haven, 1911, str. 173.

²⁹ Ibid., str. 176.

između pojedinaca i prirode, dok druga borba, kao svojevrsno nadmetanje pojedinaca za raspoloživim zalihama, predstavlja društveni odnos.³⁰ Ali, ono što je ključno jeste činjenica da se nijedna od njih ne može ublažiti društvenim reformama, jer „[z]akon opstanka najsposobnijih nije formulisao čovek, i ne može ga uništiti čovek“, čovek može samo „ometajući ga, da dovede do opstanka najnesposobnijih“.³¹ Dakle, i Samner je, kao i Spenser, smatrao da državni intervencionizam, koji se nalazi u temeljima svih društvenih reformi usmerenih ka uvećanju blagostanja u društvu, ne može doneti dobar ishod jer je u suprotnosti sa osnovnim pokretačem društvenog napretka – zakonom opstanka najsposobnijih.

Mada kada je reč o darvinizmu i primeni Darwinovih ideja u nauci o društvu treba naglasiti nekoliko činjenica. Prvo, Herbert Spenser je tvorac kovanice „opstanak najsposobnijih“ (*survival of the fittest*), a svoje delo *Socijalna Statika* napisao je osam godina pre nego što je Darwin objavio *Poreklo vrsta*. Drugo, sam Darwin nije krio da je Tomas Robert Maltus (Thomas Robert Malthus) značajno uticao na njegovu misao. I, na kraju, politička ekonomija i biologija oduvek su bili partneri, a evolucionističke ideje dugo su bile veoma privlačne za ekonomiste.³² Dakle, možemo kazati ne samo da je biologija igrala značajnu ulogu za početnu sociološku misao, već i da je taj uticaj bio dvosmeran, budući da su neke od osnovnih zamisli Darwinove teorije došle upravo iz sfere društvenih nauka. Zato je socijaldarvinizam kao mehanizam odbrane osnovnih principa *laissez-faire* doktrine bio više nego podesno sredstvo za kritiku socijalizma i nadolazeće kolektivističke ere. Međutim, u društvu je sve više raslo uverenje u neophodnost društvenih reformi u različitim sferama društvenog života, kao i u korisnost širenja delokruga vladine akcije u cilju podmirivanja različitih socijalnih potreba građana.

³⁰ Mike Hawkins, op. cit., str. 110.

³¹ William Graham Sumner, *War and other Essays*, str. 177.

³² T. C. Leonard, op. cit., str. 37.

Individualistička filozofija sve više je gubila na značaju, a uspon kolektivističkih doktrina, koje su se oslanjale na državni intervencionizam, na kraju je doveo do potpunog kraha liberalne ere i filozofije koja je promovisala individualnu slobodu. Tako su se kroz socijalizam, na kraju, širom otvorila vrata totalitarizmu. A još je Herbert Spencer upozoravao da državni intervencionizam i nekritičko širenje sfere delovanja vlade na kraju moraju da se završe ugrožavanjem individualne slobode i privatne inicijative, vodeći nas u državni socijalizam koji uvek podrazumeva ropstvo.³³ Zapravo, kaže Spencer, socijalizam podrazumeva takav vid društva koji izgleda kao društvo starog Perua „u kome su gomile ljudi precizno raspoređene u grupe od 10, 50, 100, 500 i 1000, pod vladavinom državnih činovnika [...] nadgledane u njihovim privatnim životima isto kao u industriji, beznadežno mukotrpno radeći za vladinu pomoć“.³⁴

U tom smislu neintervencionistička filozofija druge polovine XX veka, reflektovana kroz (socijaldavinističku) društvenu teoriju Herberta Spensera i Vilijama Grejema Samnera, značajna je ne samo što je predstavljala specifičnu odbranu ideala tada već donekle marginalizovane *laissez-faire* doktrine, već i zato što je upozoravala da preterani državni intervencionizam nužno označava postojanje paternalističke vlade i nedostatak individualne slobode.

Antietatizam

Neintervencionistička društvena teorija po svojoj je prirodi antietatistička. Ona nastoji ne samo da ograniči polje vladinog delovanja u smislu suprotstavljanja vladinim merama u oblasti socijalne politike, već i da ograniči samu vlast, kako ne bi došlo do pravno neutemeljene uzurpacije individualnih

³³ Herbert Spencer, *The Man versus the State with Six Essays on Government, Society and Freedom*, str. 55.

³⁴ *Ibid.*, str. 518.

prava. Jačanje uverenja u delotvornost vladine akcije i podređivanje pojedinca kolektivitetu, državi, nužno ugrožava individualnu slobodu, smatraju zastupnici neintervencionističkog pristupa. Jer, ukoliko vlada ima diskreciono pravo da identifikuje kategorije građana koji ne dobijaju onoliko koliko zaslužuju shodno ideji socijalne pravde, odnosno kojima treba vladina pomoć, onda uvek postoji opasnost da sloboda pojedinca iscuri kroz pukotine koje diskrecija stvara u sferi socijalne politike. Naime, pristalice *laissez-faire* doktrine smatraju da samo tržište koje nije sputano državnim mešanjem može odrediti koliko ko zaslužuje i da ono kao takvo uvek deluje neutralno – nezavisno od pola, boje kože, socijalnog statusa i sl. Isto tako, državnom intervencijom u obliku vladine pomoći nekoj kategoriji građana uvek se narušava jednakost građana pred zakonom budući da će neko njom dobiti više nego neko drugi. A kako vladi sredstva koja namerava da iskoristi u tu svrhu ne padaju sa neba, već ih obezbeđuje redistribucijom društvenog bogatstva, protivnici državnog intervencionizma se pitaju zašto bi uspešniji učesnici tržišne utakmice izdvajali novčana sredstva za one koji nisu bili uspešni. Time bi se, kako kažu pristalice individualističkog socijaldarvinizma, narušavao zakon opstanka najsposobnijih. Društvene reforme u oblasti socijalne politike najčešće se svode na to da se građanima počinju nametati razne dažbine i porezi, ali ne radi zaštite svojine i individualnih prava kao osnovne dužnosti države, već radi ostvarivanja različitih društvenih ciljeva koje je utvrdila vlada i zarad kojih preduzima čitav niz aktivnosti.

Sa druge strane, antietatizam neintervencionističke filozofije ispoljava se i u strahu od apsolutne dominacije kolektiviteta nad pojedincem koja može da rezultira u oduzimanju svojine i bespogovornom izvršavanju zapovesti koje dolaze od strane vlade čak i kada su u suprotnosti sa osnovnim principima autonomije pojedinca i slobode izbora. Drugim rečima, kada neki kolektivitet (rasa, nacija, država) do te mere zagospodari

društvenim životom pojedinca, onda ulazimo u predvorje totalitarizma i dolazi do opasnosti realizacije Rusoovog paradoksa slobode, prema kome država bolje zna od samog pojedinca šta je to što mu je potrebno da bi bio slobodan, te ga stoga može prisiliti da bude slobodan.³⁵ A onda se iz individualističkog veoma lako može skliznuti u kolektivistički socijaldarvinizam, kada rat postaje ne samo legitimno javnopravno stanje već i biološka potreba bez koje nema napretka. Tada militaristički duh postaje dominantan. Sa druge strane, Spenser i Samner smatrali su da je militarizam u direktnoj suprotnosti sa industrijalizmom; da sprečava ljude da pridaju pažnju pitanjima sopstvenog blagostanja, te da predstavlja korak nazad u socijalnoj evoluciji. Militarizam, zajedno sa imperijalizmom i ekspanzionističkim nacionalizmom, predstavlja direktnu posledicu etatizma i pretnju individualnoj slobodi.

Etatizam stvara takav socijalni ambijent u kome je pojedinac u potpunosti podređen zajednici. Iz toga je po prirodi stvari nastala doktrina da je posao zajednice, odnosno države, da ga ukalupi u plan za ostvarenje njenih primarnih ciljeva, pre svega njenog održanja. Dakle, etatizam podrazumeva ideju da je potrebno oblikovati karakter građana, odnosno da država ima obavezu da stvara „dobre građane“. To zapravo ne znači ništa drugo do da država upravlja pojedincem i njegovim privatnim životom, što ugrožava osnovne principe individualističke filozofije na kojoj se temeljila socijaldarvinistička društvena teorija XIX veka usmerena protiv kolektivističkih tendencija i glorifikovanja države.

Zaključna razmatranja - dometi socijaldarvinističkog suprotstavljanja državnom intervencionizmu

Osnovni problem socijaldarvinističke odbrane *laissez-faire* doktrine je u tome što pozivanje na prirodne zakone ne

³⁵ Žan Žak Ruso, Društveni ugovor, Filip Višnjić, Beograd, 1993, str. 38.

ostavlja prostor za moralne dileme. Naime, budući da prirodni zakoni ne zavise od čovekove volje, ne možemo reći ni da su moralni ni da su nemoralni. Međutim u društvu koje stvara čovek uvek se možemo zapitati da li je nešto valjano ili nije. Tako, i o ulozi države, granicama delovanja vlade i državnom (ne)intervencionizmu možemo donositi moralne ocene. Ovo stoga što se naši stavovi po ovim pitanjima uvek zasnivaju na vrednosnim sudovima. Shodno tome, neko će kritikovati razgranatu vladu i državni socijalizam, dok će drugi kritikovati liberalnu zamisao minimalne države.

Međutim, problem sa socijaldarvinističkim pristupom je taj što čineći distinkciju između „nesposobnih za egzistenciju“ i „sposobnih za opstanak“, odnosno „infernornih“ i „superiornih“, koja je rezultat delovanja prirodnih zakona, etička pitanja čini beznačajnim. Kao što u prirodi niko ne pomaže neadaptiranim životinjama, iako im je pomoć više nego potrebna, individualistički socijaldarvinisti smatraju da niko, pa ni država, ne treba da pomaže onim pojedincima koji se nisu na najbolji način prilagodili životu u industrijskoj državi. Ali, dok zver u prirodi ima pravo da uradi apsolutno sve u cilju preživljavanja, čovek u društvu ne može činiti sve, već samo ono čime neće ugroziti ista takva prava drugog pojedinca. Suština života u društvu je ono što oslikava Spenserov zakon jednake slobode – čovek ima slobodu da deluje samo u onoj meri dok ne ugrozi istu takvu slobodu drugoga, odnosno drugih. Ipak, ovde vidimo kontradiktornost u socijaldarvinističkoj odbrani *laissez-faire* učenja, jer praveći analogiju između prirode i društva uz pozivanje na prirodne zakone oni prave ogradu od etičkih pitanja i dilema, dok sa druge strane zaštita ličnosti i slobode kao osnovna dužnost države nameće pojedincima obavezu da deluju samo dotle dok ne ugroze tuđu slobodu, a što je svojevrsna formula pravde i zahtev etičke prirode.

U prirodi nema prostora za moralne standarde, jer u borbi za opstanak ne opstaju moralno najsavršenija već

najprilagođenija stvorenja. Tamo gde caruje zakon opstanka najsposobnijih ne možemo govoriti o poštovanju moralnih principa i onome što treba da bude. Stoga, ukoliko posmatramo društvo analogno prirodi, onda pitanja koja se nastoje rešiti putem državnog intervencionizma kao što su siromaštvo, beda i oskudica ne možemo tretirati drukčije do kao gvozdene zakone prirode koje nikakve mere vlade ne mogu promeniti. Samim tim socijaldarvinistička argumentacija postaje problematična jer ne može dati odgovor na pitanje – Postoji li moralna obaveza države da pomogne socijalno ugroženim kategorijama stanovništva? Oni će tvrditi da ne postoji, pozivajući se na prirodne zakone, ali će na taj način „prava“ koja stvorenja imaju u prirodi da čine sve što smatraju neophodnim u cilju očuvanja egzistencije pretočiti u društvenu sferu gde su prava jednog pojedinca ograničena istim takvim pravima drugog pojedinca, odnosno u sferu onoga što treba da bude, koja podrazumeva moralnu ocenu. Drugim rečima, osnovni problem pristupa socijaldarvinista je što predstavlja „nedopustivo skretanje od načina na koji stvari jesu na način na koji stvari treba da budu“.³⁶

Ipak, i pored pored prigovora koje možemo izneti socijaldarvinističkoj kritici širenju polja vladinog delokruga, ova varijanta društvene teorije imala je značajnu ulogu jer je u vreme kada je izvorni liberalizam ustupio mesto revizionističkoj varijanti liberalizma sa socijalističkim primesama ukazao na sve opasnosti koje će sa sobom doneti era državnog socijalizma. Istina, već smo kazali, način na koji se socijaldarvinistička društvena teorija XIX veka protivila državnom intervencionizmu i protekcionizmu podlozan je kritici, ali je isto tako nesporno da su njeni predstavnici još u vreme kada je socijalizam tek počeo dobijati svoju fizionomiju ukazali na to da će takva kolektivistička doktrina nužno ugroziti individualnu slobodu i slobodu izbora. Na kraju, nisu samo Spenser i Samner i, kasnije, konzervativni liberali tipa

³⁶ Majkl Ras, op. cit., str. 710.

Hajeka stavljali znak jednakosti između socijalizma i ropstva. Isto je to naglašavao i Aleksis de Tokvil (Alexis de Tocqueville).³⁷ Jer, težnja za socio-ekonomskom jednakošću do te mere je bila dominantna da se državnim intervencionizmom počela ugrožavati druga vrsta jednakosti, jednakost pred zakonom, kao integralni element slobode. Dakle, „glad“ za jednakošću bila je tolika da se tražila i po cenu okova.

Da rezimiramo, socijaldarvinističko suprotstavljanje širenju državnog intervencionizma, iako podložno kritici, značajno je u istoriji društvenih teorija jer predstavlja prvi pokušaj ukazivanja na štetnost proširivanja uloge države i upozoravanja na sve opasnosti koje sa sobom nosi kolektivism u celini. Istina, na posledice kolektivism i gušenje filozofije individualne slobode upozoravali su nas i liberali u drugoj polovini XX veka, ali individualistički socijaldarvinizam kao varijanta antietatističke društvene teorije ukazivala je na sve to kada još nismo pred očima imali posledice narastajućeg veličanja uloge države, koja je postala neizostavni element svih kolektivističkih doktrina – od komunizma do fašizma.

Na kraju, i na ovim prostorima, u periodu posle Drugog svetskog rata u vreme partijske države autoritarnog socijalizma videli smo da planska privreda, usiljena industrijalizacija, sveobuhvatni državni monopol i nepostojanje privatne inicijative mogu voditi ne samo ugrožavanju osnovnih ekonomskih sloboda, već i slobode u celini. A koliko je pisati o individualističkom socijaldarvinizmu u to vreme bilo nepreporučljivo, svedoči ne samo izuzetno mali broj radova na tu temu, već i činjenica da se u udžbenicima sociologije Herbert Spenser, jedan od njenih utemeljivača, i Vilijam Grejem Samner, prvi profesor sociologije u SAD, ili nisu uopšte ni pominjali ili su se stidljivo navodili samo pojedini segmenti

³⁷ Aleksis de Tokvil, O demokratiji u Americi, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića – Centar za istraživačko-izdavačku delatnost, Sremski Karlovci – Titograd, 1990, str. 455.

njihove društvene teorije, i to svakako ne oni koji su bili antietatistički obojeni i usmereni ka kritici državnog intervencionizma.

Summary

This paper examines in detail antiethatism and socialdarwinism as the basic features of the social theory of the 19th century, which represented non-interventionist philosophy *par excellence*. The most prominent representatives of this theoretical approach were Herbert Spencer and William Graham Sumner, who opposed the growing state interventionism and expanding of the sphere of government, by using socialdarwinistic arguments which was more than adequate to defend *laissez-faire* doctrine. This paper first examines the philosophical roots of non-interventionism and interventionism, that is, the idea of Scottish moral philosophers on the one hand and the idea of constructivist rationalism on the other, and then the idea of the minimal state and the socialdarwinistic framework on which the non-interventionist approach to social theory of Herbert Spencer and William Graham Sumner was based. Finally, the scope of the non-interventionist philosophy of the 19th century is examined and concisely presented.

Prof. dr Vladimir SAVKOVIĆ¹

**DERIVATIVNA TUŽBA U CRNOGORSKOM KOMPANIJSKOM
PRAVU OD 2002. DO 2020. GODINE
uporedna analiza tri zakonska rješenja**

Uvodna razmatranja

Nedavna skupštinska rasprava o tekstu Predloga Zakona o privrednim društvima bila je prilika da se na domaćoj javnoj sceni čuje nešto i o ponuđenim regulatornim rješenjima, koja bi narednih dana trebalo da postanu dio novog kompanijskog zakonodavstva.² Kako to obično biva u crnogorskom, i ne samo crnogorskom, javnom diskursu, bilo je različitih, ali uglavnom ne i argumentovanih vrijednosnih sudova. Ipak, neki od njih su predstavljali dovoljno interesantan povod da crnogorskoj stručnoj javnosti bude ponuđen naučno zasnovan, kritički osvrt na dosadašnji i budući, tj. predloženi zakonski okvir derivativnih tužbi - *sui generis* instituta kompanijskog prava o kojem je autor ovog teksta i ranije pisao.

Istorijski gledano, derivativne tužbe su nastale kao jedan od primarnih mehanizama za rješavanje tzv. „prvog agencijskog problema“ u kompanijskom pravu – sukoba interesa između vlasnika i uprava kompanija (*i.e.* društava kapitala). Konkretnije, jednu od posljedica Druge industrijske revolucije odnosno prateće ekonomske i pravne nadgradnje predstavljalo je značajno usložnjavanje procesa upravljanja velikim kompanijama. Rezultat toga je bio da su njihovi vlasnici bivali sve češće prinuđeni da vođenje sopstvenih

¹ Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

² U trenutku pisanja ovog teksta, iako je rasprava okončana, Predlog Zakona o privrednim društvima još uvijek nije bio izglasan u Skupštini Crne Gore, ali će u trenutku izlaska iz štampe ovog broja „Pravnog zbornika“ to vjerovatno biti slučaj.

kompanija prepuštaju posebno obučenim, profesionalnim upravljačima, za koje se danas i u crnogorskom jeziku odomaćio naziv „menadžeri“. Drugim riječima, došlo je do jasnog razdvajanja vlasničke od upravljačke funkcije, prvo u velikim akcionarskim društvima, a potom i drugim kompanijama.

Očekivana posljedica širokih ovlašćenja u pogledu upravljanja tuđom imovinom bila je pojava njihovih zloupotreba radi pribavljanja lične ili koristi za treća lica. Međutim, ključni problem je bio u tome što su oštećena (pravna) lica bile kompanije koje su redovno bile pod neposrednom kontrolom direktora-štetnika, dakle, sopstvenih zakonskih zastupnika. Gotovo istovremen odgovor na ovaj problem dali su poslovično kreativni engleski i američki sudovi, stvarajući pravno sredstvo danas poznato pod nazivom derivativna tužba.³ Ukratko, vlasnicima društava omogućeno je da u svoje ime, ali za račun društva tuže nelojalne direktore radi naknade štete pričinjene društvu kojim upravljaju. Danas, uz rijetke izuzetke na uporednom planu,⁴ krug pasivno legitimisanih lica obuhvata i kontrolne vlasnike društva, pa se može reći kako derivativna tužba odavno predstavlja i jedan od mehanizama za rješavanje tzv. „drugog agencijskog problema“ u kompanijskom pravu – sukoba interesa između većinskih i manjinskih akcionara, odnosno vlasnika društva.

³ Danas je uglavnom nesporno da je derivativna tužba kreirana sredinom 19. vijeka od strane engleskih sudova, u poznatom slučaju *Foss v Harbottle* (1843), te od strane američkih sudova, u slučaju *Dodge v Woolsey* (1855). Više: Savković Vladimir, *Derivativne akcionarske tužbe* (monografija), Podgorica, 2004, str. 41 – 43; DeMott Deborah, *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice*, West Publishing Corporation, St. Paul, Minnesota, 1987, Ch. I, str. 7 - 9; Ferrara Ralph C, Abikoff Kevin T, Leedy Gansler Laura, *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board*, Law Journal Press, 2005, Ch. I, str. 15 – 22.

⁴ Vidjeti: Baum Harald, Pucniak Dan W, *The Derivative Action: An Economic, Historical and Practice Oriented Approach*, in Baum Harald, Pucniak Dan W. and Ewing-Chow Michael (eds.), *Derivative Actions in Asia: A Comparative and Functional Approach*, Cambridge University Press, New York, 2012, str. 8.

Istina, u Sjedinjenim Američkim Državama, pravnom sistemu koji nerijetko slovi za jedinog istinski uspješnog na planu popularizacije i primjene derivativne tužbe,⁵ krug aktivno legitimisanih povremeno je bio proširivan i na druga lica, poput deponenata u odnosu na banku ili osiguranika u odnosu na osiguravača (osiguravajuće društvo).⁶ Ipak, riječ je o sporadičnim slučajevima iz veoma bogate prakse američkih sudova, pa bi bilo pretjerano tvrditi da se derivativna tužba može smatrati i mehanizmom za rješavanje tzv. „trećeg agencijskog problema“ kompanijskog prava – sukoba interesa društva kao cjeline i tzv. „stejkholdera“ (zaposlenih, klijenata, poslovnih partnera i drugih), još jednog termina odomaćenog u našem jeziku. Dakle, derivativna tužba je osmišljena i suštinski još uvijek predstavlja sredstvo koje stoji na raspolaganju članovima (primarno akcionarskih) društava radi zaštite imovinskih interesa društva kao posebnog subjekta u pravu, a posredno i sopstvenih imovinskih interesa od različitih vrsta zloupotreba uprave ili, pak, većinskog i drugih akcionara koji su u poziciji da ostvare efektivnu kontrolu nad društvom. Njeni najčešći „korisnici“, naravno, jesu manjinski akcionari, budući da većinski, iako aktivno legitimisani, redovno imaju efikasnije mehanizme zaštite sopstvenih (posrednih) imovinskih interesa u odnosu na društvo.⁷

Tokom druge polovine 20. vijeka, derivativna tužba je pronašla svoj put iz anglo-američkog civilizacijskog i pravnog kruga u kontinenentalno-evropski, pa danas najveći broj evropskih kompanijskih zakona baštini ovaj karakteristični

⁵ Više o derivativnim tužbama u SAD-u i razlozima njihove uspješnosti u tom pravnom sistemu: Savković Vladimir, *From great expectations to an even greater failure - the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself*, 6(2) *Juridical Tribune*, 2016, str. 7 – 21, 11 – 13.

⁶ Više: Savković Vladimir, *Derivativne akcionarske tužbe...*, str. 70 – 73.

⁷ Štoviše, vrijedi pomenuti da su u sudskoj praksi SAD-a zabilježeni i rijetki slučajevi u kojima je većinskim akcionarima negirano pravo na upotrebu ovog pravnog sredstva, uz obrazloženje da imaju očigledno efikasnije mehanizme zaštite svojih interesa na raspolaganju. Vidjeti: *Ibid*, str. 73.

institut kompanijskog prava. No, iako su derivativne tužbe integrisane u neke od tih pravnih sistema već duže od pola vijeka, ovaj institut još nije na pravi način zaživio u kontinentalnoj Evropi. Naime, istraživanja ukazuju na to da derivativne tužbe i dalje ne ostvaruju punu svrhu svog postojanja izvan Sjedinjenih Američkih Država,⁸ čak ni u Ujedinjenom Kraljevstvu, gdje se tek odnedavno ne tretiraju kao (rijedak) izuzetak od pravila kojim su načelno zabranjene. Ni Crna Gora dosad nije bila izuzetak na ovom planu. Naprotiv. Redovi koji slijede pokušaj su da se osvijetli jedan dio razloga za to. Dio koji se odnosi na kvalitet regulatornog okvira derivativnih tužbi u Crnoj Gori uopšte i u tom kontekstu njegovu prilagođenost posebnostima nacionalnog pravnog sistema. O drugom dijelu problema, koji bi se uslovno mogao nazvati „konstrukcionom greškom“ u temeljima samog koncepta derivativne tužbe, autor ovog teksta je već pisao.⁹

⁸ Gelter Martin, "Why Do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?" Brooklyn Journal of International Law, Vol. 37(3), 2012, str. 843 – 892, 859; Grechenig Kristoffel, Sekyra Michael, "No Derivative Shareholder Suits in Europe - A Model of Percentage Limits, Collusion and Residual Owners", German Working Papers in Law and Economics: Vol. 2007: Article 2 (dokument je dostupan na internetu, na web adresi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=933105). Istina, treba imati u vidu da su, primjera radi, dvije najmnogoljudnije zemlje, Kina i Indija, tek nedavno uvele ovo pravno sredstvo u svoje pravne sisteme, pa je još uvijek rano za ocjene o uspješnosti derivativnih tužbi u tim, kao i drugim jurisdikcijama u kojima ove tužbe imaju sličan status. Vidjeti: Zhong Zhang, "The Shareholders Derivative Actions and Good Corporate Governance in China: Why the excitement is actually for nothing", Pacific Basin Law Journal, Vol. 28(2), 2011, str. 174 - 209; Kini Tanvi, "The Significance of Derivative Action in India: An Analysis of Section 245 of the Companies Act, 2013", Law Mantra Journal, Vol. 2(5), 2014.

⁹ Savković Vladimir, From great expectations to an even greater failure..., str. 18 – 20;

Derivativna tužba u Zakonu o privrednim društvima (2002)

Prvi crnogorski kompanijski zakon stupio je na snagu početkom 2002. godine.¹⁰ Između ostalog, predstavljao je konkretan rezultat podrške Američke agencije za međunarodni razvoj (eng. "United States Agency for International Development - USAID") reformi crnogorskog zakonodavstva u tom periodu. Ta se podrška, između ostalog, ogledala i u naglašenoj ulozi eksperata iz Sjedinjenih Američkih Država u izradi ovog zakonskog teksta. To je izvjesno jedan od glavnih razloga usljed kojih je Zakonom o privrednim društvima (2002) u crnogorsko pravo transponovan jedan broj regulatornih rješenja karakterističnih za anglo-američku korporativnu i pravnu kulturu, ali dokazano teško primjenjivih van država koje tu kulturu izvorno baštine. Najtipičniji primjer u tom kontekstu bio je upravo zakonski okvir derivativnih akcionarskih tužbi iz člana 30. stav 4. i stav 5. Zakona o privrednim društvima (2002).

Odredbe člana 30. stav 4. i stav 5. glasile su:

- (4) „Kada se utvrdi da je došlo do nepravilnosti u upravljanju ili poslovanju društva, društvo ima pravo da tuži odgovorno lice kod Privrednog suda, a ne njegovi akcionari, osim u slučajevima navedenim u stavu 5.

¹⁰ Zakon o privrednim društvima, "Sl. list Republike Crne Gore", br. 006/02 i „Sl. list Crne Gore”, br. 017/07, 080/08, 040/10, 036/11 i 040/11. Istine i poštovanja sopstvene tradicije radi, valja napomenuti da je početkom 20. vijeka u Crnoj Gori postojao Trgovački zakonik, koji je stupio na snagu nekoliko mjeseci prije proglašenja Kraljevine Crne Gore, 1910. godine. Međutim, iako je sadržao odredbe kojima se načelno uređuju tri vrste privrednih društva: društvo javno (ortačko društvo), društvo mješovito (komanditno društvo) i ortakluk bezimeni (akcionarsko društvo), s obzirom na znatno širi regulatorni opseg, teško da bi mu mogao biti dodijeljen epitet „kompanijskog“.

(5) Akcionar društva ili njegov nasljednik ima pravo da kod Privrednog suda podnese tužbu, ako:

- 1) je neka radnja društva nezakonita ili van ovlašćenja društva;
- 2) većinski akcionari diskriminišu manjinske akcionare;
- 3) su povrijeđena prava akcionara;
- 4) ona lica koja kontrolišu društvo, bilo da je to odbor direktora ili većinski akcionari, prevare manjinske akcionare.“

Citirane odredbe predstavljaju relativno jasan, mada ne i uspješan pokušaj direktne transpozicije iz engleskog u crnogorsko pravo anahronog precedentnog pravila koje se neposredno vezuje za slučaj *Foss v Harbottle*, iz 1844. godine.

Riječ je o pravilu koje je u značajnoj mjeri napušteno 2006. godine čak i u zemlji porijekla, prije svega, zbog vrlo restriktivnog i po aktivno legitimisane akcionare suštinski nepovoljnog pristupa derivativnim tužbama, kao i zbog tradicionalno nejasnih standarda u pogledu njihove dozvoljenosti.¹¹ *Foss v Harbottle* pravilo, dobro je poznato, polazi od toga da pravo na tužbeni zahtjev protiv odgovornih lica u kompaniji, u vezi sa različitim (štetnim) nepravilnostima u njihovom radu, pripada isključivo oštećenoj kompaniji kao posebnom subjektu u pravu, te da se (derivativne) akcionarske tužbe moraju smatrati i u praksi tretirati samo kao izuzetak.¹²

Drugim riječima, ovim pravilom se dodatno povlašćen tretman daje upravo većinskom akcionaru ili akcionarima,

¹¹ Te godine je stupilo na snagu novo kompanijsko zakonodavstvo Ujedinjenog Kraljevstva, kojim je, između ostalog, razrađen i značajno izmijenjen dotadašnji okvir derivativne tužbe. Više: Reisberg Arad, „Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?“, University College London Law Research Paper No. 09-02 (dostupno na internet adresi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1092629).

¹² Više o ovom pravilu: Boyle Anthony J., *Minority Shareholders' Remedies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, str. 1 – 23; Savković Vladimir, „From great expectations...“, str. 13 – 14.

budući da se polazi od toga da je njihova volja praktično neprikosnovenjena u društvu koje kontrolišu, što je pristup tipičan za anglo-američku korporativnu kulturu.

Prema tome, stav engleskih sudova je bio da većinski akcionari, ukoliko smatraju da su članovi uprave nanijeli štetu društvu, to društvo mogu primorati preko skupštine kao vlasničkog i najvišeg organa društva da takve štetnike i tuži, ili ih jednostavno razriješiti. Na drugoj strani, kada su manjinski akcionari u pitanju, stav engleske judikature je bio da se oni moraju pomiriti sa odlukama većinskih akcionara, osim u nekoliko izuzetnih i vrlo restriktivno tumačenih prilika, kada je derivativna tužba dozvoljena. Odatle se *Foss v Harbottle* pravilo i u praksi i u teoriji načelno smatra jednim od nepovoljnijih pravnih okvira derivativne tužbe, posebno kada su manjinski akcionari u pitanju.

Dakle, *Foss v Harbottle* pravilo, pa samim tim i originalu uglavnom vjerna verzija iz Zakona o privrednim društvima (2002) suštinski su restriktivni i nepovoljni sa stanovišta zaštite legitimnih interesa manjinskih akcionara. Međutim, pored ove, neuspjehu pravnog okvira derivativnih tužbi koji je transponovan u crnogorsko kompanijsko pravo 2002. godine ključno je doprinijela još jedna okolnost koju crnogorski zakonodavac u tom trenutku, čini se, nije imao u vidu. Naime, dvije citirane odredbe iz člana 30. stav 4. i stav 5. Zakona o privrednim društvima (2002) jesu najčešća sublimacija *Foss v Harbottle* pravila. Međutim, osim što derivativne tužbe tretira kao strogi izuzetak, ovo pravilo je zasnovano na čitavom nizu vrlo važnih, dodatnih standarda osnovom kojih se određuje – suštinski, dalje sužava – dozvoljenost tužbenog zahtjeva zasnovanog na jednom od tri utvrđena materijalnopravna osnova za derivativnu tužbu. Ovi standardi rezultat su brojnih precedenata iz engleske sudske prakse i nijesu sublimirani u zakonskim ili drugim propisima da bi ih drugi nacionalni zakonodavci mogli jednostavno transponovati u svoje pravne poretke.

Za razumijevanje i primjenu pomenutih standarda potrebno je temeljno poznavanje engleskog kompanijskog i posebno precedentnog prava u toj oblasti, što se svakako nije moglo očekivati od crnogorskih sudova. Posebno imajući u vidu činjenicu da najveći broj crnogorskih sudija s početka 2000-ih tokom svog formalnog obrazovanja nije imao priliku da se upozna čak ni sa osnovama modernog kompanijskog prava, jer se organizacija privrednih subjekata sve do početka 90-ih godina prošlog vijeka, a time i nastava iz statusnog privrednog prava, zasnivala na socijalističkom konceptu samoupravljanja. Ta, kao i neke druge okolnosti koje ovdje nije neophodno potencirati, objektivno su uslovile neuspješnu transpoziciju instituta derivativnih tužbi iz engleskog u crnogorsko kompanijsko pravo, koja se prvih godina po stupanju na snagu Zakona o privrednim društvima (2002) ogledala i u gotovo potpunom ignorisanju ovog pravnog sredstava od strane domaće pravne struke.

Derivativna tužba nakon izmjena Zakona o privrednim društvima (2002), iz 2007. godine

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o privrednim društvima (2002),¹³ iz 2007. godine, izmijenjen je donekle i regulatorni okvir derivativne akcionarske tužbe u crnogorskom pravu. Nakon izmjena i dopuna, član 30. stav 4. i stav 5. glasil su:

- (4) „Kada se utvrdi da je došlo do nepravilnosti u upravljanju ili poslovanju društva, društvo ima pravo da tuži odgovorno lice kod Privrednog suda. U slučaju da društvo ne tuži odgovorno lice, akcionar ima pravo da u svoje ime, a za račun društva tuži odgovorno lice u društvu koje je odgovorno za nepravilnosti u upravljanju ili

¹³Sl. list CG", br. 17/07 od 31.12.2007. Nakon tada izvršene izmjene, zakonski okvir derivativnih tužbi više nije mijenjan, sve do 2020. godine.

poslovanju društva (derivativna tužba). Akcionar ima pravo na derivativnu tužbu ako je prethodno u pisanom obliku zahtijevao od društva da tuži odgovorno lice, a društvo je taj zahtjev odbilo ili nije podnijelo tužbu u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva. Ostvarena naknada štete po derivativnoj tužbi pripada društvu, a akcionar koji je podnio derivativnu tužbu ima pravo na naknadu troškova.

(5) Akcionar društva ili njegov nasljednik ima pravo da kod Privrednog suda podnese tužbu, ako:

- 1) je neka radnja društva nezakonita ili van ovlašćenja društva;
- 2) većinski akcionari diskriminišu manjinske akcionare;
- 3) su povrijeđena prava akcionara;
- 4) ona lica koja kontrolišu društvo, bilo da je to odbor direktora ili većinski akcionari, prevare manjinske akcionare.“

Dakle, pravilo o ekskluzivnom ovlašćenju društva da štiti sopstvena prava iz Zakona o privrednim društvima (2002) je izmijenjeno na način što je pravo na derivativnu tužbu dato akcionarima crnogorskih društava u širokom krugu situacija koje mogu potpadati pod formulaciju „nepravilnosti u upravljanju ili poslovanju društva“. iz izmijenjenog člana 30. stav 4. Takođe, uveden je i prethodni zahtjev društvu, dotad nedostajuća, ali uporedno gledano standardna procesna pretpostavka za sticanje prava na podnošenje derivativne tužbe.¹⁴

¹⁴ Za uporednu analizu (evropskih) nacionalnih regulatornih okvira derivativne tužbe, koja uključuje i osvrt na ostale procesne pretpostavke za pokretanje postupka po derivativnoj tužbi, vidjeti: Latella Dario, "Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive", 6(2) European Company and Financial Law Review, 2009, str. 307 – 323.

Prema tome, može se zaključiti da je izmjenama crnogorskog kompanijskog zakonodavstva iz 2007. godine napuštena primarna, a pokazalo se i pogrešna ideja transpozicije *Foss v Harbottle* pravila u crnogorsko pravo i njegove autentične razrade kroz praksu domaćih sudova. Međutim, ostaje apsolutno nejasno koji su bili motivi zakonodavca da član 30. stav 5. zadrži kao dio zakonskog teksta i nakon izmjena iz 2007. godine. Naime, u članu 30. stav 4. je postavljen neuobičajeno širok materijalnopравни osnov za podnošenje derivativne tužbe, a uklonjena odredba o ekskluzivnom pravu društva da štiti sopstvena prava, što je ključna odrednica *Foss v Harbottle* pravila. Zato je zadržavanje izuzetaka od tada već napuštenog precedentnog pravila - koji su pritom već bili obuhvaćeni gore citiranim, široko postavljenim pravnim osnovom iz člana 30. stav 4. - bilo potpuno suvišno i zbunjujuće. Štoviše, takva se odluka može tumačiti jedino kao posljedica okolnosti da crnogorski zakonodavac ni 2007. godine nije razumio sadržinu i smisao precedentnog pravila iz engleskog prava, ali ni sopstvenu pravnu konstrukciju kojom je 2002. godine, uz pomoć stranih eksperata, pokušao da ga prenese u domaće zakonodavstvo.

Osim što je ostavljanjem „u životu“ izvornog člana 30. stav 5. Zakona o privrednim društvima (2002) napravio nepotrebnu konfuziju na planu primjene instituta derivativnih akcionarskih tužbi u Crnoj Gori, prilikom izmjena iz 2007. godine, crnogorski zakonodavac još jednom je propustio da na valjan način razradi njihov materijalnopравни osnov. Konkretno, formulacija „nepravilnosti u upravljanju ili poslovanju društva“ bila je nedovoljno jasna da bi crnogorska judikatura - nenavikla da stvara pravo na bazi apstraktnih i uopštenih zakonskih formulacija - učinila da derivativne tužbe postanu iole efikasno sredstvo u zaštiti posrednih interesa manjinskih akcionara, oličenih u neposrednom materijalnom interesu društva u njihovom vlasništvu.

Objektivno govoreći, bio bi to težak izazov za bilo koje (kontinentalno) evropsko pravosuđe.

Najzad, koliko je poznato autoru ovog teksta, sve do danas, u Crnoj Gori je zabilježen zanemarljivo mali broj pravosnažnih sudska odluka kojima se usvaja derivativna tužba. Bez obzira na to što derivativne tužbe načelno nijesu naišle na pretjerano plodno tle u kontinentalno-evropskim pravnim sistemima, to je još jedan pokazatelj neuspjeha u koncipiranju regulatornog okvira derivativnih tužbi, kako incijalnim zakonskim tekstom tako i njegovim izmjenama iz 2007. godine.

Derivativna tužba u Predlogu Zakona o privrednim društvima (2020)

Predlogom Zakona o privrednim društvima, slično pristupu nekim drugim segmentima standardne materije kompanijskog prava, u cjelini se mijenja dosadašnji okvir derivativnih tužbi. U užem smislu, predloženi regulatorni okvir derivativnih tužbi sadržan je u članu 51. Predloga Zakona o privrednim društvima, koji glasi:

- (1) „Svaki član akcionarskog ili društva sa ograničenom odgovornošću, bez obzira da li su razlozi za podnošenje tužbe nastali prije ili nakon sticanja svojstva člana društva, radi naknade štete pričinjene društvu, može podnijeti tužbu iz čl. 34, 38, 41, 45 i 47 ovog zakona, i to u svoje ime, a za račun društva (derivativna tužba), ako je prije podnošenja derivativne tužbe pisanim putem zahtijevao od društva da podnese tužbu po tom osnovu (prethodni zahtjev), a zahtjev je odbijen ili po zahtjevu nije postupljeno u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva.
- (2) Izuzetno od stava 1 ovog člana, pravo na podnošenje tužbe u svoje ime, a za račun zavisnog društva

(derivativna tužba za zavisno društvo), ima svaki član matičnog društva, ako:

- 1) matično društvo posjeduje najmanje 90% osnovnog kapitala zavisnog društva;
 - 2) je prije podnošenja derivativne tužbe pisanim putem zahtijevao od matičnog društva da podnese derivativnu tužbu po istom osnovu (prethodni zahtjev matičnom društvu), odnosno od zavisnog društva da podnese tužbu protiv lica odgovornih za štetu (prethodni zahtjev zavisnom društvu), a oba zahtjeva su odbijena ili po zahtjevima nije postupljeno u roku od 30 dana od dana njihovog podnošenja;
 - 3) je zavisno društvo akcionarsko društvo ili društvo sa ograničenom odgovornošću.
- (3) U slučaju da društva iz st. 1 i 2 ovog člana podnesu tužbu po prethodnom zahtjevu, sud će podnosiocu prethodnog zahtjeva dozvoliti da stupi u parnicu kao umješak na strani tužioca.
- (4) Podnosioci prethodnog zahtjeva mogu podnijeti tužbu iz st. 1 i 2 ovog člana, ako do trenutka podnošenja prethodnog zahtjeva nije proteklo više od šest mjeseci od dana saznanja za učinjenu povredu, odnosno ako od trenutka kada je povreda učinjena pa do trenutka podnošenja prethodnog zahtjeva nije prošlo više od tri godine.
- (5) U slučaju da se tužbeni zahtjev iz st. 1 ili 2 ovog člana usvoji, nadležni sud može poništiti odluku organa društva kojom je nanijeta šteta, vodeći računa o zaštiti interesa savjesnih trećih lica.“

Suštinski, pa čak i formalno, regulatorni okvir derivativnih tužbi u Predlogu Zakona o privrednim društvima obuhvata ne samo član 51. predloženog zakonskog teksta već i dvadesetak prethodnih članova kojima se preciziraju lica sa posebnim dužnostima prema društvu, sadržina tih dužnosti i

osnovi za upotrebu pravnih sredstava (tužbi) koja stoje na raspolaganju društvu radi sankcionisanja prekršilaca.¹⁵ Takva „simbioza“ zakonskih okvira dva važna kompanijskoppravna instituta, čini se, najviše može doprinijeti upravo afirmaciji i zaživljavanju derivativnih tužbi u crnogorskom pravnom sistemu. U redovima koji slijede, predmet pažnje su upravo ova i druge karakteristike koje predloženi zakonski okvir derivativnih tužbi razlikuju od onih iz još koji dan aktuelenog zakonskog teksta (Zakon o privrednim društvima (2002)).

Prije svega, članom 51. Predloga Zakona o privrednim društvima ustanovljeno je pravo na derivativnu tužbu ne samo u korist akcionara već i članova društva sa ograničenom odgovornošću. To je prvi značajniji iskorak u odnosu na prethodni koncept derivativnih tužbi i pitanje zaštite interesa manjinskih vlasnika crnogorskih privrednih društava, posebno imajući u vidu okolnost da društva sa ograničenom odgovornošću predstavljaju više od 90% privrednih društava u Crnoj Gori. Pored značajnog širenja kruga aktivno legitimisanih lica za podizanje derivativne tužbe, posebno važna okolnost je preciziranje materijalnopravnog osnova time što je derivativna tužba dozvoljena u svim slučajevima kada je povredom jedne od posebnih dužnosti neko od odgovornih lica nanijelo štetu društvu. Naravno, pod uslovom da na prethodni zahtjev tužioca postupak nije pokrenulo samo društvo.

Preklapanjem materijalnopravnog osnova derivativnih tužbi sa materijalnopravnim osnovom tužbi zbog kršenja široko postavljenih, ali pritom detaljno razrađenih posebnih dužnosti prema društvu, već je istaknuto, napravljen je značajan iskorak na planu unaprijeđenja regulatornog okvira derivativnih tužbi u Crnoj Gori. Prije svega, potencijalnim tužiocima, ali i sudovima po prvi put su date precizne zakonske instrukcije o tome što se može i mora prihvatiti kao

¹⁵ Riječ je o najširoj od njih, dužnosti pažnje, kao i dužnostima prijavljivanja ličnog interesa, izbjegavanja sukoba interesa, čuvanja poslovne tajne i poštovanja zabrane konkurencije.

osnov za derivativnu tužbu. Uz to, direktnim preklapanjem osnova za podnošenje tužbe zbog kršenja posebnih dužnosti prema društvu sa osnovima za podnošenje derivativne tužbe snažno se podstiče brža standaradizacija sudske prakse na planu primjene odredaba zakona kojima se ti osnovi utvrđuju, što bi po prirodi stvari trebalo direktno da doprinose boljem razumijevanju i slobodnijoj upotrebi derivativnih tužbi u budućnosti.

Još jedna značajna promjena inaugurisana Predlogom Zakona o privrednim društvima u odnosu na prethodni zakonski okvir je uvođenje tzv. „dvostruke (višestruke) derivativne tužbe“ (eng. “double (multiple) derivative action“) ili „tužbe za zavisno društvo“.¹⁶ U najkraćem, riječ je o tužbi koju podiže član matičnog društva u svoje ime a za račun zavisnog društva protiv lica koja su tom zavisnom društvu nanijela štetu.¹⁷ Naravno, pod uslovom da to nijesu po njegovom zahtjevu učinili ni matično ni zavisno društvo. Na ovaj način je u značajnoj mjeri redukovana prostor za različite vidove zloupotreba odnosa matičnog i zavisnog od strane uprava oba društva. Naime, iako se formalno radi o dva posebna subjekta u pravu, gdje bi svaki od njih preko svojih zakonskih zastupnika trebalo da vodi računa o zaštiti sopstvenih imovinskih interesa, praksa pokazuje da se nerijetko radi o faktički jednom poslovnom entitetu koji je pod direktnom kontrolom uprave matičnog društva.

¹⁶ Valja imati u vidu da je višestruku derivaciju, odnosno višestruku derivativnu tužbu, iako tek rudimentarno razrađenu, poznavao i savezni Zakon o preduzećima, iz 1996. godine („Sl. list SRJ“, br. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999 i 36/2002).

¹⁷ Više o pojmu, pravnoj prirodi, te argumentima za i protiv višestrukih derivativnih tužbi: Tsang King Fung “International Multiple Derivative Actions“, 52(1) Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2019, str. 75 – 120; Reisberg Arad, Prentice Danielle, “Multiple Derivative Actions“. 125 Law Quarterly Review, September 2009; Savković Vladimir, Derivativne akcionarske tužbe..., str. 74 – 77; Locasio David, “The Dilemma of the Double Derivative Suit“, Northwestern University Law Review, Spring 1989, str. 735 – 759.

Zato se prepoznavanjem člana matičnog društva kao ovlašćenog podnosioca derivativne tužbe protiv uprave zavisnog društva, posebno kada je matično društvo njegov jedini član, suštinski onemogućava uprava matičnog da preko zavisnog društva, tj. posredno realizuje štetne poslove koje ne može ili ne smije realizovati direktno zbog toga što u svom društvu ima (agilne) manjinske akcionare. Uz to, pravo na tužbu za zavisno društvo je prošireno na članove svih oblika privrednih društava, pod uslovom da je zavisno društvo u datoj situaciji akcionarsko ili društvo sa ograničenom odgovornošću, što je takođe značajan iskorak na planu promovisanja derivativne tužbe u crnogorskom pravu.

U članu 51. stav 3, Predlog Zakona o privrednim društvima donosi i jednu odredbu procesno-pravnog karaktera. Ukoliko društvo na upućeni prethodni zahtjev odgovori pozitivno i samo podnese tužbu protiv odgovornih lica, sud je obavezan da podnosiocu prethodnog zahtjeva dozvoli da stupi u parnicu kao umješać na strani tužioca. Naravno, u skladu sa crnogorskom procesno-pravnom regulativom, sud svakako ima mogućnost da licu koje dokaže pravni interes za uspjeh jedne od strana u sporu dodijeli status umješaća koji će se pridružiti toj strani.¹⁸ Ipak, budući da je u konkretnom slučaju riječ o akcionaru, odnosno članu čiji su pravni i ekonomski interes u odnosu na rezultat takve parnice samo posrednog karaktera, odluka suda u takvim situacijama nije, odnosno ne bi uvijek bila izvjesna. Zato je predmetna „procesno-pravna intervencija“ u Predlogu Zakona o privrednim društvima načelno opravdana, kako sa stanovišta stvaranja pravne izvjesnosti kod sporova pokrenutih derivativnom tužbom tako i sa stanovišta zaštite legitimne pozicije podnosioca prethodnog zahtjeva kao inspiratora i *de facto* tužioca u postupku.

¹⁸ Član 205. Zakona o parničnom postupku ("Sl. list RCG", br. 22/2004, 28/2005 i 76/2006 i "Sl. list CG", br. 47/2015, 48/2015, 51/2017, 75/2017 - odluka US, 62/2018 - odluka US, 34/2019 i 42/2019.

Pored objektivnih rokova za podnošenje derivativne tužbe, za razliku od dosadašnjeg, predloženim zakonskim aktom je utvrđen i subjektivni rok, pa bi se tužbeni zahtjev mogao podnijeti u roku od šest mjeseci od dana saznanja za učinjenu povredu. Na drugoj strani, objektivni rok skraćen je sa pet na tri godine od trenutka učinjene povrede, što se, između ostalog, može posmatrati i u kontekstu informatičkog doba u kojem živimo.

Gore navedene su ključne karakteristike predloženog (novog) zakonskog okvira derivativnih tužbi, koje ga ujedno i razlikuju od regulatornih okvira derivativnih tužbi iz 2002. i 2007. godine, iz još uvijek važećeg Zakona o privrednim društvima. U tom smislu, posebno je vidljivo da su Predlogom Zakona o privrednim društvima, prije svega, izbjegnute nedosljednosti i unutrašnje protivurječnosti koje su karakterisale i karakterišu još uvijek važeći Zakon o privrednim društvima, a koje su dobrim dijelom uslovile dosadašnji neuspjeh koncepta derivativnih (akcionarskih) tužbi u Crnoj Gori. Uz to, vidljivo je preciziran materijalnopравни osnov derivativne tužbe, te uvedena derivativna tužba za zavisno društvo, između ostalog, kao prepreka zloupotrebama sve prisutnije strategije poslovanja preko povezanih društava, odnosno „društava sa posebnom namjenom“ (eng. “Special Purpose Vehicles - SPVs“). Konačno, garantovanjem podnosiocu prethodnog zahtjeva statusa umješača u sporu koji na njegovu inicijativu pokrene društvo, nelojalnim upravama društava onemogućeno je izbjegavanje odgovornosti isključivanjem takvog lica iz parnice i *de facto* simuliranjem uloge tužioca u daljem postupku.

Umjesto zaključka

Predloženi (novi) zakonski okvir derivativnih tužbi izvjesno predstavlja značajno poboljšanje u odnosu na prethodni, odnosno prethodne. Jasan pokazatelj toga je i

njihova, gore predstavljena uporedna analiza. To, naravno, ne znači da nije bilo ili da nema prostora za razmišljanje i rad u pravcu daljih poboljšanja, kako u pogledu procesnopравnih (*e.g.* pravo na derivativnu tužbu za društvo u stečaju ili za društvo koje je prošlo kroz proces restrukturiranja, kumulacija direktnih i derivativnih tužbi i dr.) tako i u pogledu materijalnopravnih aspekata (*e.g.* dalja regulatorna razrada cilja derivativnih tužbi, (višestruka) derivativna tužba u kontekstu grupe društava i dr.). Štoviše, kritička analiza u cilju stvaranja preduslova za unaprijeđenje ovog i drugih zakonskih rješenja permanentna je dužnost pravničke profesije. Na tom putu, međutim, posebno je važno voditi se stručnim i naučnim argumentima, kako bi se osiguralo da iznijeta analiza bude i konstruktivna, odnosno produktivna. Ovaj rad, između ostalog, treba razumjeti kao pokušaj doprinosa i na tom planu.

Summary

Recently, the Proposal of the Law on Business Organizations was subject of the debate in Montenegrin Parliament and its adoption is expected in short time. Public debate and the publicity it has rightfully attracted was an interesting incentive to try to analyse and compare the new with the former legislative framework of the specific concept developed by company law almost two centuries ago – the derivative action. The analysis presented herein demonstrates that significant progress was made with regulatory solutions inaugurated by the Proposal.

In the first place, the legal basis for the suit was elaborated, i.e. specified in much more detail. Also, apart from the members of joint stock companies, the members of limited liability companies are provided with entitlement to file derivative action if other preconditions were met.

Finally, double derivative action was introduced so as to provide members of the parent company with the means to sanction the misuse of subsidiary's assets.

Prof. dr Dejan POPOVIĆ¹

FISKALNO OPTEREĆENJE ZARADA regionalni problem

Postalo je nekako opšte mesto da se u državama Jugoistočne Evrope, u stručnoj javnosti i u poslovnim krugovima, tvrdi da je poresko opterećenje zarada i drugih prihoda od rada preveliko i da su posledice na terenu zaposlenosti i rentabilnosti poslovanja nepovoljne. Cilj ovog rada je da se definiše priroda toga opterećenja – preciznije, da se analiziraju modaliteti poreza na dohodak kojima se u savremenom svetu zahvataju zarade, da se zatim ustanovi uloga drugih fiskaliteta koji pogađaju prihode od rada i utvrde stvarne razmere problema u regionu, a da se, na kraju, sagledaju mogućnosti za njegovo prevazilaženje.

Modeli poreza na dohodak fizičkih lica

Porez na dohodak fizičkih lica predstavlja najizdašniji poreski oblik ako se posmatraju države članice OECD kao celina, dajući u 2017. godini 23,9% ukupnih fiskalnih prihoda, pri čemu tek za 2,1 procentna poena zaostaje za doprinosima za obavezno socijalno osiguranje. Porez na dodatu vrednost je na trećem mestu, s učešćem od 20,2%.² Od svih poreza koji se sreću u savremenim poreskim sistemima, porez na dohodak fizičkih lica je, s obzirom na izdašnost i poverene mu ciljeve, najznačajniji, ali ujedno i najsloženiji instrument.

Kada su u pitanju raznovrsni, često međusobno konfliktni ciljevi, pomenućemo da se porez na dohodak fizičkih

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

² Revenue Statistics 1965–2018, OECD, Paris 2019, 18.

lica koristi radi postizanja vertikalne i horizontalne pravičnosti, efikasnosti i drugih zadataka.

Iz samog naziva ovog poreza proizlazi da je reč o fiskalitetu koji za objekat ima *dohodak*. No, koncept dohotka se na teorijskom planu može definisati u okviru dva različita pristupa: teorije izvora i teorije čistog prinosa.

Teorija izvora (nem. *Quellentheorie*; eng. *source theory*) određuje dohodak kao zbir čistih prihoda koji u određenim vremenskim intervalima pritiču nekom licu iz izvora koji garantuju njihov redovan priliv. Naglasak je, dakle, na „izvoru prihoda“, koji mora da bude *trajan*, dok je visina prihoda iz svakog pojedinačnog izvora bez značaja. Po teoriji izvora, dohodak može poticati iz radnog odnosa (zarada), od kapitala (kamata i dividenda), od zemljišta (zakupnina), od intelektualne svojine (autorska naknada), od preduzetništva (prihodi od samostalne delatnosti) i dr. No, dohodak shvaćen na ovaj način ne uključuje kapitalne dobitke, pošto oni predstavljaju prihode po osnovu uvećanja vrednosti kapitala *per se*, a ne „plod“ kapitala kao izvora prihoda, niti dobitke na lutriji.

Teorija čistog prinosa (nem. *Reinvermögenszugangstheorie*; eng. *accretion theory*) nastala je doprinosima nemačkog autora fon Šanca i Amerikanaca Hejga i Simonsa. Ona definiše dohodak kao novčanu vrednost čistog povećanja ekonomske snage lica u datom periodu: reč je o zbiru tržišne vrednosti prava iskazanih u potrošnji toga lica i razlike u vrednosti ukupnih imovinskih prava između početka i kraja posmatranog perioda (po pravilu, perioda od godinu dana). Drugim rečima, dohodak predstavlja *zbir potrošnje i akumulacije* – dakle, prinos koji je lice ostvarilo u datoj poreskoj godini. U skladu s ovakvom definicijom, dohodak bi obuhvatio i kapitalne dobitke i dobitke na lutriji, a ne samo neto prihode iz stalnih izvora, na koje ukazuje teorija izvora.

Zakonska definicija dohotka dobija se postavljanjem odgovarajućeg modela oporezivanja dohotka na osnovni koncept dohotka – koncept izvora ili koncept čistog prinosa. Model oporezivanja dohotka može biti: (1) globalni; (2) cedularni; ili (3) „nešto između“.³ Zahtev za pravičnošću kod oporezivanja, čije ispunjenje nije jednoobrazno, praćen nekim drugim očekivanjima od određenog poreskog oblika (poput jednostavnosti u administriranju), opredeljuje izbor odgovarajućeg sistema poreza na dohodak fizičkih lica. Razlike od države do države postoje zbog toga što se u njima pridaje veći ili manji značaj prednostima i nedostacima nekog od pristupa.

- (1) Čisti *globalni model* oporezivanja dohotka zasniva se na tome da se svi bruto prihodi poreskog obveznika i svi troškovi koje je imao (neophodni da bi se prihodi ostvarili) uzimaju zajedno: tako se dolazi do sintetičkog neto prihoda koji se podvrgava porezu na dohodak. Otuda je u čistom globalnom sistemu irelevantno o kojoj je vrsti prihoda reč, a pravila za priznavanje troškova su ista.⁴ Poreske stope su uvek progresivne. Globalni porez na dohodak je *subjektni* porez, jer se, kako pri određivanju poreske osnovice, tako i pri primeni poreske stope iz skale poreske progresije, vodi računa o ukupnoj ekonomskoj snazi obveznika i o njegovim ličnim i porodičnim prilikama. S druge strane, ako se pođe od kriterijuma obuhvatnosti poreskih prilika, globalni porez je *sintetički*, jer obuhvata celinu obveznikove poreske situacije (njegov celokupan dohodak).

³ Predstavljanje modela oporezivanja dohotka zasniva se na analizi sprovedenoj u: Dejan Popović, Poresko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 316 et seq.

⁴ Lee Burns, Richard Krever, „Individual Income Tax“, Tax Law Design and Drafting, Vol. II (ed. Victor Thuronyi), IMF, Washington, D. C. 1998, 496.

Ovakav čisti globalni porez na dohodak postoji u poreskom pravu npr. SAD, Australije i Kanade.

- (2) Pri tome, osnovni koncept dohotka u američkom pravu je zasnovan na teoriji čistog prinosa, a u australijskom i kanadskom na teoriji izvora.⁵ Globalni porez na dohodak predstavlja najznačajniji poreski instrument kojim se postiže vertikalna pravičnost u oporezivanju: onaj čiji je dohodak viši treba i da plati viši porez. No, progresivno oporezivanje, karakteristično za globalni model (kako čisti, tako i u nekim modalitetima, o kojima će biti više reči kasnije), ima i svojih ograničenja: ono diskriminiše one obveznike koji štede i investiraju više, a zahteva i razvijeniju poresku administraciju. To su faktori koji se moraju imati u vidu kada se donosi odluka o izboru odgovarajućeg modela poreza na dohodak u nekoj državi.

(2) Čisti *cedularni model* oporezivanja dohotka zasniva se na tome da se bruto prihodi i troškovi utvrđuju zasebno za svaku vrstu prihoda (za zarade, za prihode od samostalne delatnosti, za prihode od autorskih i srodnih prava i prava industrijske svojine, za prihode od kapitala itd.). Otuda nema ni unakrsnog prebijanja gubitaka po jednom osnovu (npr. od samostalne delatnosti) sa dobitcima po drugom osnovu (npr. sa zakupninom). Na taj način, svaka vrsta neto prihoda podvrgava se posebnom porezu; stopa svakog cedularnog poreza je proporcionalna i može biti različita od jedne vrste prihoda do druge (npr. 10% na zaradu, a 20% na zakupninu). Sintagma „cedularni porezi“ nastala je od francuskog termina *la cédule*, kojim se obeležava pojedinačna vrsta prihoda (npr. zakupnina, prihod od samostalne delatnosti, kamata,

⁵ Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer, The Hague 2003, 240.

dividenda, zarada). Cedularni porezi su *objektni*, jer ne vode računa o ukupnoj ekonomskoj snazi obveznika, niti o njegovim ličnim i porodičnim prilikama; njima se oporezuje određeni prihod isključivo prema njegovim stvarnim svojstvima. S druge strane, ako se pođe od kriterijuma obuhvatnosti poreskih prilika, cedularni porezi su *analitički*, jer pogađaju samo jedan elemenat poreskog događaja (samo pojedinačne vrste obveznikovih prihoda). Čisti cedularni sistem poreza na dohodak danas postoji u Crnoj Gori i u malom broju afričkih zemalja (Burkina Faso, DR Kongo i dr.⁶), nekadašnjih kolonija Francuske i Belgije – država koje su, u vremenu kada su im bile kolonijalne metropole, primenjivale cedularni model. Cedularni porezi imaju određene mane. Ako bi se u okviru cedularnog modela primenile progresivne stope, one bi pogađale samo neke kategorije prihoda (npr. zarade), što bi podrazumevalo diskriminaciju obveznika iste ekonomske snage, ali sa različitim poreklom dohotka. Otuda bi stope cedularnih poreza morale da budu proporcionalne. Crnogorski zakonodavac je odoleo iskušenju da za različite codule propisuje različite poreske stope, ali srpski u tome nije uspeo. Diferencijacija stopa vodi u sporove oko toga kako neki prihod klasifikovati: ako je, na primer, stopa poreza na zarade 10%, a stopa poreza na prihod po osnovu ugovora o delu 20%, jasan je motiv da se određena aktivnost kvalifikuje kao radni odnos.⁷ Cedularni porezi, prirodno, nisu bez svojih prednosti. Oni su s administrativno-tehničkog stanovišta nešto jednostavniji, pre svega zbog toga što je kod njih naplata poreza po odbitku *konačna*, jer se ne obraća pažnja na poreskog obveznika – primaoca prihoda. Konačno, ako nosilac poreske politike odluči da ne želi progresivno oporezivanje, proporcionalna stopa cedularnih poreza odgovara cilju kojem je dao prioritet u odnosu na pravičnost – npr. stimulaciji štednje i investicija.

⁶ L. Burns, R. Krever, 496 f.

⁷ U obzir se, naravno, uzimaju i druge dažbine, poput doprinosa za socijalno osiguranje.

(3) *Između čistog globalnog i čistog cedularnog modela* poreza na dohodak postoje mnoge varijacije u praksi. *Grosso modo* posmatrano, izdvajamo četiri najtipičnija modaliteta, u kojima se pokazuju odstupanja od „arhetipskih“ modela. Prvi je dokaz kretanja, toliko karakterističnog za razvoj modernog oporezivanja dohotka, od cedularnog ka globalnom sistemu, drugi svedoči o svojevrsnoj cedularizaciji nekog u osnovi globalnog sistema poreza na dohodak, treći napušta ideju direktne progresije, a četvrti predstavlja kombinaciju cedularnog i globalnog oporezivanja.

Prvi modalitet u kojem se odstupa od čistog modela oporezivanja dohotka postoji u poreskom pravu mnogih evropskih država (npr. Francuske, Nemačke, Velike Britanije, Italije i dr.), gde se cedularna definicija dohotka nalazi ispod u osnovi *globalnog* poreza na dohodak, jer zakonodavac nije želeo (ili umeo) da napravi potpuni raskid sa cedularnom prošlošću prilikom prelaska na globalno oporezivanje. Tako je dohodak definisan po posebnim cedulama, ali se sabiranjem dobija jedinstvena poreska osnovica (oporezivi dohodak), na koju se primenjuje jedinstvena poreska tarifa, dok se gubici iz jedne cedule mogu, u načelu, prebijati sa dobitima u drugim cedulama. Razlike između pojedinih cedula ogledaju se u tome što način utvrđivanja oporezivog prihoda nije isti (npr. pravila za priznavanje troškova ili neoporezivih iznosa su od jedne do druge vrste prihoda različita). Da rezimiramo: u svim pomenutim državama postoji globalan porez na dohodak, ali sa podlogom saždanom od cedularnih elemenata.

Drugi „odstupajući“ modalitet predstavlja svedočanstvo o nastojanju da se – u okviru globalnog modela oporezivanja dohotka – pojedinim vrstama prihoda pruži poseban tretman, što ukazuje na određenu cedularizaciju. Tako se, recimo, u Danskoj, Finskoj, Austriji, Belgiji, Češkoj, Sloveniji, Slovačkoj i Mađarskoj dividende ne uključuju u osnovicu globalnog poreza na dohodak, nego se podvrgavaju konačnom porezu po odbitku, čija je stopa niža od odgovarajućih stopa globalnog poreza.

Ovakav modalitet oporezivanja dohotka, u literaturi nazvan „dualnim porezom na dohodak“⁸, danas je prilično rasprostranjen i u dobroj meri osporava tezu o apsolutnoj supremaciji globalnog modela poreza na dohodak fizičkih lica na prelasku iz XX u XXI vek. Sličan mehanizam se primenjuje u Francuskoj i Nemačkoj, u kojima se u osnovicu globalnog poreza na dohodak uključuje samo 50% primljenih dividendi, dok se u Italiji uključuje 40%. Opravdanje se krije u nastojanju da se dividendama dâ poreska privilegija radi stimulisanja ulaganja kapitala, pri čemu se i ublažava ekonomsko dvostruko oporezivanje.⁹

Treći „odstupajući“ modalitet načelno ne podrazumeva cedularizaciju poreza na dohodak fizičkih lica, nego odustajanje od direktne progresije. U pitanju je tzv. „porez sa jednom stopom“ (eng. *flat tax*), koji, u zemljama koje su ga uvele u reformama tokom poslednje decenije prošlog i prve decenije ovog veka, obuhvata prihode od rada i od kapitala (npr., Estonija, Letonija, Litvanija, Rumunija i Rusija). „Porez sa jednom stopom“ je, u najvećem broju slučajeva, samo po formi proporcionalni porez, jer je u sistem ugrađen standardni odbitak, koji dovodi do efekta indirektna progresije;¹⁰ retke su države koje primenjuju *flat tax* bez standardnog odbitka (Gruzija u potpunosti, a Rusija preko određenog nivoa dohotka), zbog čega se u njima „porez sa jednom stopom“ zaista svodi na proporcionalni porez.¹¹

⁸ Vid. npr.: Joachim Lang, „The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital“, *The Notion of Income from Capital* (eds. Peter Essers, Arie Rijkers), IBFD, Amsterdam 2005, 3.

⁹ Upor. D. Popović (2017), 364–365.

¹⁰ Kod indirektna progresije poreska stopa je proporcionalna, ali se progresivan učinak postiže tako što je svakom poreskom obvezniku dat isti standardni odbitak prilikom utvrđivanja poreske osnovice. Onima siromašnijima taj odbitak predstavlja vrlo značajno umanjeње osnovice, a onima sa višim dohotkom manje značajno, pa je tako efektivna stopa poreza na dohodak progresivna.

¹¹ Michael Keen, Yitae Kim, Ricardo Varsano, „The 'Flat Tax(es)': Principles and Evidence“, IMF Working Paper, WP/06/218, IMF, Washington, D. C. 2006, 4 et seq.

Iako prilikom prelaska sa direktne na indirektnu progresiju po pravilu dolazi do snižavanja prosečne poreske stope, što pogoduje onima koji su ranije bili podvrgnuti višim progresivnim stopama, „porez sa jednom stopom“ ima prednost u tome što je relativno jednostavan za administriranje.

Četvrti „odstupajući“ modalitet u stvari predstavlja poseban model oporezivanja dohotka – tzv. *mešoviti* model. Reč je o svojevrsnoj kombinaciji, koja se zasniva na cedularnom oporezivanju pojedinih prihoda tokom godine, praćenom komplementarnim progresivnim porezom, koji se po isteku godine primenjuje na ukupan prihod (dohodak). Ovaj model oporezivanja dohotka danas se sreće retko – u Čileu i Srbiji. No, za razliku od modela oporezivanja primenjivanog npr. u Portugaliji do 1989. godine (zasnovanog na obavezi većine fizičkih lica da, po isteku godine, plate komplementarni progresivni porez na celokupan dohodak), „godišnjem porezu na dohodak građana“ u Srbiji su podvrgnuti samo oni obveznici čiji godišnji dohodak (u koji ne ulaze dividende, kamate, prinos od investicione jedinice otvorenog investicionog fonda, kapitalni dobici, prihodi od osiguranja lica i dobici od igara na sreću) prelazi propisani godišnji limit – trostruki iznos prosečne godišnje zarade po zaposlenom isplaćene u Republici u godini za koju se utvrđuje porez, i to samo u odnosu na „višak“ iznad tog limita. Pri tome su stope komplementarnog poreza progresivne (10% i 15%). Imajući u vidu da su dopušteni i određeni odbici od osnovice, ovaj porez pogađa mali broj obveznika (dvadesetak hiljada) i ima gotovo beznačajne fiskalne efekte.

Ako se želi izvesti zaključak o tome za koji se od navedenih modela treba opredeliti, ne sme se izgubiti iz vida Berdovo zapažanje da „nijedan porez ne može biti bolji od načina kako se njime administrira.“¹²

¹² Richard M. Bird, *Taxing Agricultural Land in Developing Countries*, Harvard University Press, Cambridge, Ma. 1974, 223.

Tek se izgradnjom kapaciteta poreske administracije u nekoj državi stvaraju pretpostavke da ona svoj cedularni sistem oporezivanja dohotka zameni globalnim; ishitrena reforma mogla bi da izazove ozbiljne negativne posledice po obim naplate poreskih prihoda. Pošto su cedularni porezi nastali u Francuskoj za vreme Revolucije (1793. godine), proširivši se kasnije na evropske zemlje u kojima se osećao uticaj francuskog prava, prelazak na globalni sistem (američkog /nastalog 1913. godine/ ili nemačkog tipa /nastalog 1891. godine/) u drugoj polovini XX veka baš je među njima započeo. Dakle, kako su im se privrede razvijale i povećavale sposobnosti poreskih organa, u Evropi su najpre romanske zemlje napustile cedularno (odnosno mešovito) oporezivanje, prešavši na globalno,¹³ a zatim, tokom devedesetih godina, i većina zemalja u tranziciji – prvo one naprednije, pa tek kasnije one koje su se sporije razvijale. U međuvremenu je, ponovimo, u okvirima globalnog sistema počela da se razvija određena cedularizacija – pre svega, kroz izdvajanje dividendi i njihovo izlaganje posebnom oporezivanju. Takva tranzicija, sada od globalnog sistema ka sistemima s elementima cedularizacije, narušava princip pravičnosti, ali je u realnom svetu potrebno definisati poresku politiku na način da se pronađe ravnoteža između tog principa i zahteva za administrativnom praktičnošću i suzbijanjem efekata poreske konkurencije.¹⁴ Ne postoji, dakle, univerzalno prihvatljiv model poreza na dohodak fizičkih lica.

Razmere fiskalnog opterećenja zarada

U strukturi osnovice poreza na dohodak fizičkih lica dominiraju prihodi od zaposlenosti (rada) – zarade i dodatna primanja. U Srbiji porez na zarade daje gotovo tri četvrtine

¹³ Francuska 1959, Belgija 1962, Italija 1973, Španija 1978. i Portugalija 1989. godine.

¹⁴ Vid.: Joachim Lang, 27.

prihoda od poreza na dohodak građana,¹⁵ a u Crnoj Gori osam devetina.¹⁶

Poresko opterećenje rada bitno utiče na konkurentnost radne snage jedne zemlje jer što je opterećenje veće, rad je skuplji. Visoki poreski tereti na zarade stimulišu različite vidove delovanja u „sivoj zoni“ (neprijavljivanje radnika, isplata značajnog dela zarade „na ruke“ i sl.), čime se narušava pravičnost u oporezivanju jer oni koji posluju u skladu sa zakonom prolaze lošije (tj. snose veći teret) od onih koji krše zakon. Na ovo je upozoravao još pre 2.400 godina Platon, u čijoj *Državi* Trasimah izgovara sledeće reči: „U državi u kojoj postoji porez na dohodak pravičan će čovek platiti veći porez od nepravičnog čoveka iako su ostvarili isti dohodak.“¹⁷

Ako se posmatra struktura fiskalnog opterećenja zarada, u crnogorskom, kao i u srpskom pravu bruto zarada se sastoji od tri sabirka: (1) neto zarade, (2) poreza na dohodak (lična primanja) i (3) doprinosa za obavezno socijalno osiguranje iz zarade zaposlenog. Međutim, ukupan trošak rada jednak je zbiru bruto zarade i fiskalnih nameta koji pogađaju poslodavca (u Crnoj Gori – doprinosa za obavezno socijalno osiguranje na teret poslodavca, doprinosa za Fond rada i lokalnog prireza na porez na dohodak, a u Srbiji – doprinosa za obavezno socijalno osiguranje na teret poslodavca). Slična struktura dažbina iz zarade i na zaradu zastupljena je u državama članicama EU.¹⁸

Ukupni nameti na zarade u Crnoj Gori u 2020. godini iznose:

- porez na lična primanja: 9%
- doprinosi za obavezno socijalno osiguranje iz zarade zaposlenog: 24%

¹⁵ U 2019. godini to učešće je iznosilo 72,4%. Bilten javnih finansija, Ministarstvo finansija, Beograd 2019, 37.

¹⁶ U 2017. godini to učešće je iznosilo 88,2%. „Analiza poreske politike u 2017. godini“, Ministarstvo finansija, Podgorica 2018, 16.

¹⁷ Plato, Republic, D. Van Nostrand Company, New York 1942, 243.

¹⁸https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-Explained/index.php/Wages_and_labour_costs?oldid=259603#Labour_cost_components.

- doprinosi za obavezno socijalno osiguranje na teret poslodavca: 8,3%
- doprinos za Fond rada na teret poslodavca: 0,2%
- lokalni prirez na teret poslodavca: $15\%^{19} \times 9\% = 1,35\%$

Ukupni nameti na zarade u Srbiji u 2020. godini iznose:

- porez na lična primanja: 10% (uz standardni odbitak od RSD 16.300 /oko 139 EUR /)
- doprinosi za obavezno socijalno osiguranje iz zarade zaposlenog: 19,9%
- doprinosi za obavezno socijalno osiguranje na teret poslodavca: 16,65%.

U državama poput Crne Gore i Srbije, u kojima ne postoji globalni porez na dohodak, odnosno u kojima zaposleni (ili daleko najveći broj zaposlenih) nema obavezu podnošenja poreske prijave u pogledu prihoda iz radnog odnosa), percepcija zarade je takva da se u praksi polazi od neto zarade, bez obzira na to što i radno i poresko zakonodavstvo operišu bruto zaradom. Otuda se, suprotno zakonskim rešenjima, smatra da poslodavac snosi teret ne samo doprinosa i drugih dažbina za koje je propisano da je *obveznik*, nego i poreza na lična primanja (zaradu) zaposlenog i doprinosa iz zarade, gde je obveznik zaposleni, a poslodavac samo poreski *platac*, tj. lice čija je obaveza da po odbitku, u ime i za račun zaposlenog, plati propisani porez i doprinose iz zarade. Upravo takav pristup dovodi do često pogrešnih zaključaka prilikom komparativnih analiza fiskalnog opterećenja prihoda iz radnog odnosa.

Ako bismo na taj način nastojali da uporedimo fiskalni teret koji nose zarade u 2020. godini u Crnoj Gori sa fiskalnim opterećenjem zarada u nekim državama iz regiona, došli bismo do zaključka da u Crnoj Gori na 1 EUR neto zarade dolazi 0,64 EUR poreza, doprinosa i drugih dažbina.

¹⁹ U Podgorici; u ostalim opštinama 13%.

Ukupni fiskalni nameti u Srbiji sličnih su razmera – 0,62 EUR na 1 EUR na nivou neto zarade od 500 EUR (bliskom prosečnoj neto zaradi); 0,57 EUR na 1 EUR na nivou neto zarade od 258 EUR (bliskom minimalnoj neto zaradi); 0,66 EUR na nivou neto zarade od 1.500 EUR. Prema ovakvoj metodologiji, najmanji fiskalni teret na zarade u regionu imaju poslodavci u Severnoj Makedoniji (0,56 EUR na 1 EUR neto zarade).²⁰

Kod poreskih obveznika u državama članicama EU, međutim, percepcija zarade je drukčija jer zaposleni imaju u vidu bruto zaradu (pošto bi eventualno smanjenje dažbina iz zarade išlo njima na korist, a bruto zarada ulazi u osnovicu globalnog poreza na dohodak), dok poslodavce interesuje ukupan trošak rada. Otuda se u komparativnim analizama fiskalnog opterećenja zarada koje se sprovode u EU, kao i u okvirima OECD-a, primenjuje pristup zasnovan na tzv. poreskom klinu (eng. *tax wedge*). Poreski klin se definiše kao odnos između zbira poreza na zaradu, doprinosa za obavezno socijalno osiguranje iz zarade i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje na teret poslodavca, koji se plaćaju u vezi sa zaposlenim,²¹ sa jedne strane i odgovarajućeg ukupnog troška rada koji ima poslodavac, sa druge strane. Predstavljeno posredstvom poreskog klina, fiskalno opterećenje zarada u Crnoj Gori iznosi 39%, a u Srbiji 38%. Inače, u 2018. godini prosek za OECD bio je 36,1%,²² a za EU 40,2%.²³

U okvirima EU, poreski klin se najjače „zabio“ u Belgiji (52,7%), a odmah zatim u Nemačkoj (49,5%), Italiji (47,9%), Francuskoj (47,6%) i Austriji (47,6%).²⁴ Međutim, natprosečno fiskalno opterećenje sreće se i u nekim državama članicama

²⁰ Porez na dohodak 10%, doprinosi za obavezno socijalno osiguranje iz zarade 28%, doprinosi na teret poslodavca 0%.

²¹ U pitanju je neoženjeni radnik, bez dece, čija je zarada jednaka prosečnoj zaradi u državi. Uključeni su i svi drugi fiskaliteti nametnuti na državnom ili lokalnom nivou. Vid. <https://data.oecd.org/tax/tax-wedge.htm>.

²² Ibid.

²³ <https://taxfoundation.org/tax-burden-labor-europe/>.

²⁴ Ibid.

koje nisu pri vrhu razvijenosti (npr. u Mađarskoj, Češkoj i Sloveniji),²⁵ dok je u Hrvatskoj na nivou proseka za EU,²⁶ a u Rumuniji tek nešto ispod proseka (39,3%).²⁷ U Bugarskoj, najmanje razvijenoj državi članici, poreski klin je mali (33,6%),²⁸ ali je još manji u razvijenoj Irskoj (32,7%) ili u veoma razvijenoj doskorašnjoj članici – Velikoj Britaniji (30,9%). Otuda nije sasvim precizan zaključak da je fiskalno opterećenje zarada utoliko veće, ukoliko je država razvijenija i obratno. U analizu se moraju uključiti i brojni drugi faktori – od nasleđstva koje je ostavila *welfare state*, preko uticaja neo-liberalizma, do socijalističke tradicije (solidno ukorenjene na jugoistoku Evrope) i nedisciplinovanosti tržišta rada (karakteristične za mediteranski krug). Iz okolnosti da postoje siromašnije zemlje članice EU (uglavnom bivše komunističke države) u kojima je poreski klin viši nego u nekim bogatijim, sa nepovoljnim posledicama na terenu zaposlenosti, ekonometrijska analiza zaključuje da je u njima neophodno primeniti mere koje bi uticale na smanjivanje fiskalnog opterećenja zarada.²⁹

Iako su još uvek u pristupnim pregovorima, a ne u EU, takav zaključak se odnosi i na situaciju u Crnoj Gori i Srbiji, kao i u drugim državama u regionu. U skladu s ekonomskom logikom, poslodavac će zapošljavati dodatne radnike sve dok je trošak dodatnog radnika manji od vrednosti njegove proizvodnje. Ako se trošak rada poveća uvođenjem ili povećanjem obaveznih doprinosa i poreza, trošak graničnih radnika postaće veći od njihove granične produktivnosti i poslodavac će zbog toga početi da trpi gubitke.

²⁵ Ibid.

²⁶ Dea Sunagić, Analiza poreznog klina u Republici Hrvatskoj, diplomski rad, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2019, 24.

²⁷ Financing Labour Tax Wedge Cuts, European Commission, Directorate General Economic and Financial Affairs, Brussels 2017, 10.

²⁸ Ibid.

²⁹ Upor. Claudia Florina Radu et al., „Study of the Tax Wedge in EU and other OECD Countries, Using Cluster Analysis“, *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, Vol. 238, 2018, 695–696.

Ukoliko bi radnici odmah prihvatili niže neto zarade, veći broj radnih sati ili smanjenje posrednih radnih pogodnosti, time bi se kompenzovalo povećanje graničnog troška rada i ne bi moralo da dođe do otpuštanja radnika i povećanja nezaposlenosti. U suprotnom, dolazi do otpuštanja radnika, a počinje da teče razdoblje u kojem će se neto plate prilagoditi nižim vrednostima.

Proces i način prilagođavanja zavisiće od veličine povećanja poreza i doprinosa i neće biti jednak za različite industrije. Na primer, u radno intenzivnim delatnostima prilagođavanje će biti teže nego u kapitalno intenzivnim industrijama. Nadalje, uspešna rastuća preduzeća i ne moraju zabeležiti otpuštanja, a jedino će usporiti širenje, dok preduzeća na granici profitabilnosti mogu biti prisiljena na prestanak poslovanja. Na proces prilagođavanja delovaće i ostali činioci, poput uticaja koje vrše sindikati i visina inflacije.

Ukoliko se radnici ne žele da pomire sa manjim dohocima, na raspolaganju imaju nekoliko mogućnosti: (a) neaktivnost – povlačenje iz radne snage i potragu za socijalnim primanjima od države; (b) neslužbeni rad – prihvatanje isplate dela ili celokupne plate „na crno”, što će uvećati razmere poreske evazije; i (c) odlazak u inostranstvo – što se najviše odnosi na mlađe, školovane i kvalifikovane radnike.

Pitanje doprinosa

Poziv da se smanji *poreski* teret na zarade mogao bi *prima facie* da deluje pomalo zbunjujuće jer zakonski tekst pokazuje da je sam porez na dohodak u Crnoj Gori nizak. Njegova stopa od 9% je među najnižim u Evropi. Isto važi za Srbiju, u kojoj je stopa poreza na zarade 10%, ali uz standardni odbitak od 16.300 RSD (oko 139 EUR/), tako da efektivna stopa na bruto zaradu od 693,50 EUR (kojoj odgovara neto zarada od 500 EUR, koliki je državni prosej) iznosi 8%.

U oba entiteta u BiH zakonska stopa poreza na dohodak na zarade je 10%. Standardni odbitak se ne oporezuje ni u jednom od entiteta: u pitanju je prvih 255 EUR u Republici Srpskoj, odnosno 153 EUR u Federaciji BiH. Otuda je i u BiH efektivna stopa niža od 10%. U Severnoj Makedoniji, Bugarskoj i Rumuniji stopa poreza na dohodak je takođe 10%, ali nema standardnog odbitka. Iako je u Hrvatskoj zakonska stopa poreza na dohodak na lična primanja do 4.051 EUR čak 24%, a preko tog iznosa 36%, situacija se za većinu poreskih obveznika bitno ne razlikuje. Naime, ne oporezuje se standardni odbitak u iznosu od 537 EUR, što znači da se na bruto zaradu od npr. 1.000 EUR plaća samo 111,12 EUR poreza na dohodak, što daje efektivnu stopu od 11,1%.

Sliku, međutim, kvare doprinosi za obavezno socijalno osiguranje.

Tabela 1: Stope doprinosa za obavezno socijalno osiguranje

Država	Na teret zaposlenog	Na teret poslodavca	Ukupno
Crna Gora	24%	$8,30\% + 0,20\% = 8,50\%$	32,50%
Srbija	19,90%	16,65%	36,55%
Hrvatska	20%	16,50%	36,50%
BiH			
Federacija BiH	31%	10,50%	41,50%
Republika Srpska	32,80%	–	32,80%
Severna Makedonija	28%	–	28%
Bugarska	13,78%	19,02%	32,80%
Rumunija	35%	2,25%	37,25%

Izvor: *Analiza troškova rada*, Privredna komora Crne Gore, Podgorica 2020, 4.

Kada se stope tih doprinosa sabere sa poreskim stopama, dobija se drukčija slika, koja svedoči o tome da je ukupno fiskalno opterećenje zarada znatno više od onoga na šta bi upućivale zakonske poreske stope.

Tabela 2: Zbirne stope poreza na zarade i doprinosa
za obavezno socijalno osiguranje

Država	Zbirna stopa
Crna Gora	42,85%*
Srbija	46,55%
Hrvatska	60,50%
BiH	
• Federacija BiH	51,50%
• Republika Srpska	42,80%
Severna Makedonija	38%
Bugarska	42,80%
Rumunija	47,25%

* Plaća se i lokalni prirez na porez na dohodak, koji u Podgorici iznosi: $0,15 \times 9\% = 1,35\%$.

Potpuniji uvid može se steći tek ukoliko se u analizu uključe još dva faktora: neoporezivi standardni odbitak i maksimalna osnovica za socijalne doprinose.

Standardni odbitak se priznaje kao neoporezivi deo zarade čija je uloga manja ili veća u zavisnosti od opredeljenja nosilaca poreske politike, koje se pokazuje kroz visinu tog odbitka u odnosu na visinu zarade. Potrebno je imati u vidu da se, tamo gde postoji, standardni odbitak dopušta samo prilikom određivanja osnovice poreza na dohodak, a ne i doprinosa. U Hrvatskoj (537 EUR) i Republici Srpskoj (256 EUR) iznos je značajan, u Federaciji BiH (153 EUR), Srbiji (139 EUR) i Severnoj Makedoniji (134 EUR)³⁰ je manje bitan, a u Crnoj Gori nije predviđen. Imajući u vidu da je crnogorski sistem poreza na dohodak fizičkih lica cedularan, sasvim je prirodno što nije uveden standardni odbitak samo za prihode od rada jer bi time bili diskriminirani obveznici drugih cedularnih poreza (npr. poreza na prihode od samostalne delatnosti ili poreza na prihode od kapitala).

³⁰ Analiza troškova rada, 6.

U Srbiji se, uprkos kritikama stručne javnosti,³¹ postupilo upravo suprotno (pri čemu 99,6% potencijalnih obveznika podleže samo cedularnim porezima), pa se tako jedino kod poreza na zarade pojavljuje standardni odbitak.

S obzirom na prirodu doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje (u daljem tekstu: *PIO*), kojim se finansiraju penzije za koje postoji gornji limit, u sistem se ugrađuju rešenja kojima se i osnovica toga doprinosa ograničava. U Crnoj Gori je propisana najviša osnovica doprinosa za PIO na godišnjem nivou od 50.000 EUR (uz godišnja usklađivanja prema kretanju prosečne zarade u državi). Otuda je na mesečnom nivou najviša osnovica (ponovimo – samo za doprinose za PIO) 4.167 EUR. U Srbiji najvišu mesečnu osnovicu doprinosa čini petostruki iznos prosečne mesečne bruto zarade u Republici isplaćene u periodu za prethodnih 12 meseci. Poslednji objavljeni podatak je 82.320 RSD³² (700 EUR), pa je maksimalna osnovica za sve tri vrste doprinosa 3.500 EUR mesečno.

Poreskopoliitičke opcije za rasterećenje zarada

Imajući u vidu date karakteristike sistema fiskalnih zahvatanja zarada, može se zaključiti da se proistekli troškovi rada mogu smanjiti jedino snižavanjem stopa doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Pošto su alternativni mehanizmi pružanja socijalne sigurnosti nedovoljno razvijeni, nedostajuća sredstva u fondovima PIO i zdravstvenog osiguranja i u Zavodu za zapošljavanje³³ morala bi se nadoknaditi transferima iz budžeta. Nosioci fiskalne politike u tu svrhu imaju na raspolaganju praktično samo PDV i akcize, čije su stope i onako već visoke.

³¹ D. Popović (2017), 74.

³² Podatak je za mart mesec 2020. godine. Vid. Službeni glasnik RS, br. 77/20.

³³ Kojem u Srbiji odgovara Nacionalna služba za zapošljavanje.

Zbog opštih socijalnih prilika u regionu, izgleda neostvarivim opredeljenje za veće smanjivanje socijalnopolitičkih rashoda.

Da bi se nadomestio efekat smanjenja stope doprinosa za obavezno socijalno osiguranje za npr. 10% (sa 32,3% na 29,1%), potrebno bi bilo povećati stopu crnogorskog PDV-a za 9,5% (sa 21% na 23%). Tada bi na 1 EUR neto zarade dolazilo 0,59 EUR poreza, doprinosa i drugih dažbina. Da bi se dostigao nivo makedonskog opterećenja (1 : 0,56), stopa crnogorskog PDV morala bi se povećati na 24%, kako bi se, na primer, omogućilo sniženje stope doprinosa na teret poslodavca sa 8,3% na 3%.³⁴

Međutim, socijalnopolitički efekti još snažnijeg oslanjanja na PDV su nepovoljni jer su posredni porezi regresivni. Kako je marginalna sklonost potrošnji siromašnijih slojeva stanovništva veća od marginalne sklonosti potrošnji onih bogatijih,³⁵ porezi koji pogađaju potrošnju *srazmerno* više terete one čiji je dohodak niži. Imajući to u vidu, veoma je sporno da li bi (prihodno neutralna) poreskopolitička mera zamene sniženja stope doprinosa povećanjem stope PDV-a bila politički sprovodiva. Otuda bi jedini preostali prostor mogao da se potraži na terenu suzbijanja sive ekonomije u zapošljavanju, pri čemu dosadašnji rezultati tih nastojanja nalažu oprez. Do željenog porasta broj prijavljenih zaposlenih i, shodno tome, povećanja naplate poreza i doprinosa koji pogađaju zarade, koje bi omogućilo snižavanje stopa i relaksaciju fiskalnog opterećenja zarade, neće se moći jednostavno doći.

Iskustvo pokazuje da je, pored neprijavljivanja zaposlenih („rada na crno“), rasprostranjena i praksa isplate zaposlenom samo dela zarade u zakonom predviđenoj formi, uz

³⁴ Na nivou poslodavca, ukupan teret dažbina iznosio bi 4,55% (nova stopa doprinosa od 3% + 1,35% lokalnog prireza + 0,2% doprinosa za Fond rada). Uz porez na dohodak od 9% i doprinose iz zarade od 24%, zbirna stopa javnih dažbina je 37,55%, što daje fiskalno opterećenje od 1 : 0,56.

³⁵ Vid. Dejan Popović, „Socijalno nepovoljni učinci pri oporezivanju prometa“, Aktuelni problemi financiranja društvenih potreba, tom II (ur. Božidar Jelčić), Pravni fakultet, Zagreb 1985, 105–115.

simulovanu isplatu nekog drugog prihoda (često u vidu poklona dela dividende), na koji se doprinosi ne plaćaju. Poslodavci koji posluju u skladu sa Zakonom o radu i poreskim zakonima na kraju su penalizovani jer snose veći poreski teret od poslodavaca koji tako ne postupaju – baš onako kako je govorio Trasimah.

Umesto zaključka

Zbog razmera izbegavanja poreza zloupotrebom različitih pravnih konstrukcija, što bi se moglo okarakterisati pre kao nelegitimna, nego kao nezakonita poreska evazija, u gotovo sva evropska, a i u mnoga vanevropska poreska prava poslednjih decenija je ugrađeno tzv. opšte anti-abuzivno pravilo (eng. *general anti-abuse rule* – GAAR). Crna Gora pripada manjem krugu država u čijem pravu GAAR ne postoji, a ni sudska praksa, s obzirom na pripadnost crnogorskog prava evropskim kontinentalnim pravnim sistemima, nije mogla razviti anti-abuzivne doktrine, poput *substance-over-form* pristupa, koji su uobličili sudovi u SAD.³⁶

Oblici u kojima se GAAR pojavljuje se razlikuju,³⁷ ali bi se *de lege ferenda* crnogorski zakonodavac mogao osloniti na rešenje iz čl. 6 Direktive Saveta (EU) 2016/1164 o utvrđivanju pravila protiv praksi izbegavanja poreza kojima se neposredno utiče na funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.³⁸

³⁶ Upor. Boris I. Bittker, Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, Vol. I, Warren, Gorham & Lamont, Boston, Ma. 1999, 4–34.

³⁷ O karakteristikama i ograničenjima srpskog GAAR-a (načelo fakticiteta iz čl. 9 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Službeni glasnik RS, br. 80/02, ..., 86/19), upor. Gordana Ilić-Popov, Dejan Popović, Lidija Živković, „Anti-avoidance Measures of General Nature and Scope – GAAR and Other Rules: Serbia“, 72nd Congress of the International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, No. 103a/2018.

³⁸ Council Directive (EU) 2016/1164 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, *Official Journal of the European Union*, L 193, 19.7.2016.

Ovo utoliko pre što je ta direktiva deo *acquis*-ja, koji je Crna Gora dužna da implementira u svoje pravo do dana pristupanja EU.

Opšte anti-abuzivno pravilo EU predviđa da, za potrebe izračunavanja obaveze poreza na dobit, država članica ne uzima u obzir aranžman ili niz aranžmana koji nisu autentični s obzirom na sve relevantne činjenice i okolnosti, budući da im je glavna svrha ili jedna od glavnih svrha sticanje poreske prednosti kojom se poništavaju cilj ili svrha primenjivog poreskog zakona. Aranžman ili niz aranžmana smatraju se neautentičnim u meri u kojoj nisu uspostavljeni iz valjanih komercijalnih razloga koji odražavaju ekonomsku stvarnost.

Ako se aranžman ili niz aranžmana ne uzmu u obzir iz ovog razloga, poreska obveza izračunava se u skladu sa nacionalnim pravom. Odredbe nacionalnog GAAR-a mogu, naravno, biti šire (jer ih ne ograničava načelo supsidijarnosti iz prava EU), pa bi tako crnogorsko opšte anti-abuzivno pravilo moglo da se odnosi na sve poreske oblike, uključujući porez na dohodak fizičkih lica i doprinose za obavezno socijalno osiguranje.

Poreska uprava bi, primenjujući GAAR, dobila priliku da spreči izbegavanje poreza i da, na primer, poklonjenu dividendu zaposlenom prekvalifikuje kao zaradu, sa svim poreskim posledicama. Ostalo bi, međutim, na sudskoj praksi da uspostavi standarde koji bi se morali poštovati kako se široka diskreciona ovlašćenja data Poreskoj upravi ne bi zloupotrebljavala. Jer, upozorava sudija Vrhovnog suda SAD Sandra Dej O'Konor (*Sandra Day O'Connor*): „Posvećenost vladavini prava pruža garanciju da ljudi mogu da znaju šta da očekuju, bez obzira na to da li je to što rade popularno ili nepopularno u tom vremenu“.

Rezime

Autor predstavlja modele poreza na dohodak fizičkih lica, zastupljene u savremenom svetu, konstatujući da se u Crnoj Gori primenjuje cedularni sistem, a u Srbiji mešoviti, pri čemu 99,6% potencijalnih poreskih obveznika podleže samo cedularnom oporezivanju. Kod oporezivanja dohotka, apsolutnu dominaciju u obe države ima porez na zarade. Fiskalno opterećenje zarada je visoko – u Crnoj Gori na 1 EUR neto zarade dolazi 0,64 EUR poreza, doprinosa i drugih dažbina, a u Srbiji (na nivou prosečne zarade) 0,62 EUR. U regionu je najmanje fiskalno opterećenje u Severnoj Makedoniji (0,56 EUR).

Pošto je predstavio i metodologiju tzv. poreskog klina za upoređivanje fiskalnog opterećenja zarada, autor je konstatovao da se srž problema nalazi u previsokim stopama doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Imajući u vidu da je snižavanje socijalnih rashoda politički teško sprovodivo, izlaz bi se mogao potražiti u snižavanju stopa doprinosa uz prihodno neutralno povećanje stope PDV. No, takav scenario bi se mogao kritikovati zbog regresivnosti posrednih poreza.

Preostaju suzbijanje sive ekonomije na tržištu rada i uvođenje opšteg anti-abuzivnog pravila, koje bi omogućilo Poreskoj upravi da prekvalifikuje i konačno oporezuje kao zaradu različite oblike simulovanih isplata zaposlenima, koje se vrše da bi se minimizovao fiskalni trošak.

Summary

The author presents contemporary models of the personal income tax, concluding that Montenegro applies a schedular system, while Serbia relies on the mixed system (schedular taxes plus a complementary global tax) in which 99.6% of all potential taxpayers are subject only to schedular taxation.

Salary taxation is absolutely dominant among income taxes both in Serbia and in Montenegro. The fiscal burden on salaries is high – in Montenegro 1 EUR of net salary implies 0.64 EUR of taxes and contributions, while in Serbia 0.62 EUR. The lowest fiscal burden on salaries in the region is recorded in North Macedonia (0.56 EUR). After having presented „tax wedge“ methodology in comparing fiscal burdens on employment income, the author states that the core of the problem lies in excessive rates of mandatory social security contributions.

Bearing in mind that diminishing of social expenditures is politically hardly feasible, a solution could be looked up in reducing the rates of contributions followed by (revenue neutral) increasing of the VAT rate.

However, such scenario could be criticised on the grounds of the indirect taxes regressivity. What remains is curbing gray economy in the labour market and introducing of a general anti-abuse rule, which would enable the Tax Administration to re-classify various forms of sham payments to employees, conducted in order to minimize fiscal expenses, and eventually to tax them as salaries.

Erik N. LARSON ¹

**MEĐUNARODNE FINANSIJSKE ISTRAGE
U PREDMETIMA ORGANIZOVANOG
KRIMINALA I KORUPCIJE**

Finansijske istrage i oduzimanje imovine ključni su elementi sprovođenja istrage, krivičnog gonjenja i donošenja presude u predmetima sa elementima organizovanog kriminala i korupcije. Međutim, rijedak je slučaj da se imovinska korist stečena kriminalnom djelatnošću u takvim predmetima tiče nadležnosti samo jedne države. U skladu sa navedenim, međunarodne finansijske istrage su ključni dio svih pitanja vezanih za organizovani kriminal ili korupciju.

U kontekstu Crne Gore, takvo nešto zahtijeva potpuno razumijevanje upotrebe kako „posebnih“ finansijskih istraga u skladu sa novim *Zakonom o oduzimanju imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću*, tako i tradicionalnih finansijskih istraga u skladu sa postojećim odredbama *Krivičnog zakonika, Zakonika o krivičnom postupku, Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima* i drugim relevantnim zakonskim propisima. Takve istrage takođe zahtijevaju razumijevanje vrsta finansijskih instrumenata koji se koriste u takvim krivičnim djelima, posebnih istražnih tehnika, kao i posjedovanje znanja o saradnji sa međunarodnim finansijskim centrima koje koriste kriminalci iz Crne Gore.

¹ Erik Larson je viši pravni savjetnik u oblasti međunarodne borbe protiv krijumčarenja narkotika i sprovođenja zakona (INL) pri Ambasadi SAD u Podgorici.

Uvod u crnogorski okvir

Istorijski kontekst

Crna Gora se suočava sa problemom organizovanog kriminala i korupcije najmanje od devedesetih godina prošlog vijeka. Iako je, srećom, većim dijelom pošteđena od ratnih stradanja iz tog vremena, Crna Gora je ipak bila pod međunarodnim sankcijama koje su dovele do stvaranja mreža prekograničnog krijumčarenja i kriminala. Pored toga, brojne paramilitarne organizacije, uključujući pojedinačne crnogorske pripadnike paravojnih snaga, koji su se borili u BiH, na Kosovu i drugim mjestima, bili su u stvari organizovani kriminalci motivisani „prilikom da pljačkaju i prodaju ukradene stvari na crnom tržištu.”² Korupcija na visokom nivou je takođe bila raširena, a prema nalazima Suda u Hagu, na primjer, Miloševićev režim je iskoristio ratove devedesetih kao priliku da otuđi više od 1 milijarde dolara.³

Ovi problemi su se do danas zadržali na Balkanu, gdje „korumpirani lokalni političari i njihovi saveznici u svijetu organizovanog kriminala” i dalje utiču na region.⁴ Konkretno, prema mišljenju EU, organizovani kriminal i korupcija, nastali u vremenu rata i međunarodnih sankcija, i danas su veliki problem za Crnu Goru.⁵ Iskustvo je pokazalo da, iako su osuđujuće presude i zatvorske kazne korisne, još djelotvorniji način da se obeshrabre, prekinu i demontiraju kontinuirani

² Andreas, Peter, Plavi šlemovi i crno tržište: Biznis preživljavanja u opkoljenom Sarajevu 24 (2008), str. 24.

³ Vidi, npr, Izmijenjeni izvještaj vještaka Mortena Torkildsena (2002.) (koji je kao dokaz prihvatilo Sudsko vijeće MKSJ u predmetu br. IT-02-54a Tužilac protiv Miloševića); Drugi izvještaj vještaka Mortena Torkildsena (2002.) (koji je kao dokaz prihvatilo Sudsko vijeće MKSJ u predmetu br. IT-02-54 Tužilac protiv Miloševića).

⁴ Donais, Timothy, The Political Economy of Stalemate: Organized Crime, Corruption and Economic Deformation in Post-Dayton Bosnia, 3 CONFLICT, SECURITY, & DEV. 359, 359-382 (2003).

⁵ Evropska komisija - Izvještaj za Crnu Goru za 2019.

organizovani kriminal i korupcija je da se otkriju i oduzmu fondovi i imovina koji se koriste za izvršenje tih krivičnih djela.

A koje vrste fondova su u pitanju? Tu spadaju „šest vrsta imovine koja se može oduzeti: (a) prihodi [i] materijalna korist (kriminalna dobit); (b) instrumenti kriminala (imovina koja se koristi za izvršenje krivičnog djela); (c) sekundarni fondovi koja se mogu pratiti do izvornih primarnih sredstava stečenih kriminalnom djelatnošću; (d) fondovi „odgovarajuće vrijednosti“ gdje se izvorna otuđena sredstva ne mogu pronaći niti pratiti do drugih sekundarnih fondova, [ali učinilac posjeduje neku drugu imovinu koja se može oduzeti]; (e) isprepleteni fondovi koji obuhvataju imovinu stečenu kriminalnom djelatnošću i legitimnim putem; i (f) trajno oduzimanje od trećeg lica, kada treće lice koje primi imovinu stečenu kriminalom *nije* nevini *bona fide* kupac.“⁶ Da bi bila „uspješna“, svaka finansijska istraga i „režim oduzimanja imovine“ moraju da ponude „pravne instrumente za [1] preliminarno zamrzavanje, [2] privremeno oduzimanje i [3] trajno oduzimanje imovine povezane sa kriminalnom djelatnošću.“⁷ Prva dva instrumenta su posebno važna, pošto će imovina stečena kriminalom nestati i više se neće moći oduzeti mnogo prije dobijanja konačne osuđujuće presude.

Crnogorsko zakonodavstvo

Koji crnogorski zakoni mogu da se koriste za otkrivanje, zamrzavanje, privremeno i trajno oduzimanje takve imovine? Velika pažnja posvećena je sprovođenju kako domaćih tako i međunarodnih finansijskih istraga u skladu sa novim *Zakonom o oduzimanju imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću* (dalje u tekstu: *Zakon o oduzimanju imovine*). Radi lakšeg razumijevanja, u ovom radu su ovi procesi nazvani „posebne finansijske istrage.“ Generalno posmatrano, ovim zakonom je smanjen standard dokazivanja za pokretanje

⁶ Larson, Erik i Matthews, Max, Oduzimanje imovine u predmetima ratnih zločina (2012), Sarajevski zbornik međunarodnog i uporednog prava, knjiga I, izdanje 1, str. 21.

⁷ Ibid.

finansijske istrage na način da obuhvati imovinu imaoca gdje god se nalazila, uključujući imovinu u inostranstvu, da postoji „osnovana sumnja“ da je imovinska korist proistekla iz kriminalne djelatnosti, kao i da postoji „osnov sumnje“ da je počinjeno jedno od propisanih krivičnih djela iz Zakonika, uključujući većinu oblika organizovanog kriminala i korupcije.⁸ „Posebne“ finansijske istrage mogu se preduzeti u takvim okonostima.⁹ Zakon takođe izričito omogućava sprovođenje međunarodnih finansijskih istraga, uključujući istrage sa bankarskim centrima u inostranstvu.¹⁰ Od ključnog značaja je da, kada se dobije osuđujuća presuda, zakon omogućava prebacivanje tereta dokazivanja i lakše oduzimanje imovine u zemlji i inostranstvu.¹¹

Važno je napomenuti da zakon takođe dozvoljava *ekvivalentno oduzimanje* ako oduzimanje stvarne imovinske koristi od kriminalne djelatnosti „nije moguće“, na način što se oduzima druga imovina koja pripada učiniocu krivičnog djela a koja „odgovara vrijednosti imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću.“¹² To znači da čak i ako se imovinska korist od kriminalne djelatnosti ne može pronaći ovdje u Crnoj Gori, u skladu sa teorijom *ekvivalentnog oduzimanja* iz zakona možete da pokušate da oduzmete *svu* drugu imovinu skrivenu u inostranstvu. U određenim slučajevima, kao što je smrt učinioca ili pod „drugim okolnostima“, kao što je proteklo vrijeme zbog kojeg se poziva na zastaru koja trajno isključuje krivično gonjenje, još uvijek se može privremeno i trajno oduzeti stara imovinska korist stečena kriminalnom djelatnošću, uključujući imovinsku korist u inostranstvu, čak i bez osuđujuće presude.¹³

⁸ Zakon o oduzimanju imovine, član 11.c

⁹ Id. čl. 12-18.

¹⁰ Id. čl. 78-83.

¹¹ Id. član 2.

¹² Id. član 2.

¹³ Id. član 10.

Međutim, treba podsjetiti da je finansijskih istraga, kako u zemlji tako i u inostranstvu, uvijek bilo i da ih je i dalje moguće sprovoditi u praktično svim krivičnim predmetima, a ne samo u krivičnim djelima navedenim u novom *Zakonu o oduzimanju imovine*. Konkretno, imovinska korist može da bude zamrznuta, privremeno oduzeta i trajno oduzeta primjenom već postojećih odredbi crnogorskog *Krivičnog zakonika*, *Zakonika o krivičnom postupku*, *Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima* i drugih relevantnih zakona.

Na primjer, *Krivični zakonik* i dalje omogućava oduzimanje „novca, predmeta od vrijednosti i svake druge imovinske koristi” pribavljene krivičnim djelom.¹⁴ *Krivični zakonik* isto tako i dalje omogućava oduzimanje imovinske koristi povezane sa organizovanim kriminalom i korupcijom.¹⁵ Slično tome, *Zakonik o krivičnom postupku* (ZKP) i dalje omogućava privremeno i trajno oduzimanje imovine, imovinske koristi i određenih predmeta.¹⁶ Bitno je navesti da nedavne izmjene i dopune ZKP omogućavaju oduzimanje *bez* osuđujuće presude za krivično djelo, kada je to neophodno iz razloga „bezbjednosti,” kada to zahtijevaju „razlozi morala,” ili ako i dalje postoji „opasnost” da će biti upotrijebljena za izvršenje krivičnih djela.¹⁷ Poglavlje VII, odjeljak 2, ZKP takođe je izmijenjeno da se obuhvati *privremeno oduzimanje predmeta i imovinske koristi* u ranim fazama istrage, sa novim

¹⁴ KZ, čl. 112, 113 stav 1 i 113 stav 2, ali je član 113, st. 3 i 4, zamijenjen novim Zakonom o oduzimanju imovine.

¹⁵ KZ, član 67 stav 7 [Oduzimanje-mjere bezbjednosti, uopšteno]; član 68 stav 2 [Oduzimanje kao mjera bezbjednosti]; član 75 [Oduzimanje predmeta upotrijebljenih za izvršenje krivičnog djela]; član 268 [Pranje novca]; član 276a stav 3 [Primanje mita]; član 300 stav 7 [Opojne droge i „sredstva za njihovo pravljenje”]; član 405 stav 4 [Sredstva upotrijebljena za krijumčarenje]; član 422 stav 4 [„Pokloni” upotrijebljeni za protivzakonit uticaj]; član 422a stav 4 [„pokloni” upotrijebljeni za navođenje na protivzakonit uticaj]; vidi takođe član 211, stav 6 [Pornografija/Dječija pornografija]; član 449 stav 3 [Finansiranje terorizma].

¹⁶ ZKP, čl. 90a-97, 221, 263, 458, 468, 477-485.

¹⁷ ZKP član 477 stav 1.

unaprijeđenim postupcima.¹⁸ ZKP je takođe izmijenjen i dopunjen da se omogući carinskim službenicima da saslušaju osumnjičenog umiješanog u krijumčarenje i druge oblike prekograničnog kriminala.¹⁹

Generalno posmatrano, novi *Zakon o izvršenju kazni zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti* propisuje detaljne postupke za sprovođenje ovakvih aktivnosti oduzimanja.²⁰ *Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma* takođe daje ovlašćenje crnogorskoj Finansijsko-obavještajnoj jedinici da naloži finansijskim institucijama poput banaka da nadgledaju finansijske poslovne transakcije svojih klijenta²¹, uključujući njihove međunarodne finansijske transakcije. Isti zakon takođe daje ovlašćenje ovoj jedinici da zamrzne račune finansijskih transakcija.²² *Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima* takođe posebno razmatra međunarodnu saradnju u finansijskim istragama i operacijama oduzimanja imovinske koristi u svim vrstama krivičnih djela, uključujući ona u kojima se primjenjuju tradicionalni postupci oduzimanja imovine iz Krivičnog zakonika i ZKP.²³ Multilateralne konvencije Savjeta Evrope i Ujedinjenih nacija koje je Crna Gora potpisala mogu se takođe koristiti u međunarodnim finansijskim istragama.²⁴ Ove

¹⁸ ZKP čl. 90a, 90b, itd.; vidi takođe član 97.

¹⁹ ZKP, član 261.

²⁰ *Zakon o izvršenju kazni zatvora, novčane kazne i mjera obezbjeđenja*, član 150.

²¹ *Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma*, član 63.

²² Id. član Art. 61; vidi takođe ZKP član 89 stav 2 - 89 stav 6 [na predlog državnog tužioca].

²³ *Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*, član 38 (odluka o privremenom ili trajnom oduzimanju imovine pribavljene kriminalnom djelatnošću) i član 42 (dostavljanje bankarskih podataka i privremeno oduzimanje predmeta – oblici međunarodne pravne pomoći).

²⁴ Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zapljeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma ili CETS 198, čl. 2-47 [o oduzimanju imovine; finansijsko-obavještajnim jedinicama, njihovom radu i saradnji; i međunarodnoj saradnji u stvarima koje se tiču oduzimanja imovine]; Krivičnopravna konvencija Savjeta Evrope o korupciji, čl. 19 i 23 [o privremenom i trajnom oduzimanju imovine povezane sa

istrage su moguće i na osnovu različitih bilateralnih sporazuma.

Štaviše, iako je u ovom radu fokus na međunarodnim krivičnim istragama, brojne teme koje se razmatraju relevantne su i za građanske pravne sporove koji uključuju međunarodna finansijska pitanja. To se posebno odnosi na građanske parnice u koje su uključeni strani investitori i građanske parnice povezane sa organizovanim kriminalom i korupcijom.

Vrste međunarodnih finansijskih instrumenata i istražnih tehnika

Opšte istražne tehnike, uključujući fokusiranje na sumnjive banke

Kako se stiče znanje o tome koje su vrste finansijskih instrumenata korišćene u nekoj međunarodnoj finansijskoj istrazi? U predmetima korupcije treba pažljivo pogledati obrazac o prihodima i imovini koji je osumnjičeni korumpirani javni funkcioner dostavio Agenciji za sprječavanje korupcije, i pogledati ono što je u obrascu i, što je još važnije, tražiti ono što *nije* u obrascu, i dalje to ispitati u zemlji i inostranstvu. S tim u vezi, često je korisno sprovesti „*istragu neto vrijednosti*“, u okviru koje država pokušava da dokaže da optuženi ima prihode za koje ne postoji pravno objašnjenje, upoređujući njegovu imovinu na početku vremenskog perioda za koji postoji sumnja u cilju utvrđivanja *početnog stanja*, a zatim računanje povećanja neto vrijednosti imovine koju posjeduje optuženi tokom perioda za koji postoji sumnja. Druga tehnika

krivičnim djelima korupcije i pranja novca]; Konvencija Ujedinjenih nacija o korupciji (UNCAC), čl. 51-57 [o oduzimanju imovine, uključujući operacije oduzimanja imovine u inostranstvu]; Konvencija Ujedinjenih nacija o transnacionalnom organizovanom kriminalu (UNTOC), čl.12-14 [o trajnom oduzimanju imovine, uključujući međunarodnu saradnju u stvarima koje se odnose na oduzimanje imovine].

je sprovođenje „*istrage o izdacima*“ čiji je cilj praćenje svih novčanih izdataka optuženog (kao što su gotovinski depoziti, kupovina predmeta ili usluga i računi koje je optuženi platio za sebe i druge) i poređenje sa svim legalnim prilivima novca.

Upravni organi mogu takođe da imaju ulogu u finansijskim istragama u zemlji i inostranstvu. Tu spadaju Uprava za nekretnine, koja može da prati katastarsku evidenciju; Poreska uprava, koja vodi evidenciju o poreskim obveznicima; Uprava carina, koja može da prati prekogranične transakcije; Uprava za inspekcijske poslove, koja sprovodi vrlo bitan *Zakon o inspekcijskom nadzoru*; Komisija za hartije od vrednosti; Uprava za javne nabavke; Državna revizorska institucija; Centralna banka i drugi.²⁵

Postoje i posebne banke za koje se zna da olakšavaju izvršenje krivičnih djela korupcije i organizovanog kriminala, uključujući međunarodni transfer imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću. Na primjer, u BiH, nekadašnju banku PBSS (Profit banka Srpsko Sarajevo) koristili su korumpirani funkcioneri i lica iz organizovanog kriminala povezana sa političkom strankom i Miloševićevim režimom u Beogradu. Autor ovog rada je lično i uspješno procesuirao rukovodioca navedene PBSS banke zbog korupcije, inače nastanjenog u Budvi, a koji je izručen BiH.²⁶ Slično tome, Hercegovačku banku su navodno zloupotrijebili korumpirani funkcioneri iz suprostavljene političke stranke.²⁷ Slične sumnjive banke postoje u svim zemljama svijeta, uključujući Crnu Goru.

²⁵ Vidi Larson, Erik „Primjena upravnog prava u predmetima organizovanog kriminala i korupcije.” Bilten Državnog tužilaštva (Podgorica 2019).

²⁶ Vidi Tužilaštvo protiv M.M. i drugih. (Sud BiH, predmet br. KPV-02/06 [prvostepena osuđujuća presuda]; KPZ-03/07 [konačna potvrđujuća presuda].) Ovo lice je u ratno vrijeme bilo ministar unutrašnjih poslova i ministar pravde Republike Srpske.

²⁷ Vidi, npr, “Bank Job in a Battle Zone,” 29. april 2001, Newsweek Magazine; Tužilaštvo protiv A.J. i drugih (Sud BiH, predmet br. KPV 10/04 [prvostepena osuđujuća presuda]; KPZ 47/05 [oborena osuđujuća presuda iz tehničkih razloga, novo suđene nemoguće zato što je osumnjičeni pobjegao u Hrvatsku].)

U međunarodnim finansijskim istragama potrebno je detaljno provjeriti obrasce za „identifikaciju klijenata“ i „temeljnu provjeru klijenata“ u takvim bankama koje olakšavaju izvršenje krivičnog djela. Potrebno je takođe uzeti izjavu od „ovlašćenog lica“ u banci koje je odgovorno za koordinaciju postupaka protiv pranja novca. Potrebno je obaviti razgovor sa internim i eksternim revizorima. Pojedinačne finansijske transakcije takođe treba unakrsno provjeriti i uporediti sa odgovarajućim bankarskim „protokolima“ kao i sa korespondentnom i primajućom finansijskom institucijom na drugom kraju transakcije.

Vrste zloupotreba u međunarodnim finansijskim istragama

Generalno posmatrano, osnivačka dokumenta kompanija koje se koriste u sumnjivim finansijskim transakcijama takođe se moraju detaljno analizirati. U slučaju PBSS banke, u jednom od dokumenata kompanije koja je korišćena, a čiji su izrađivači pogrešno vjerovali da niko nikada neće detaljno pregledati dokumenta, u šali su naveli da proizvode djelove za mitski bosanski svemirski program, što je bio moćan dokaz tokom samog suđenja o nezakonitoj prirodi kompanije i sa njom povezanih transakcija. Finansijska dokumenta o isplatama se takođe moraju uporediti sa dokumentima o odobrenju kredita. U predmetima korupcije, novac se često isplaćuje prije nego što se postupak odobrenja kredita uopšte okonča.

Slučaj sa PBSS bankom služi kao dobar primjer upotrebe klasičnih finansijskih instrumenata za potrebe korupcije i organizovanog kriminala, kako u zemlji tako i u inostranstvu. Prvo, *krediti su dati fiktivnim kompanijama, često osnovanim u međunarodnim bankarskim centrima*, koji su u tom slučaju (a) ilegalno upućeni nazad za potrebe finansiranja troškova izborne kampanje; i (b) korišćeni u korumpiranoj privatizaciji. Drugo, *razna finansijska dokumenta su falsifikovana*, često na suptilan način koji nije lako uočiti, da bi se omogućila dalja koruptivna djela.

Treće, pojedincima i preduzećima sa političkim vezama odobravani su *neobezbijedeni krediti*. Četvrto, veliki broj ovih *kredita banka je potom nepropisno „otpisivala“* ne pokušavajući da ih naplati. Peto, sredstva su na sumnjiv način prebacivana u inostranstvo bez opravdanog razloga putem transakcija preko *bankarskih centara u inostranstvu* kao što su Britanska Djevičanska Ostrva.²⁸

U druge uobičajene oblike međunarodnih finansijskih zloupotreba spadaju upotreba sumnjivih „ugovora o konsultantskim uslugama“ koji su povezani sa saradnicima korumpiranih službenika i ličnostima organizovanog kriminala.²⁹ Korišćenje „kompanija na papiru“ sa vrlo malo ili bez imovine ili poslovanja, posebno onih osnovanih u bankarskim centrima u inostranstvu umjesto u Crnoj Gori, takođe je sumnjiv znak koji vrijedi dodatno ispitati. Upotreba „glumaca“ koji se javljaju kao imenovani vlasnici sumnjive imovine ili preduzeća, uključujući imovinu i preduzeća u inostranstvu, a koji su u stvari nečiji potpuno nesposobni rođak, vozač ili kolega kriminalac nižeg ranga, takođe je instrument koji se često koristi da se sakriju fondovi u predmetima organizovanog kriminala i korupcije.

U druge oblike finansijskih zloupotreba spadaju šeme lažnog obrnutog spajanja („napumpaj pa prodaj“), koje podrazumijevaju vještačko podizanje cijena kupljenih akcija korišćenjem lažnih i netačnih pozitivnih izjava, da bi se jeftino kupljene akcije prodale po višoj cijeni. Tu spada i redovno „probijanje“ kredita ili kreditnih kartica, kada „kompanija na papiru“ podnese zahtjev za izdavanje kreditne kartice, ili neku drugu vrstu kredita, uspostavi normalan obrazac korišćenja (direktno ili kupovinom starijih legalnih preduzeća sa dobrim

²⁸ Upravo je ovaj slučaj, i ovakvi transferi, pobudio dugotrajno interesovanje i fokusiranost autora na međunarodne finansijske istrage koje su obuhvatale bankarske centre u inostranstvu.

²⁹ Vidi, npr. Komisija SAD za hartije od vrijednosti i berzu protiv Strauba i drugih, slučaj br. 11-cv-96C15-RJS [o korišćenju sumnjivih ugovora o konsultantskim uslugama u privatizaciji u Crnoj Gori].

istorijatom vraćanja kredita koja su u međuvremenu preprodana), a zatim koriste kreditne linije bez namjere vraćanja kredita. „Kompanije na papiru“ se takođe mogu koristiti u klasičnim slučajevima prevara, prekomjerenog fakturisanja, lažnog fakturisanja i drugih oblika pranja novca.

Istrage putem otvorenih izvora informacija

U druge pristupe međunarodnim finansijskim istragama spadaju „istrage putem otvorenog izvora informacija“, u kojima država koristi informacije iz otvorenih izvora (Open Source Intelligence - OSINT) sa interneta, kao i druge izvore, za sprovođenje neformalne međunarodne finansijske istrage. Tu spadaju stvari kao što su javne baze podataka, vladini izvještaji, dokumenta i internet stranice, masovni mediji, mape i komercijalne slike, fotografije i videozapisi. To konkretno podrazumijeva proučavanje internet stranica sumnjivih kompanija, uključujući odjeljak o odnosima sa investitorima, a što se može iskoristiti za preuzimanje kopija njihovih posljednjih godišnjih izvještaja ili revidiranih finansijskih izvještaja. Registri privrednih društava su takođe dostupni preko takvih izvora, kao što su corpsearch.net, opencorporates.com, investigation_dashboard.org i offshoreleaks.icij.org. Instrument Komisije SAD za hartije od vrijednosti i berzu EDGAR (Sakupljanje, analiza i preuzimanje elektronskih podataka) takođe je vrlo koristan: <https://www.sec.gov/edgar.shtml>. Ostale relevantne baze podataka na internetu su Maltego, Hunchly i Tweetbeaver.

Upotreba informacija sa društvenih medija (SOCMINT) je takođe vrlo koristan instrument.³⁰ Nevjerovatno je šta sve kriminalci postavljaju na svoje Facebook, Instagram i druge naloge na društvenim mrežama. Čak i kada su diskretniji, njihova razmažena djeca često su manje oprezna. Nalog na Instagramu pod nazivom „Rich Kids of Instagram“ („Bogata

³⁰ Constantin-Sorin, Todoriu. „Social Media Intelligence.“ Per Concordiam: The Journal of European Security and Defense Issues (2019) Vol. 9, Issue 4.

djeca Instagrama") sadrži brojne potencijalne istražne tragove. Slično tome, protiv jednog visoko rangiranog vladinog funkcionera pokrenuta je istraga pošto su njegovi nalozi na društvenim mediji potvrdili da je koristio desetine vrlo skupih luksuznih satova koje nije prijavio u svom obrascu za prijavljivanje imovine.³¹ Ali, najbolje izvore dokaza u međunarodnoj finansijskoj istrazi često daju sami bankarski centri u inostranstvu.

Saradnja sa bankarskim centrima u inostranstvu koje koriste crnogorski kriminalci

Procjenjuje se da je oko osam posto globalne finansijske imovine skriveno na raznim ofšor računima.³² Kao što je ranije pomenuto, *Zakon o oduzimanju imovine* daje jasnu mogućnost saradnje sa zvaničnicima u inostranstvu kada se primjenjuju „posebni“ postupci finansijskih istraga.³³ *Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima* i razni međunarodni ugovori i konvencije mogu se takođe koristiti u svim oblicima međunarodnih finansijskih istraga, uključujući i one u kojima se koriste tradicionalni postupci oduzimanja imovinske koristi iz *Krivičnog zakonika* i *ZKP-a*.

Operativna saradnja je donedavno bila moguća u skladu sa procedurama Egmont grupe između Uprave za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma (USPNFT) Crne Gore i stranih finansijsko-obavještajnih jedinica (FIU). Međutim, ta saradnja više nije dozvoljena jer je USPNFT stavljena pod nadležnost Uprave policije i izbačena iz Egmont grupe, ali je

³¹ Vidi, npr, "The latest Thai corruption scandal is causing problems for the ruling junta." Washington Post, 23. januar 2018.

³² Zucman, Gabriel, *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens* (2015) University of Chicago Press.

³³ *Zakon o oduzimanju imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću*, član 78 [osnov za međunarodnu saradnju, uključujući upotrebu ugovora i opštih načela uzajamnosti i prijateljskih odnosa]; član 79 [obim međunarodne saradnje; čl. 80-82 [postupci].

procedura u toku da se povrate privilegije iz Egmont grupe, a nadanja su da će se to desiti do kraja 2020. godine.

Ambasada SAD u Podgorici je usmjerila velike napore na pružanje tehničke pomoći u korišćenju međunarodnih finansijskih istraga, uključujući saradnju sa konkretnim bankarskim centrima u inostranstvu povezanim sa crnogorskim kriminalcima. U te napore spada pet obuka organizovanih u Crnoj Gori u koje su bili uključeni stručnjaci za međunarodne finansijske istrage iz Delavera, StAR inicijative³⁴ Svjetske banke i UNODC-a, zatim iz Britanskih Djevičanskih Ostrva, Kajmanskih Ostrva, SAD, BiH, Hrvatske, Finske, Kosova, Holandije i Srbije.³⁵ Potom su uslijedile četiri obuke u samim finansijskim centrima^{36, 37}

Delaver i drugi finansijski centri u SAD

Postoje brojni opravdani razlozi da se u međunarodne finansijske transakcije uključi Delaver. Više od 1.400.000 preduzeća je trenutno registrovano u Delaveru, 82% svih prvih javnih ponuda akcija u Americi odvija se u Delaveru, a više od polovine svih američkih kompanija kojima se trguje javno ima sjedište u Delaveru.³⁸ Delaver ima niske poreze, stroge zakone o poslovnoj tajni i poseban Privredni sud koji nudi brzo i

³⁴ Autor ovog rada je u prošlosti radio za ovu instituciju.

³⁵ Ove obuke su organizovane u junu 2014., decembru 2014., junu 2015., novembru 2015. i martu 2017. godine

³⁶ Ove obuke su obuhvatile putovanje u Delaver i Njujork u junu 2014.; putovanje u Majami i na Britanska Djevičanska Ostrva u junu 2017. godine; putovanje u Majami i na Kajmanska Ostrva u aprilu 2018. godine; i putovanje u Majami i na Sent Kroj u novembru 2019. godine. Sva ova putovanja ne samo da su omogućila naprednu obuku iz međunarodnih finansijskih istraga, već su predstavljala i priliku za učesnike iz Crne Gore da se povežu sa partnerima iz inostranstva u stvarnim predmetima, što je indirektno rezultiralo brojnim proširenim istragama i podignutim optužnicama.

³⁷ Materijali izrađeni za potrebe ovih obuka su dostupni na zahtjev.

³⁸ Prezentacija bivšeg tužioca Delavera Riča Gebelina (Rich Gebelein), 1. jun 2014., Konferencija o finansijskim istragama, Budva, Crna Gora.

efikasno rješavanje privrednih sporova, što ga čini privlačnim za investitore koji ispunjavaju zakonske uslove.³⁹

Međutim, Delaver je, možda nepravedno, poznat i pod nazivom „*Leglo lopova*“, zbog poznatog statusa matične kuće za „kompanije na papiru“ koje koriste kriminalci širom svijeta.⁴⁰ Svjesni ovog problema, u Delaveru je nedavno došlo do određenih reformi. Situacija je posebno bila teška prije 2019. godine, jer su „agenci za osnivanje preduzeća“ (CFA) mogli da registruju kompanije u državi bez otkrivanja ko su stvarni članovi ili vlasnici kompanija o kojima je riječ. Takođe, nije postojao zahtjev da ovi agenti prijavljuju sumnjive aktivnosti. Ti isti agenti su isto tako sumnjivim preduzećima prodavali stare kompanije koje su nekad zakonski poslovale, sa razrađenim računima u bankama, zatim identifikacione brojeve zaposlenih i drugu imovinu. Na primjer, jedan agent za osnivanje preduzeća je bio povezan sa prodajom 2.000 „kompanija na papiru“ sumnjivim klijentima sa sjedištem u Moskvi.⁴¹ Međutim, od 2019. godine u Delaveru su se desile neke prave reforme. U njih spadaju nova pravila „upoznaj svog klijenta“, čime su ojačani postupci temeljne provjere klijenata. Preduzete su i institucionalne reforme u Tužilaštvu države Delaver i Odjeljenju za privredna društva države Delaver u cilju unapređenja praćenja poslovanja u Delaveru. Međutim, i pored reformi uvedenih od 2019. godine, mnogi predmeti iz Crne Gore iz oblasti finansijskog kriminala i dalje su povezani sa Delaverom, zbog čega je djelotvorna saradnja sa tom državom od ključnog značaja.

U okviru formalnih zahtjeva za uzajamnu pravnu pomoć od Delavera ili bilo kojeg drugog mjesta u SAD, informacije se traže preko crnogorskog Ministarstva pravde koje kontaktira američki centralni organ pri Ministarstvu pravde SAD, Službu

³⁹ Ibid.

⁴⁰ New York Times, Cassara, John, „Delaware, Den of Thieves?“ (Nov. 1, 2013)

⁴¹ Prezentacija bivšeg tužioca Delavera Riča Gebelina tokom obuke u organizaciji INL na Sent Kroju u novembru 2019. godine.

za međunarodne poslove.⁴² Međutim, ovo je samo jedan od mnogih načina za dobijanje informacija iz Delavera. Na nivou saradnje između policija, koordinacija se može ostvariti direktno sa nadležnim federalnim organima u državi Delaver, kao što su Federalni istražni biro (FBI), Uprava za borbu protiv droga (DEA), a za međunarodne finansijske istrage posebno je relevantna Agencija za istrage vezane za državnu bezbjednost (Homeland Security Investigations - HSI). HSI ima dugu istoriju sprovođenja istraga o pripadnicima organizovanog kriminala na Balkanu i njihovim međunarodnim finansijskim transakcijama.⁴³ HSI ima operativne timove za finansijske istrage u Njujorku (El Dorado Task Force-sjever) i u Majamiju (El Dorado Task Force-jug).

Posebnu pažnju treba posvetiti američkim nadležnim organima u Majamiju, imajući u vidu veliku ulogu koju crnogorski pripadnici organizovanog kriminala imaju u međunarodnoj trgovini kokainom, pri čemu su najbolji primjeri postojeći rat između bandi Kavčana i Škaljaraca i nedavna zapljena 20 tona kokaina povezanog sa crnogorskim mornarima u SAD-u. Sa ovim američkim saveznim organima za sprovođenje zakona moguće je uspostaviti koordinaciju preko njihovih balkanskih regionalnih atašea.⁴⁴ Ako crnogorska Finansijsko-obavještajna jedinica ponovo dobije svoje privilegije u okviru Egmont grupe, direktna koordinacija se može uspostaviti i sa američkom jedinicom, FinCEN-om, koji se nalazi u okviru američkog Ministarstva finansija.⁴⁵

⁴² OIA, Criminal Division, USDOJ, 950 Pennsylvania Avenue, NEW, Washington, D.C. 20530-0001.

⁴³ Autor je blisko sarađivao sa organima HSI na Floridi i njihovom Kancelarijom regionalnog atašea u Beču u predmetu značajnog trgovca drogom sa vezama u Crnoj Gori i na Kosovu.

⁴⁴ Regionalni ataše HSI se nalazi pri Ambasadi SAD u Atini; regionalni ataše agencija DEA se nalazi pri ambasadi SAD u Zagrebu, a Kancelarija regionalnog atašea FBI-a ima službenike u Ambasadama SAD u Sarajevu i Beogradu. Koordinacija sa njima može se ostvariti i direktno preko Kancelarije RSO pri Ambasadi SAD u Podgorici.

⁴⁵ <https://www.fincen.gov>

Ambasada SAD u Podgorici je takođe omogućila uspostavljanje dugotrajnog partnerstva za potrebe obuke između Crne Gore i Tužilaštva u Delaveru. Neformalna koordinacija između tužilaštava može se ostvariti direktnom komunikacijom sa njihovom kancelarijom za opšte poslove,⁴⁶ kao i sa njihovim Sektorom za finansijski kriminal.⁴⁷ Informacijama o kompanijama iz Delavera se može pristupiti i preko interneta.⁴⁸ Mnoge otuđene ili prevarom stečene jahte u Crnoj Gori registrovane su i u državi Delaver.⁴⁹ Informacije o takvim plovilima mogu se dobiti preko Sektora za ribarstvo i divlje životinje države Delaver.⁵⁰ Informacije o sumnjivim jahtama registrovanim kod američkih saveznih vlasti takođe se mogu naći na internetu.⁵¹

Britanska Djevičanska Ostrva i Kajmanska Ostrva

Brojni slučajevi kriminala iz Crne Gore obuhvataju Britanska Djevičanska Ostrva i Kajmanska Ostrva. Obično je riječ o „kompanijama na papiru” registrovanim na BDO sa bankarskim računima i drugim finansijskim instrumentima na

⁴⁶ Ministarstvo pravde države Delaver - Delaware Department of Justice (DEDOJ), državni tužilac Kathleen Jennings, Esq., Carvel State Building, 820 N. French St., Wilmington, DE 19801. DEDOJ State Prosecutor: Tel: +1 302 577 5284.

⁴⁷ Zamjenik državnog tužioca - Deputy Attorney General Brian Robertson. E-Mail: Brian.Robertson@delaware.gov. Tel: +1 302 577 5284.

⁴⁸ <https://icis.corp.delaware.gov>. Tel: +1 302 739 3073.

⁴⁹ Objava Uprave policije Crne Gore na Tviteru o zajedničkoj operaciji SAD i CG na privremenom oduzimanju plovila: https://twitter.com/PolicijaCG/status/1218178992764850176?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1218178992764850176&ref_url=https%3A%2F%2Fkodex.me%2Fclanak%2F200839%2Fcg-policija-pronasla-ukradena-plovila-vrijedna-oko-milion-eura; vidi takođe www.delaware-yacht-registration.com [privatna usluga za brzu registraciju jahti u Delaveru].

⁵⁰ Vicki Rhodes – Email: Vicki.Rhodes@delaware.gov

⁵¹ <https://www.dco.uscg.mil>

Kajmanskim Ostrvima. BDO i Kajmanska Ostrva, i Angvila se oboje nalaze se na „sivoj listi“ EU-a kao poreske oaze.⁵²

Na Britanskim Djevičanskim Ostrvima ima gotovo 500,000 registrovanih kompanija, uključujući mnoge koje posluju u Crnoj Gori, iako na BDO živi samo 30,000 ljudi. (BDO su svega jedan sat vožnje trajektom udaljena od Američkih Djevičanskih Ostrva (ADO), koja su takođe bankarski centar u inostranstvu i nalaze se na „crnoj listi“ EU za porezke oaze, mada crnogorski kriminalci rjeđe koriste ADO.)⁵³

Saradnja sa BDO detaljno je obrađena u publikaciji „Britanska Djevičanska Ostrva: Priručnik o međunarodnoj saradnji i razmjeni informacija - Vodič za regulatore, predstavnike sudova i službenike za sprovođenje zakona.“⁵⁴ Treba napomenuti da su BDO pretrpjela ogromnu štetu tokom uragana Irma, zbog čega se na odgovore često čeka. Neformalna policijska saradnja može se, direktno ili preko Interpola, uspostaviti sa Odjeljenjem za finansijski kriminal Kraljevske policije Djevičanskih Ostrva.⁵⁵

Formalni zahtjevi za međunarodnu pravnu pomoć šalju se Državnom tužilaštvu BDO preko Ministarstva pravde.⁵⁶ Iako nema ugovora o uzajamnoj pravnoj pomoći između Crne Gore i BDO, postoji nekoliko multilateralnih ugovora koji omogućavaju uspostavljanje saradnje, uključujući Konvenciju UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci iz 1988. godine, Konvenciju UN o suzbijanju

⁵² Lista EU poreskih oaza (17. maj 2019.)

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Objavila Komisija za finansijske usluge BDO u aprilu 2007., revidirana verzija 2013. godine. Prevod na crnogorski jezik je dostupan u Ambasadi SAD.

⁵⁵ Jedinica za finansijski kriminal - Financial Crimes Unit, C/O Commissioner of Police, RVIPF, Police Headquarters, Main St. Governor's Office, Tortola, VG1110, BVI. Tel +284 468 5450.

⁵⁶ Državni tužilac - the Hon. Attorney General, Attorney General's Chambers, 4th Floor, TTT Building, P.O. Box 242, Road Town, Tortola VG1110, BVI. agc@gov.vg; vidi takođe Priručnik BDO, poglavlja 3, 4, 7 i 8 za detaljan opis relevantnih procedura.

finansiranja terorizma iz 1999., UNTOC iz 2000., UNCAC iz 2003., a za građanske sporove Konvenciju UN o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskim ili privrednim stvarima iz 1970. godine.⁵⁷ Neformalna saradnja između tužilaštava može se zatražiti i preko njihove Kancelarije direktora državnog tužilaštva.⁵⁸

Na administrativnom i regulatornom nivou, zahtjevi za pomoć mogu se podnijeti i preko njihove Komisije za finansijske usluge (FSC).⁵⁹ Crnogorske poreske vlasti mogu zatražiti pomoć i putem ministra finansija BDO i direktora Međunarodne poreske uprave, u skladu sa odredbama Zakona BDO o uzajamnoj pravnoj pomoći iz 2003. godine.⁶⁰ Kada Crna Gora povratu privilegije u okviru Egmont grupe, koordinacija se može uspostaviti i sa finansijsko-obavještajnom jedinicom BDO, Agencijom BDO za finansijske istrage.⁶¹

Pored BDO, i *Kajmanska Ostrva* su poznati međunarodni finansijski centar, a baš kao i BDO u pitanju je mala karipska teritorija. Kajmanska Ostrva se sastoje od tri mala ostrva, a ukupan broj stanovnika je samo 66.000. Međutim, riječ je o velikom globalnom finansijskom centru u kojem su prisutne sve velike revizorske firme, uključujući i firme iz „velike četvorke“. U pitanju su računovodstvene firme koje pružaju savjetodavne, administrativne i konsultantske usluge, kao i usluge upravljanja rizikom i revizije. Kajmani

⁵⁷ Priručnik BDO, odjeljak 2.1 do 2.5; vidi takođe odjeljak 5 o pravnoj pomoći u građanskim ili privrednim postupcima u inostranstvu.

⁵⁸ Direktor državnog tužilaštva - Director of Public Prosecution, P.O. Box 4572, TTT Building, Road Town, Tortola VG 1110, BVI. Tel. +284 468 2950.

⁵⁹ Direktor/izvršni direktor - the Managing Director/CEO, BVI Financial Services Commission, Haycraft Building, Pasea Estate, P.O. Box 418, Road Town, Tortola VG1110, BVI. commissioner@bvifsc.vg; vidi takođe BVI Handbook, sekcija 6.

⁶⁰ Ministar finansija - the Financial Secretary, Ministry of Finance, Government of the Virgin Islands Central Administration Complex, Road Town, Tortola VG 1110 BVI. bviita@gov.vg; vidi takođe BVI Handbook, sekcija 7, vezano za detaljnu raspravu o relevantnim procedurama.

⁶¹ Direktor, BVI Financial Investigation Agency, 2nd Floor, LM Business Centre, P.O. Box 4090, Road, Town, Tortola VG1110, BVI. director@bvifia.org

takođe imaju reputaciju centra za finansijske zloupotrebe, a njihove dobro organizovane zakonite banke, fondovi i osiguravajuća društva ponekad zloupotrebljavaju oni koji žele da peru svoja kriminalom stečena sredstva, uključujući crnogorske kriminalce.

Zahtjevi za pomoć u međunarodnim finansijskim istragama mogu se dostaviti na različite načine. Kao i u slučaju BDO, Kajmanska Ostrva su pripremila koristan vodič: *Priručnik Vlade Kajmanskih Ostrva o međunarodnoj saradnji i razmjeni informacija*, koji je 2017. objavio njihov Upravni odbor za borbu protiv pranja novca.⁶² Saradnja između policija može se uspostaviti sa njihovom Upravom policije Kraljevskih Kajmanskih Ostrva (RCIPS),⁶³ a posebno sa Jedinicom za finansijski kriminal (FCIP). FCIP vodi Proaktivnu radnu grupu za međunarodno pranje novca i finansiranje terorizma koja je posebno formirana za saradnju sa drugim zemljama, kao što je Crna Gora.

Kada crnogorski organ uprave za sprečavanje pranja novca obnovi svoje privilegije u okviru Egmont grupe, administrativna koordinacija se može uspostaviti i sa Upravom za finansijsko izvještavanje (FRA), koja služi kao njihova finansijsko-obavještajna jedinica.⁶⁴ Administrativnu koordinaciju mogu da uspostave i crnogorska regulatorna tijela, uključujući bankarske službenike, i to sa Monetarnom upravom Kajmanskih Ostrva (CIMA).⁶⁵

Formalni zahtjevi za uzajamnu pravnu pomoć propisani su *Zakonom o međunarodnoj saradnji u krivičnom pravosuđu*

⁶² Ambasada SAD u Podgorici je Priručnik prevela na crnogorski jezik.

⁶³ RCIPS, 69A Elgin Avenue, George Town, Grand Cayman, KY1 – 1001, Cayman Islands. <http://www.rcips.ky/portal/page/portal/polhome>.

⁶⁴ FRA, 133 Elgin Avenue, 4th Floor, New Government Administration Building, Grand Cayman, Cayman Islands. financialreportingauthority@gov.ky; vidi takođe Caymans Handbook, sekcija IV, str. 21.

⁶⁵ CIMA, P.O. Box 10052, 80 Shedden Road, Elizabethan Square, Grand Cayman KY1 – 1001, Cayman Islands. <http://www.cimoney.com.ky>; vidi takođe Caymans Handbook, sekcija VI.

(CJICL) i drugim relevantnim zakonima⁶⁶ i mogu se poslati putem zamolnice službenim kanalima. U većini slučajeva, nadležni centralni organ je Predsjednik Vrhovnog suda kao nadležni organ Kajmanskih Ostrva za uzajamnu pravnu pomoć⁶⁷, a koji onda proslijeđuje zahtjeve Kancelariji direktora državnog tužilaštva ili drugim relevantnim institucijama. Neformalna saradnja između tužilaštava može se, u nekim predmetima, uspostaviti direktno sa državnim tužilaštvom.⁶⁸

Za formalne zahtjeve potrebno je postojanje „dvojne kažnjivosti“, što može da stvori poteškoće u slučajevima utaje poreza u Crnoj Gori, jer na Kajmanskim Ostrvima nema poreza, pa tako ni krivičnog djela utaje poreza. Međutim, administrativna saradnja je i dalje moguća između crnogorskih poreskih organa i Kajmanske uprave za poreske informacije, Odjeljenje za međunarodnu poresku saradnju,⁶⁹ u skladu sa *Zakonom o Kajmanskoj upravi za poreske informacije*. Formalna saradnja je, naravno, i dalje moguća kod većine drugih oblika finansijskog kriminala, uključujući pranje novca. Međutim, postoji zahtjev da Crna Gora pokaže da postoje „osnovani razlozi“ za vjerovanje da je krivično djelo navedeno u zahtjevu zaista počinjeno, i da se tražene informacije odnose na krivično djelo i da se nalaze na Kajmanskim Ostrvima.⁷⁰

Zamolnica se može temeljiti na obavještajnim podacima iz Crne Gore, koje će razmatrati kajmanski sud. Kajmanski sudovi će takođe procesuirati zahtjeve za „zadržavanje i oduzimanje“ koje dobiju iz Crne Gore u cilju privremenog ili trajno oduzimanja imovine povezane sa crnogorskim

⁶⁶ Priručnik Kajmanskih Ostrva, odjeljak II.

⁶⁷ Predsjednik Vrhovnog suda - Hon. Chief Justice, Courts Office, George Town, Grand Cayman, Cayman Islands. <https://www.judicial.ky/judicial-administration/chief-justice>.

⁶⁸ Kancelarija direktora državnog tužilaštva - Office of the Director of Public Prosecutions, 2nd Floor Bermuda House, Dr. Roye's Drive, George Town, Grand Cayman. <http://www.dpp.gov.ky/portal/page/portal/dpphome>.

⁶⁹ Uprava za poreske informacije - Tax Information Authority, Government Administration Building, 133 Elgin Avenue, George Town, Grand Cayman, Cayman Islands. tia@gov.ky.

⁷⁰ Vidi npr. CJICL, član S8(1)(b).

kriminalcima, u skladu sa kajmanskim *Zakonom o imovinskoj koristi od kriminala* iz 2017. godine.⁷¹

Drugi finansijski centri u inostranstvu

Istorijski posmatrano, crnogorski kriminalci su se takođe u velikoj mjeri oslanjali i na finansijske transakcije preko Sejšela.⁷² Takođe su često koristili banke i preduzeća sa sjedištem na Kipru.⁷³ Međutim, organizovani kriminal i korupcija se neprestano razvijaju, stalno se mijenjaju, poput mutirajućeg virusa. Svake godine se koriste nove tehnike i novi bankarski centri u inostranstvu da bi se od međunarodnih finansijskih istraga sakrila imovinska korist stečena kriminalnom djelatnošću. Ta mjesta su stoga samo početak potrage i bez sumnje će ih u budućnosti zamijeniti novi bankarski i korporativni centri.

Zaključak

Međunarodne finansijske istrage i operacije oduzimanja imovine ključne su komponente istrage, krivičnog gonjenja i donošenja presude u gotovo svim predmetima organizovanog kriminala i korupcije u Crnoj Gori. Da bi bile efikasne, takve istrage moraju da se temelje na dobrom razumijevanju vrsta finansijskih instrumenata koja se koriste na međunarodnom nivou, glavnih tehnika finansijskih istraga i metodologija saradnje sa finansijskim centrima van Crne Gore.

⁷¹ Priručnik Kajmanskih Ostrva, odjeljak IV, strane 19-21.

⁷² Vidi, npr, Sun and Shadows: How an Island Paradise Became a Haven for Dirty Money (2014) Međunarodni konzorcijum za istraživačko novinarstvo [o ulozi Sejšela kao bankarskog centra u inostranstvu]; Komisija SAD za hartije od vrijednosti i berzu protiv Strauba i drugih, predmet br. 11-cv-96C15-RJS.

⁷³ Vidi npr. Montero, David, Kickback: Exposing the Corporate Bribery Network (2018) Viking Books [o centralnoj ulozi kiparskih banaka u omogućavanju korupcije].

Prof. dr Vesna SIMOVIĆ-ZVICER ¹

ZASNIVANJE RADNOG ODNOSA PREMA NOVOM ZAKONU O RADU²

Novi Zakon o radu je rezultat višegodišnjih pregovora Vlade i socijalnih partnera. Osim činjenice da se radi o sistemskom zakonu koji reguliše odnose između poslodavaca i zapošljenih u Crnoj Gori, njegova značaj potvrđuje i činjenica da je njegovo usvajanje jedan od uslova za zatvaranje pregovaračkog poblavlje 19 – Socijalna politika i zapošljavanje. Iz tog razloga je zakonski tekst usaglašavan sa 14 direktiva Evropske unije.

Osim toga, prilikom izrade novog Zakona o radu, cilj je bio i da se regulišu problemi s kojima su se u praksi susrijetali kako poslodavci, tako i zapošljeni.

U ovom članku akcenat je stavljen na uslove koje je potrebno ispuniti za zakonito zasnivanje radnog odnosa. Pri tome, obrađena su zakonska rješenja koja se odnose kako na materijalne uslove za zasnivanje radnog odnosa (opšte i posebne), tako i na postupak zasnivanja radnog odnosa. Osim toga, pojašnjene su i smetnje za zasnivanje radnog odnosa. Poseban akcenat je stavljen na obaveze koje u postupku zasnivanja radnog odnosa treba da ispune poslodavci u tzv. „javnom sektoru“.

Ključne riječi: uslovi za zasnivanje radnog odnosa, javni oglas, provjera radnih sposobnosti, ugovor o radu.

¹ Docent na Fakultetu političkih nauka Univerziteta Crne Gore.

² Rad predstavlja prilagođen izvod iz Komentara Zakona o radu, autorke Vesna Simović-Zvicer, Podgorica, 2020.

Uslovi i smetnje za zasnivanje radnog odnosa

Uslovi za zasnivanje radnog odnosa mogu biti opšti i posebni. Opšti uslovi su predviđeni Zakonom o radu (ZOR) i odnose se na sva lica koja na teritoriji Crne Gore žele da zasnuju radni odnos. Predviđena su dva opšta uslova i to: 15 godina života (koja se dokazuje izvodom iz matične knjige rođenih, ličnom kartom ili drugom vjerodostojnom ispravom) i opšta zdravstvena sposobnost (koja se dokazuje ljekarskim uvjerenjem). Starosna dob od 15 godina života predstavlja starosnu granicu kada lice stiče opštu radnopravnu sposobnost.³ Međutim, u ZOR-u se pravi izuzetak u odnosu na lica koja su navršila 15 godina života i koja se nalaze na obaveznom osnovnom školovanju, koja u tom slučaju ne mogu da zasnuju radni odnos. Opšta zdravstvena sposobnost se dokazuje uvjerenjem (izdaje ga nadležna zdravstvena ustanova), koje sadrži ocjenu o zdravstvenoj sposobnosti kandidata za obavljanje poslova radnog mjesta i ne smije da sadrži podatke o zdravstvenom stanju kandidata.

Kada su u pitanju posebni uslovi, oni su prije svega predviđeni aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji, a mogu biti predviđeni i posebnim zakonom (kao što je npr. Zakon o državnim službenicima i namještenicima, posebni zakoni u obrazovanju i sl.) ili nekim drugim propisima (misli se na akte koja donosi poslodavac). Važno je napomenuti da poslodavac ima visok stepen slobode da, zavisno od prirode i vrste poslova sam uređuje posebne uslove. Pri tome, svakako mora voditi računa da ne povrijedi načelo zabrane diskriminacije (npr. posebni uslovi ne bi mogli sadržati neki od osnova diskriminacije), odnosno da su ti uslovi u funkciji obavljanja posla.

³ Pri tome, radnopravnu sposobnost treba razlikovati od poslovne sposobnosti, koja se stiče sa 18 godina života i podrazumijeva sposobnost sticanja prava, obaveza i odgovornosti. Lice koje je prije 18 godina zasnovalo radni odnos stiče i ograničenu poslovnu sposobnost, jer može sticati prava, obaveze i odgovornosti–ali samo u vezi s radnim odnosom.

Posebni uslovi mogu biti: kvalifikacija nivoa obrazovanja (s tim što poslodavac može predviđeti raspon od najviše dva nivoa kvalifikacije obrazovanja, radno iskustvo, poznavanje rada na računaru, znanje jezika, položen stručni ispit, punoljetsvo, državljanstvo, organizacione sposobnosti, specijalizovane licence i sl.⁴).

Za lica s invaliditetom, koja su osposobljena za rad na odgovarajućim poslovima, tj. koja su prošla proces profesionalne rehabilitacije⁵ važe isti uslovi za zasnivanje radnog odnosa. Na uslove i postupak zapošljavanja lica s invaliditetom primjenjuju se odredbe ovog zakona, dok se pojedina pitanja koja se tiču posebnih mjera za zapošljavanje lica s invaliditetom uređena posebnim zakonom⁶.

Kako je već rečeno, lice s 15 godina života stiče radno-pravnu sposobnost, koja podrazumijeva sposobnost zaključivanja ugovora o radu.⁷ Međutim, bez obzira na to, ZOR predviđa dodatne uslove za zasnivanje radnog odnosa za lica koja su mlađa od 18 godine, i to:

⁴ Tako, Zakon o državnim službenicima i namještenicima u članu 34 predviđa da radni odnos u državnom organu može da zasnuje lice koje ispunjava sljedeće uslove: je crnogorski državljanin; ima navršenih 18 godina života; je zdravstveno sposobno za obavljanje poslova radnog mjesta; ima propisani nivo kvalifikacije obrazovanja; ima položen stručni ispit za rad u državnim organima; nije osuđivano za krivično djelo koje ga čini nedostojnim za rad u državnom organu i protiv koga nije pokrenut krivični postupak po službenoj dužnosti.

⁵ Profesionalna rehabilitacija obuhvata mjere i aktivnosti koje se realizuju s ciljem da se lice s invaliditetom na odgovarajući način osposobi za rad, zadrži zapošljenje, u njemu napreduje ili promijeni svoju profesionalnu karijeru.

⁶ Mjere i podsticaji za zapošljavanje lica s invaliditetom, obaveze poslodavaca u vezi s zapošljavanjem ovih lica uređeni su Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom („Sl. list CG“, br. 49/2008, 73/2010, 39/2011 i 55/2016).

⁷ Porodični zakon u članu 5, stav 1 predviđa da je dijete svako lice do navršenih 18 godina života, dok u članu 66 stav 2 predviđa da dijete koje je navršilo 15 godina života može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže svojom zaradom ili imovinom koju je steklo sopstvenim radom. Nadalje, u članu 307, stav 2 se predviđa da dijete samostalno upravlja i raspolaže imovinom koju stekne radom.

- pisana saglasnost roditelja, usvojioca, hranitelja ili staratelja;
- nalaz nadležnog zdravstvenog organa, koji treba da sadrži dvije činjenice: 1) da poslovi za koje lice mlađe od 18 godina treba da zaključi ugovor o radu nijesu štetni za njegovo zdravlje i razvoj i 2) da je lice mlađe od 18 godina zdravstveno sposobno (za obavljanje poslova za koje treba da zaključi ugovor o radu).
- Da takav rad ne ugrožava njegov moral i obrazovanje - podrazumijeva da obavljanje poslova ne šteti, odnosno ne dovodi do nemogućnosti pohađanja nastave i izvršavanju drugih obaveza koje proizlaze iz procesa obrazovanja. Pri tome, treba napomenuti da se u konkretnom slučaju radi o licima koja pohađaju srednju školu, jer u suprotnom - ako nijesu završila osnovno obrazovanje ne bi mogla da zasniju radni odnos, iako su navršila 15 godina života (videti: član 20, stav 3 ZOR-a).
- U stavu 1 ovog člana je predviđen još jedan uslov za zasnivanje radnog odnosa, odnosno definiše se odsustvo smetnje za zasnivanje radnog odnosa: da takav rad nije zabranjen zakonom. Ipak, ne definiše se koji su to poslovi zabranjeni zakonom za lica koja su mlađa od 18 godina života, niti takva definicija postoji u drugim propisima. Ipak, u cilju prevazilaženja problema u praksi, mišljenja sam da mogu pomoći rješenja koja su sadržana u članu 7, stav 2 Direktive 94/33 o zaštiti mladih ljudi na radu, u kojem se navodi da lica mlađa od 18 godina ne mogu raditi na sljedećim poslovima: 1) poslovima koji su objektivno iznad njihovih fizičkih ili psiholoških sposobnosti; 2) poslovima koji uključuju štetno izlaganje agensima koji su otrovni, kancerogeni, izazivaju nasljedna genetska oštećenja ili štete plodu, ili na bilo koji drugi način hronično utiču na ljudsko zdravlje; 3) poslovima koji uključuju štetno izlaganje radijaciji; 4) poslovima koji uključuje rizike od nesreća za

koje se može pretpostaviti da ih mlada osoba ne može prepoznati ili izbjeći zbog svoje nedovoljne pažnje s obzirom na sigurnost ili nedostatak iskustva ili obuke; ili 5) poslovima u kojima postoji rizik za zdravlje zbog ekstremne hladnoće ili vrućine, ili zbog buke ili vibracije⁸.

Smetnje za zasnivanje radnog odnosa

Smetnje za zasnivanje radnog odnosa su pravne činjenice koje licu koje ispunjava opšte i posebne uslove onemogućavaju zasnivanje radnog odnosa. Te pravne činjenice najčešće se predviđaju zakonom i mogu biti privremene (što je najčešći slučaj) i trajne.

ZOR predviđa nekoliko smetnji, i to:

- *Postojanje ugovora o radu s punim, odnosno skraćenim radnim vremenom*

Ovo je apsolutna smetnja,⁹ jer je licima koja su u radnom odnosu s punim ili skraćenim radnim vremenom na taj način obezbijedeno ostvarivanje ustavom garantovanog prava na rad. Pri tome, podrazumijeva se da se ova smetnja odnosi na postojanje ugovora o radu s punim, odnosno skraćenim radnim vremenom na teritoriji Crne Gore, što je u duhu člana 2 ZOR-a, koji određuje teritorijalni domen primjene zakona.

⁸ Ipak, Direktiva u stavu 3 ostavlja mogućnost da države članice mogu, zakonskom ili regulatornom odredbom, odobriti odstupanja od navedenih ograničenja, kada su takva odstupanja nužna za njihovo stručno obrazovanje, pod uslovom da se zaštita njihove sigurnosti i zdravlja obezbijedi tako da se rad obavlja pod nadzorom ovlaštene osobe u smislu člana 7. Direktive 89/391/EEZ o uvođenju mjera za podsticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu i pod uslovom da se obezbijedi zaštita koju pruža ta Direktiva.

⁹ N.Tintić, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi II, Zagreb, 1972, str. 74–76.

Obaveza dostavljanja dokaza o nepostojanju ove smetnje je na zapošljenom, koji je prilikom stupanja na rad dužan da poslodavcu preda radnu knjižicu-iz koje se može utvrditi nepostojanje drugog radnog odnosa u periodu zasnivanja radnog odnosa kod tog poslodavca. Osim toga, treba napomenuti da zapošljeni koji ima ugovor o radu s punim radnim vremenom može da zaključi ugovor o dopunskom radu (viđeti član 202 ZOR-a).

- *Pravosnažna sudska odluka kojom je zabranjen rad na poslovima koji su predviđeni aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji za to radno mjesto*

U ovom slučaju se radi o neotklonjivoj smetnji, koja je vremenski neograničena, jer ima za cilj zaštitu javnog poretka, javne bezbjednosti i javnog zdravlja. Iz tog razloga je ova smetnja najčešće predviđena zakonom. Osim toga, osuđivanost za krivična djela je smetnja koja se javlja prilikom zasnivanja radnog odnosa u državnim organima, vojsci,¹⁰ policiji¹¹ i Agenciji za nacionalnu bezbjednost.¹²

¹⁰ Zakon o vojsci („Sl. list CG“, br. 51/2017 i 34/2019) u članu 47 predviđa da u Vojsci može biti primljeno lice koje nije osuđeno na безусловnu kaznu zatvora u trajanju dužem od šest mjeseci, odnosno da nije pravosnažno osuđeno za krivično djelo protiv: ustavnog uređenja i bezbjednosti Crne Gore; čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom; života i tijela; sloboda i prava čovjeka i građanina; polne slobode, braka i porodice; zdravlja ljudi; zaštite na radu; opšte sigurnosti ljudi i imovine; pravnog saobraćaja; službene dužnosti; pravosuđa; javnog reda i mira; časti i ugleda; Vojske Crne Gore; imovine i državnih organa; ako pravosnažnom presudom nije zabranjeno obavljanje određene djelatnosti, odnosno dužnosti; ili ako ne postoje bezbjednosne smetnje za prijem u službu u Vojsci.

¹¹ Zakon o unutrašnjim poslovima („Sl. list CG“, br. 44/2012, 36/2013, 1/2015 i 87/2018) u članu 85, stav 2 predviđa da nije dostojno za obavljanje policijskih poslova lice koje je pravosnažnom presudom osuđeno za krivično djelo iz koristoljublja ili nečasnih pobuda; lice koje je osuđeno zbog krivičnog djela ugrožavanja javnog saobraćaja na putevima učinjeno pod dejstvom alkohola, droge ili drugih psihoaktivnih materija; lice koje je kažnjeno za prekršaj protiv javnog reda i mira s elementima nasilja ili drugi prekršaj koji ga čini nedostojnim za obavljanje unutrašnjih poslova; lice čije

– *Osuđivanost za krivična djela protiv polne slobode*

Ova smetnja se odnosi na zaključivanje ugovora o radu za obavljanje poslova koji podrazumijevaju rad s decom: ova zabrana se ne odnosi samo na rad u vrtićima i školama, već na obavljanje svih drugih poslova koji podrazumijevaju rad s decom (u pozorištu, na televiziji, u bolnici i sl.). Treba napomenuti da sličnu smetnju predviđena Opšti zakon o obrazovanju i vaspitanju,¹³ koji u članu 100 predviđa da nastavnik koji je pravnosnažnom presudom osuđen za krivično djelo protiv polne slobode ne može obavljati obrazovno-vaspitni rad. Krivični zakonik u Glavi XVIII predviđa sljedeća krivična djela protiv polne slobode: silovanje; obljuba nad nemoćnim licem; obljuba s detetom; obljuba zloupotrebom položaja; nedozvoljene polne radnje; podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa; posredovanje u vršenju prostitucije; dječija pornografija; navođenje maloljetnih lica da prisustvuje vršenju krivičnih djela protiv polne slobode; mamljenje deteta u cilju vršenja krivičnih djela protiv polne slobode.

– *Srodstvo kao smetnja za obavljanje poslova u domaćinstvu*

Ugovor o radu za obavljanje poslova u domaćinstvu se zaključuje za obavljanje poslova u kući, kao što su: spremanje stana, pranje, peglanje, priprema hrane, nabavka hrane i sl. Ova vrsta ugovora se ne može zaključiti s članovima uže porodice: supružnikom, decom (bračna, vanbračna, usvojena i pastorčad), roditeljima i usvojiocima, jer između njih u skladu

dosadašnje ponašanje, navike ili sklonosti ukazuju na nepouzdanost za obavljanje tih poslova.

¹² Zakon o Agenciji za nacionalnu bezbjednost („Sl. list CG“, br. 28/2005 i „Sl. list CG“, br. 86/2009, 20/2011 i 8/2015) u član 27a.

¹³ „Sl. list CG“, br. 64/2002, 31/2005 i 49/2007 i „Sl. list CG“ br. 4/2008, 21/2009, 45/2010, 40/2011, 36/2013 i 47/17.

s Porodičnim zakonom¹⁴ postoji obaveza međusobnog izdržavanja.

– *Isplaćena otpremnina zapošljenima u „javnom sektoru“*, pri čemu se pod tim pojmom ne podrazumijevaju samo zapošljeni čije se zarade finansiraju iz budžeta (javne ustanove, javne službe), već i zapošljeni u privrednom društvu, čiji je većinski vlasnik država, odnosno jedinica lokalne samouprave ili država, odnosno u kojem jedinica lokalne samouprave ima učešće u kapitalu. Pri tome, ova smetnja ima ograničeno vremensko trajanje i zavisi od osnova isplate otpremnine. Naime, ako je otpremnina isplaćena po osnovu sporazumnog prestanka radnog odnosa smetnja važi u periodu od pet godina od dana isplate otpremnine, a ako je otpremnina isplaćena zbog prestanka potrebe za radom-smetnja važi u periodu od godine dana od dana isplate otpremnine. Ipak, zakon dozvoljava izuzetak od primjene navedene smetnje - a to je mogućnost da zapošljeni zasnue radni odnos kod navedenih poslodavca, ukoliko u periodu važenja smetnje vrati cjelokupan iznos otpremnine koju je primio. Izuzetak se pravi u odnosu na lica s invaliditetom kojima je otpremnina isplaćena po osnovu prestanka potrebe za radom, jer ova lica i pored isplaćene otpremnine po ovom osnovu, mogu zasnovati radni odnos u „javnom sektoru“ bez ograničenja (ovo ne važi u slučaju isplate otpremnine po osnovu sporazumnog prestanka radnog odnosa).

Ova smetnja nije novina u zakonu¹⁵ i jasno je da ima za cilj suzbijanje zloupotreba u pogledu isplaćenih otpremnina u

¹⁴ Porodični zakon („Sl. list CG“, br. 1/2007 i „Sl. list CG“, br. 53/2016) u članu 4 predviđa da su članovi porodice dužni da se uzajamno poštuju, pomažu i izdržavaju. Osim toga, predviđeno je da roditelji imaju jednaka prava i dužnosti prema svojoj deci i odgovorni su za podizanje, vaspitanje i osposobljavanje dece za samostalan život, zaštitu njihovih interesa i dobrobiti.

¹⁵ Ova smetnja prvi put je uvedena u naše zakonodavstvo 2012 godine, Zakonom o dopuni Zakona o radu („Sl. list CG“, br. 66/2012).

„javnom sektoru“, a potom ponovnog zapošljavanja kod poslodavca koji se finansira iz državnog ili lokalnog budžeta. U cilju sprječavanja takvih zloupotreba predviđena je i obaveza za poslodavca iz „javnog sektora“ da Zavodu za zapošljavanje i Upravi za kadrove dostavi podatke o zapošljenima kojima je isplaćena otpremnina. Iako zakon ne precizira o kojim podacima se radi, podrazumijeva se da se pored ličnih podataka dostavljaju i podaci o datumu isplate i visini isplaćene otpremnine.

Postupak zasnivanja radnog odnosa

Zakonitost zasnivanja radnog odnosa cijeni se na osnovu ispunjenosti materijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, ali i na osnovu ispunjenosti formalnih uslova – koji se tiču postupka zasnivanja radnog odnosa.

U tom smislu, treba praviti razliku između internog obavještanja zapošljenih, prijavljivanja slobodnih radnih mjesta Zavodu za zapošljavanje i javnog oglašavanja slobodnih radnih mjesta.

Interno obavještanje

Obaveza internog obavještanja zapošljenih predviđena je za poslodavca u slučaju da ima zapošljene koji su zaključili ugovor o radu na određeno vrijeme, da (prije otpočinjanja druge procedure prema Zavodu za zapošljavanje), a ima slobodna radna mjesta na neodređeno vrijeme. Ovđe se može postaviti pitanje: na osnovu čega se procjenjuje da je u pitanju potreba za radom na neodređeno vrijeme, odnosno da li se i kako na ovu situaciju mogu primijeniti odredbe člana 37, stav 1, koji definiše razloge zbog kojih se može zaključiti ugovor o radu na određeno vrijeme? Čini se da jedini ispravan odgovor na postavljeno pitanje jeste da je poslodavac dužan da obavijesti zapošljene o slobodnom radnom mjestu u

konkretnom slučaju, ukoliko ima slobodno radno mjesto na neodređeno vrijeme, predviđeno aktom o sistematizaciji radnih mjesta.

Obaveza internog obavještanja predviđena je i za poslodavca koji ima zapošljenog s nepunim radnim vremenom, ukoliko se ukaže potreba za radom s punim radnim vremenom. Obavještanje zapošljenih se vrši na oglasnoj tabli poslodavca.

U vezi s ovim članom u praksi se može postaviti nekoliko pitanja, i to:

- Da li poslodavac ima obavezu internog obavještanja ako ima zapošljenog s nepunim radnim vremenom, a ima potrebu za zapošljenim na neodređeno vrijeme i obrnuto? U ovom slučaju odgovor bi bio negativan. Naime, u ovim slučajevima se predviđaju dvije različite situacije, tako da poslodavac ima obavezu samo ako u konkretnom slučaju ima zapošljenog s nepunim radnim vremenom ako se ukaže potreba za radom s punim radnim vremenom i obrnuto.

- Da li poslodavac ima obavezu da rasporedi zapošljenog u slučaju internog obavještanja, ako ispunjava uslove za rad na radnom mjestu koje je navedeno u internom obavještanju? Ovđe treba imati u vidu dobrovoljnost kao bitan elemenat pojma radnog odnosa, kao i lične karakteristike zapošljenog – koje poslodavac cijeni kako prilikom zasnivanja radnog odnosa, tako i prilikom raspoređivanja u toku trajanja radnog odnosa. Kako se u konkretnom slučaju radi o ponudi aneksa ugovora koju daje zapošljeni, poslodavac - kao i u ostalim slučajevima može, a ne mora da je prihvati. Zakon predviđa samo obavezu poslodavca da razmotri zahtjev zapošljenog, ali ne i da ga prihvati.

- Da li nepoštovanje obaveze internog obavještanja zapošljenih o slobodnim radnim mjestima utiče na zakonitost postupka zasnivanja radnog odnosa, s licem koje nije bilo do tada u radnom odnosu kod poslodavca? Odgovor bi bio sljedeći: interno obavještanje nije konstitutivni element

zasnivanja radnog odnosa, pa ne može uticati na zakonitost radnog odnosa koji je zasnovan s licem koje prethodno nije bilo u radnom odnosu kod poslodavca. S druge strane, ukoliko poslodavac ne ispoštuje zakonsku obavezu koja je predviđena ovim članom, biće odgovoran za prekršaj, u skladu s članom 209 ZOR-a.

Prijavljivanje slobodnih radnih mjesta

ZOR predviđa obavezu poslodavca da slobodno radno mjesto prijavi Zavodu za zapošljavanje (Zavod), na način i postupak predviđen posebnim zakonom, tj. Zakonom o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezapošljenosti, koji predviđa obavezu poslodavca da podnese prijavu o slobodnom radnom mjestu. Zavod je dužan, na zahtjev poslodavca, da u roku od tri radna dana od dana prijavljivanja slobodnog radnog mjesta, obavijesti poslodavca o mjerama koje Zavod može preduzeti ili preduzima radi popunjavanja slobodnog radnog mjesta.

Kako prijavljivanje slobodnih radnih mjesta nije konstitutivni element postupka zasnivanja radnog odnosa, to propuštanje ove obaveze poslodavca ne utiče na zakonitost radnog odnosa, ali je i u ovom slučaju predviđena kazna za prekršaj, u skladu s članom 86 Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezapošljenosti.¹⁶

Javno oglašavanje

Kada je u pitanju javno oglašavanje, ZOR-a pravi razliku između poslodavaca u tzv. „realnom sektoru“ – za koje javno oglašavanje u članu 42, stav 2 predviđa kao mogućnost i druge kategorije poslodavaca, kao što su: privredna društva, javne

¹⁶ Predviđene su sljedeće novčane kazne: za pravno lice od 500 eura do 20.00 eura; za odgovorno lice u pravnom licu u iznosu od 100 eura do 2.000 eura; a za preduzetnika u iznosu od 150 eura do 6.000 eura.

ustanove i druge javne službe, čiji je osnivač ili većinski vlasnik država, odnosno jedinica lokalne samouprave, za koje je predviđena obaveza javnog oglašavanja. Predviđanje obaveze javnog oglašavanja za drugu kategoriju poslodavaca ima puno opravdanje, ako se ima u vidu činjenica da se radi o poslodavcima koji se finansiraju iz državnog, odnosno budžeta lokalnih samouprava ili im je osnivač država ili lokalna samouprava, te da iz tog razloga treba obezbijediti jednaku dostupnost radnih mjesta nezapošljenim licima i smanjiti prostor za samovolju poslodavca. U ovom slučaju, javni oglas predstavlja konstitutivni elemenat zasnivanja radnog odnosa, što znači da nepoštovanje ove obaveze ima za posljedicu nezakonitost radnog odnosa. U oba slučaja javno oglašavanje se vrši preko Zavoda,¹⁷ a rokovi i postupak javnog oglašavanja uređeni su Zakonom o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezapošljenosti, koji u članu 26 predviđa obavezu Zavoda da slobodno radno mjesto oglasi na oglasnoj tabli, internet stranici Zavoda i u medijima u roku od dva radna dana od dana prijavljivanja, dok sami oglas ne može da traje kraće od tri dana. Ovđe je potrebno ukazati da u slučaju ispravke oglasa, rok za prijavu kandidata važi od dana ispravke.

U vezi s javnim oglašavanjem, važno je napomenuti da ova obaveza ne postoji u pogledu zapošljavanja fizičkih lica u sportu. U skladu sa Zakonom o sportu („Sl. list CG“, br. 44/2018), fizička lica u sportu su: sportista, trener i sportski stručnjak osposobljen za rad u sportu.

Ipak, u stavu 4 se predviđaju slučajevi u kojima se neće vršiti javno oglašavanje, na način što se definiše što se ne smatra slobodnim radnim mjestom. To su sljedeće situacije:

- kada postoji potreba da se nakon isteka prethodnog ugovora o radu zaključi novi ugovor o radu s istim

¹⁷ Sredstva za javno oglašavanje slobodnog radnog mjesta obezbjeđuje Zavod.

zapošljenim: pod ovim se podrazumijeva sukcesivno zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme. Pri tome, podrazumijeva se da nema prekida između ugovora, kao i da se ugovori o radu zaključuju u skladu s članom 37 ZOR-a. Isto pravilo važi i u situaciji kada poslodavac i zapošljeni nakon isteka ugovora o radu na određeno vrijeme zaključuju ugovor o radu na neodređeno vrijeme;

- kada postoji potreba da se zapošljeni rasporedi na drugo radno mjesto kod istog poslodavca: ovo je opravdan izuzetak, posebno ako se ima u vidu da se raspoređivanje na drugo radno mjesto vrši aneksom ugovora o radu (osim u hitnim slučajevima kada se može privremeno rasporediti, do 30 dana, i pisanim nalogom poslodavca);
- preuzimanje zapošljenog na osnovu sporazuma poslodavaca, uz njegovu saglasnost: ovaj institut regulisan je članom 51 ZOR-a.

ZOR predviđa obavezu dostavljanja dokaza koji su potrebni za zasnivanje radnog odnosa. Pri tome, u zakonu se govori o licu koje „namjerava da zaključi ugovor o radu“, što znači da se ova obaveza podrazumijeva kako u slučaju zasnivanja radnog odnosa po osnovu javnog oglasa, tako i u slučaju da se radi o zasnivanju radnog odnosa bez javnog oglašavanja. Podrazumijeva se obaveza dostavljanja dokaza o ispunjenosti kako opštih, tako i posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa.

- Ispunjenost uslova u pogledu starosne dobi dokazuje se na osnovu lične isprave (lična karta, pasoš i sl.), a opšta zdravstvena sposobnost dokazuje se na osnovu ljekarskog uvjerenja.

- Što se tiče posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, oni se mogu dokazivati na različite načine, a zavisno do traženog uslova, npr. uvidom u radnu knjižicu, prethodno zaključene ugovore o radu ili druge ugovore o radnom angažovanju; dostavljanje diplome, sertifikata, potvrda i sl. I u pogledu posebnih uslova važi obaveza dostavljanja prilikom svakog zasnivanja radnog odnosa.

ZOR predviđa i određene zabrane za poslodavca, u pogledu traženja podataka (bilo usmeno ili u pisanoj formi) od lica koje traži zapošljenje, a kojima bi to lice moglo biti stavljeno u nepovoljniji položaj u postupku zasnivanja radnog odnosa, zbog nekog urođenog ili stečenog svojstva ili statusa. Tu se prije svega misli na podatke koji bi mogli imati za cilj diskriminaciju žena, kao što su podaci o porodičnom, odnosno bračnom statusu i planiranju porodice, ali to mogu biti i drugi podaci koji nijesu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje se zasniva radni odnos. To znači da ukoliko bi poslodavac od nekog lica koje traži zapošljenje tražio neke od navedenih podataka, to lice bi moglo pokrenuti postupak za zaštitu od diskriminacije pred nadležnim sudom. Osim toga, predviđena je još jedna važna zabrana: poslodavac ne može zahtijevati davanje izjave o otkazu ugovora o radu od strane lica koje traži zapošljenje. Drugim riječima, poslodavac ne može uslovljavati zasnivanje radnog odnosa davanjem tzv. „blanko otkaza od strane zapošljenog“.

Jedno od individualnih prava koje proizlazi iz Ustavom garantovanog prava na rad jeste pravo učesnika oglasa da budu obaviješteni o ishodu oglasa. Ova obaveza odnosi se na sve poslodavce koji su bili u postupku javnog oglašavanja, bez obzira da li im javno oglašavanje bilo predviđeno kao obaveza ili je to bio njihov izbor. ZOR je odredio rok za obavješćavanje učesnika oglasa u trajanju od 45 dana od dana isteka roka za podnošenje prijave na oglas (koji rok se definiše u samom oglasu). U vezi s ovom obavezom u praksi se može pojaviti nekoliko pitanja:

- 1) Da li je poslodavac po okončanju postupka po osnovu javnog oglasa dužan da izvrši izbor među prijavljenim kandidatima?

Mišljenja sam da, polazeći od slobode preduzetništva, poslodavac ima slobodu da vrši izbor kandidata (imajući u vidu njihove lične karakteristike), ali isto tako ima i slobodu neizbora, odnosno nije u obavezi da izvrši izbor kandidata, ukoliko ni jedan od kandidata ne zadovoljava postavljene kriterijume.

- 2) Da li je poslodavac dužan da donese odluku o izboru kandidata za zasnivanje radnog odnosa?

Mišljenja sam da, iako zakon eksplicitno ne pominje odluku o izboru kandidata, da se njeno donošenje podrazumijeva i to u svakom slučaju – bilo da se radi o odluci kojom je izvršen izbor kandidata ili da nije izvršen izbor ni jednog kandidata. Donošenje odluke je posebno važno zbog činjenice da učesnici oglasa imaju pravo da osporavaju postupak zasnivanja radnog odnosa, a to je moguće jedino ako postoji odluka, koja će biti predmet spora pred sudom.

3) Koga sve poslodavac obavještava o završenom oglasu? U vezi s ovim pitanjem, nesporno je da pravo da budu informisani imaju svi učesnici oglasa-dakle svi oni koji su se blagovremeno prijavili na oglas o slobodnom radnom mjestu, bez obzira da li ispunjavaju predviđene uslove za rad na tom radnom mjestu. Poslodavac je dužan da Zavod za zapošljavanje obavijesti o zasnivanju radnog odnosa s nezapošljenim licem, odnosno drugim licem, u roku od pet radnih dana od dana zasnivanja radnog odnosa, što je važna informacija za praćenje stanja na tržištu radne snage.

- 4) O čemu poslodavac obavještava učesnike oglasa, odnosno što to obavještenje treba da sadrži?

Mišljenja sam da će poslodavac u konkretnom slučaju izvršiti zakonsku obavezu ako u obavještenju navede da li je učesnik oglasa odabran za zasnivanje radnog odnosa ili nije. Dakle,

poslodavac nije dužan da učesnika oglasa obavještava o tome koji kandidat je odabran za zasnivanje radnog odnosa.

Svaki učesnik oglasa može da pokrene postupak pred sudom, nezavisno od toga da li je ispunjavao predviđene uslove oglasa,¹⁸ ako smatra da kandidat koji je zasnovao radni odnos ne ispunjava uslove, ako smatra da je diskriminisan u postupku ili da je postupak zasnivanja radnog odnosa bio nezakonit (u ovom slučaju ne traži zaštitu svojih prava, ali može da ukaže na nezakonito postupanje poslodavca, kao zainteresovano lice).

Prethodna provjera radnih sposobnosti

ZOR predviđa prethodnu provjeru radnih sposobnosti, kao mogući uslov za zasnivanje radnog odnosa. Ona se može sprovoditi ako je predviđena oglasom o slobodnom radnom mjestu¹⁹. U ovom slučaju važno je ukazati na dvije činjenice, i to:

1) prethodna provjera radnih sposobnosti nije obavezna faza u postupku zasnivanja radnog odnosa, već moguća faza – a u tom slučaju je i mogući uslov za zasnivanje radnog odnosa. Ovđe je važno napomenuti da se prethodna provjera radnih sposobnosti vrši samo s kandidatima (dakle, s licima koja su se prijavila na oglas, a ispunjavaju sve predviđene uslove), s tim da je nesporno da lice koje ne zadovolji na prethodnoj provjeri radnih sposobnosti gubi status kandidata za zasnivanje radnog odnosa.

2) prethodna provjera radnih sposobnosti može se vršiti ako je predviđena oglasom o slobodnom radnom mjestu. Iz

¹⁸ To je potvrđeno i u presudi Vrhovnog suda Crne Gore, Rev 1100/2018, od 06. 12. 2018. godine, u kojoj se navodi da učesnik konkursa ima pravo da pobija odluku o izboru po raspisanom konkursu, jer pravo na sudsku zaštitu nije uskraćeno kandidatu koji ne ispunjava uslove konkursa.

¹⁹ To znači da prethodna provjera radnih sposobnosti, iako je uslov za zasnivanje radnog odnosa, ne mora da bude predviđena aktom o sistematizaciji.

ovakve formulacije se izvodi zaključak da se u slučaju zasnivanja radnog odnosa bez javnog oglašavanja ne može sprovesti prethodna provjera radnih sposobnosti. S druge strane, ako je predviđena oglasom, prethodna provjera radnih sposobnosti se mora sprovesti i u odnosu na sve kandidate, jer je u tom slučaju ona uslov za zakoniti postupak zasnivanja radnog odnosa.

Način na koji će se vršiti prethodna provjera radnih sposobnosti ZOR-a ne uređuje, već ostavlja poslodavcu da se oko toga sam opredijeli (to može biti: intervju, anketa, izrada nekog projekta, zadatka i sl.).

Momenat zasnivanja radnog odnosa

Momenat zasnivanja radnog odnosa ima dva elementa: potpisivanje ugovora o radu i stupanje na rad. Dakle, ukoliko jedan od ova dva elemenata nije ispunjen, radni odnos neće biti zasnovan (osim izuzetaka koji su definisani u članu 32, stav 3 ZOR-a), odnosno-ukoliko nije zaključen ugovor o radu, zapošljeni će se nalaziti u faktičkom radnom odnosu, a posljedice ovakvog rada zapošljenog su definisane u članu 30 ZOR-a.

Ugovor o radu potpisuju poslodavac i zapošljeni, kao subjekti radnog odnosa. Na ovaj način dolazi do izražaja lična-radnopravna funkcionalna veza između subjekata radnog odnosa, što predstavlja bitnu karakteristiku pojma radnog odnosa. Ipak, zakon ovđe predviđa mogućnost da ugovor o radu umjesto poslodavca sa zapošljenim potpiše lice koje on ovlasti (npr. direktor sektora za ljudske resurse, direktor organizacione jedinice kod poslodavca i sl.). Podrazumijeva se da ovlašćenje mora biti dato u pisanoj formi. ZOR ne definiše u kolikom broju primjeraka se mora potpisati ugovor o radu, ali predviđa obavezu poslodavca da jedan primjerak ugovora mora uručiti zapošljenom prilikom stupanja na rad (iz čega proizlazi da ugovor mora biti sačinjen u najmanje dva primjerka), a

nepoštovanje ove obaveze ima za posljedicu prekršajnu odgovornost, u skladu s članom 209 ZOR-a.

Ugovor o radu je formalan ugovor i zaključuje se u pisanom obliku. U cilju suzbijanja eventualnih zloupotreba i sprečavanja rada na crno, u stavu 1 ovog člana je predviđeno da se ugovor o radu potpisuje prije stupanja na rad. Već je pomenuto da se radni odnos smatra zasnovanim kada zapošljeni potpiše ugovor o radu i stupi na rad. U slučaju da zapošljeni stupi na rad bez prethodno potpisanog ugovora o radu, imamo tzv. faktički rad (ili situaciju koja se u praksi zove: „rad na crno“). Jedan od ciljeva koji se želi postići ZOR-om jeste suzbijanje rada na crno, a jedna od mjera za ostvarivanje ovog cilja predviđena je ovim članom, kroz posljedice rada bez pravnog osnova, tj. bez ugovora o radu. U tom smislu, predviđeno je da će se u ovoj situaciji smatrati da je zapošljeni zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme. Ova pravna fikcija omogućava da radni odnos nastane i bez zaključenja ugovora o radu u pisanom obliku. Ovđe ipak treba naglasiti da to ne znači da svaki rad bez ugovora o radu vodi zasnivanju radnog odnosa (npr. rad na povremenim i privremenim poslovima, rad na osnovu ugovora o djelu i sl.).

Naime, potrebno je da uspostavljeni odnos između zapošljenog i poslodavca po svojoj sadržini i kvalitetu ima sve karakteristike radnog odnosa, da je zapošljeni bio angažovan na poslovima koji proizlaze iz prirode djelatnosti poslodavca; da je radno mjesto sistematizovano (za poslodavce koji su obavezni da imaju akt o sistematizaciji); da je radno angažovanje imalo obilježja radnog odnosa, kako u pogledu kvaliteta rada, tako i u pogledu prava i odgovornosti koji proizlaze iz radnog odnosa (radno vrijeme, zarada, naknada zarade i druga primanja iz radnog odnosa i dr.).²⁰ Dakle, da bi mogli govoriti o faktičkom radu, a u vezi s tim i o zaštiti prava

²⁰ Viđeti presudu Vrhovnog suda Crne Gore, Rev 312/2016(2) od 13. 05. 2016. godine.

lica koja su zatečena u faktičkom radu, potrebno je da budu ispunjena tri uslova, i to: 1) da je radno mjesto predviđeno aktom o sistematizaciji (za poslodavce za koje je predviđena obaveza postojanja akta o sistematizaciji); 2) da lice ispunjava uslove za rad na tom radnom mjestu; i 3) da je lice obavljalo poslove bez pravnog osnova ili da je pravni osnov prestao da postoji.

Kao period od kada se računa trajanje radnog odnosa zakon je definisao dan stupanja na rad. Ovo u praksi može biti teško dokazivo, ali ako se ne može utvrditi tačan datum stupanja na rad, onda će se početak radnog odnosa računati od dana kada je od strane inspektora rada zapošljeni zatečen na radu bez ugovora o radu, odnosno od dana kada je na osnovu dokaza u toku sudskog postupka utvrđen da je obavljao poslove kod poslodavca. U vezi s ovim, predviđena je obaveza za poslodavca da u roku od pet dana od dana stupanja na rad sa zapošljenim zaključi ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Iz ovakve formulacije se može zaključiti da se za zaključivanje konkretnog ugovora o radu ne traži saglasnost ni poslodavca ni zapošljenog, pa se može postaviti pitanje: da li se na ovaj način dovodi u pitanje jedan od bitnih elemenata pojma radnog odnosa, a to je njegova dobrovoljnost? Ipak, imajući u vidu konkretnu situaciju i cilj koji se ovom normom želi postići, može se konstatovati da je ovakav izuzetak dozvoljen, zbog toga što ovđe imamo tzv. „prethodnu saglasnost volja“ i poslodavca i zapošljenog, pa ne možemo reći da se radi niti o prinudnom radu, niti o nekom vidu uzurpacije radnog mjesta od strane zapošljenog.

Izuzetak od obaveze zaključivanja ugovora o radu na neodređeno vrijeme predviđen je u slučaju da zapošljeni ne ispunjava posebne uslove za rad (koji su predviđeni aktom o sistematizaciji) za radno mjesto na kojem je zatečen, odnosno za koje je utvrđeno da je na njemu obavljao poslove i zadatke. Ukoliko se desi ovakva situacija, predviđeno je da će poslodavac biti dužan da zapošljenom obezbijedi neko od prava

koja pripadaju zapošljenom za čijim je radom prestala potreba, i to: raspored na druge poslove kod istog poslodavca u stepenu stručne spreme (nivoa kvalifikacije obrazovanja) zapošljenog; raspored kod drugog poslodavca u stepenu stručne spreme (nivoa kvalifikacije obrazovanja) zapošljenog, uz njegovu saglasnost; stručno osposobljavanje, prekvalifikacija ili dokvalifikacija za rad na drugo radno mjesto kod istog ili drugog poslodavca i druge mjere u skladu s kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu. Ova prava poslodavac obezbjeđuje shodno svojim mogućnostima, odnosno ako nema mogućnosti da zapošljenom obezbijedi ni jedno od navedenih prava, dužan je da mu isplati otpremninu. Otpremnina u ovom slučaju ne može biti niža od tri prosječne mjesečne neto zarade kod poslodavca u prethodnom polugodištu, odnosno prosječne mjesečne neto zarade u Crnoj Gori u prethodnom polugodištu, ako je to povoljnije za zapošljenog. Poslodavac nema obavezu da isplati otpremninu, ako postoji smetnja za zasnivanje radnog odnosa. Međutim, iako se to izričito ne navodi, podrazumijeva se da poslodavac u ovom slučaju neće imati ni druge obaveze koje bi imao u skladu s odredbama kojima se reguliše status zapošljenog za čijim je radom prestala potreba, a koje su predviđene u članu 167, stav 2, tačka 6. Ovo iz razloga što faktički rad treba razlikovati od nedozvoljenog rada, odnosno situacije kada je kod poslodavca angažovano lice na poslovima na kojima mu je rad zabranjen, odnosno za koje postoji neka druga smetnja.

Rezime

Zasnivanje radnog odnosa, kao jedan od najznačajnijih radno-pravnih instituta podrazumijeva ispunjenost kako materijalno-pravnih uslova, tako i poštovanje procedure za zasnivanje radnog odnosa. U tom smislu, novi Zakon o radu reguliše obaveze koje su dužni da ispune kako poslodavci, tako i lica koja konkurišu za zapošljenje – kako bi postupak

zasnivanja radnog odnosa bio zakonit. Posebna pažnja je posvećena obavezi javnog oglašavanja slobodnih radnih mjesta u „javnom sektoru“, pa tako javno oglašavanje predstavlja konstitutivni element za zasnivanje radnog odnosa, za ralik od tzv. „realnog sektora“ će je javno oglašavanje predviđeno kao mogućnost.

Jedan od ciljeva koji se želio postići usvajanjem novog Zakona o radu jeste i suzbijanje rada na crno, ali, kao jedan od mehanizama za to jesu i rješenja koja se odnose na posljedice rada bez ugovora o radu. Tako je predviđeno da će u situaciji da lice bude anagažovano na radnom mjestu bez ugovora o radu ili ukoliko nastavi da radi po isteku perioda za koji je zaključio ugovor o radu– smatraće se da je zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme.

Summary

The new Labor Law is the result of many years of negotiations between the Government and the social partners. Apart from the fact that this is a systemic law that regulates relations between employers and employees in Montenegro, its importance is confirmed by the fact that its adoption is one of the conditions for closing the negotiation chapter 19 - Social Policy and Employment.

For that reason, the legal text has been harmonized with 14 European Union directives. In addition, during the drafting of the new Labor Law, the goal was to regulate the problems faced by both employers and employees in practice. In this article, the emphasis is placed on the conditions that need to be met for the legal establishment of employment.

At the same time, the legal solutions related to the material conditions for establishing an employment relationship (general and special), as well as to the procedure for establishing an employment relationship, were processed. In addition, the obstacles to employment were clarified. Special

emphasis is placed on the obligations that employers should fulfill in the procedure of establishing employment. "Public sector".

Key words: conditions for employment, public announcement, checking of employment skills, employment contract.



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNIK”

OGLEDI

Dr Štefan PIRNER ¹

**SPORAZUMNO OKONČANJE KRIVIČNIH POSTUPAKA
pledoaje u prilog procene efekata propisa pre odustajanja
od kontinentalno-evropskih pravnih principa**

*„....na sududa nema ruke ni opravdavanja, ni udave,
samo da se sude po zakonu“
čl. 85 Dušanov zakonik.*

**1. Predlozi o sistematskom postupanju prilikom
preuzimanja stranih pravnih instituta**

1.1 Uvod

**1.1.1. Samo nastojanje da se bude „moderan“ nije
dovoljan razlog**

Mnoge države u tranziciji koriste procese tranzicije pravnog sistema za prihvatanje elemenata, koji su do tada bili strani vlastitom sistemu. Kao obrazloženje za takav postupak neretko se navodi, da su novi pravni instituti „moderniji“²od dosadašnjih rešenja. Zagovornici takvog načina postupanja u diskusijama u prilog tome navode i takva obrazloženja, da se navodno putem takvih „implantata“ postiže kombinacija „najboljih rešenja iz oba sistema“.

¹ Dr. Stefan Pürner - Bon

²Vidi po tom pitanju na primer: Gordan Kalajdziev/Gordna Lazetić, str. 102. U vezi sa pojmom „modernih postupaka“ vidi takođe u tom izdanju Gordan Kalajdziev/Gordna Lazetić-Buzarovska, na istom mestu, str. 102, Zvonko Fišer, str. str. 87; Miljko Radisavljević/ Predrag Četković, str. 164.

1.1.2. Pitanja koje bi trebalo postaviti

Takav stav zvuči progresivno, inovativno i progresivno. Premda bi prilikom preuzimanja pravnih instituta, za koja neki tvrde da je reč o *pravnim transplantatima*³, trebalo primeniti sistematski pristup i trebalo bi se manje držati takvih parola. Pri tome valja imati na umu, da su pravna rešenja uvek ujedno i rešenja za određeni problem. I zato bi pre nego što dođe do preuzimanja pravnih instituta iz drugih pravnih sistema trebalo postaviti pitanje, da li u sopstvenom pravnom sistemu uopšte neko ima konkretan problem koji treba da se razreši takvim pravnim institutom. Reč je o pod-tački jednog koraka u okviru provere, koji bi u svetlu potrebnog ispitivanja shodne primene nekog propisa u okviru građanskog prava, mogao da se označi kao provera “uporedivosti činjeničnog stanja”.

Kao sledeće bi trebalo proveriti i pitanje da li konkretan pravni institut, koji treba da se “transplantuje”, uglavnom nije sporan u “svom prirodnom okruženju”, dakle pod pravnim i društvenim uslovima svoje zemlje porekla i da li tamo uglavnom funkcioniše. Ako je to slučaj (i samo tada) trebalo bi proveriti, da li bi takav pravni institut funkcionisao i u vlastitom pravnom sistemu. *Pravni transplantati*, naime, imaju osobine slične biljkama: potrebna im je određena klima da bi mogli da se razvijaju. Ako „klima“ u „novom životnom okruženju“ ne odgovara njegovim potrebama, takav pravni institut, koji je možda u svojoj domovini i bio uspešan, u drugom okruženju neće biti preterano plodotvoran, kao što drvo banane, na primer, neće opstati na Antarktiku. Kada je reč o pravnoj oblasti, u tu „klimu“ se ubraja čitav niz okolnosti, kao što su kompatibilnost sa drugim pravnim propisima, ali i socijalizacija, običaji i mentalitet osoba koje primenjuju dotično pravo.

³ Vidi na primer za oblast propisa o krivičnom postupku Alkon, Cynthia J., *Plea Bargaining as a Legal Transplant: a u pogledu građanskog prava* Jessel-Holst, Christa/Kulms, Rainer/Trunk, Alexander

Trebalo bi imati na umu takođe i da pravni instituti, a to je na primer uporedivo sa živim bićima, kadkad razvijaju sopstveni život. Ako se presade, onda bi pod drugačijim okvirnim uslovima mogli da dovedu i do potpuno neočekivanih i negativnih posledica. Paralelni primer u tom smislu u životinjskom carstvu predstavljaju indijski mungosi, koji su nastanjeni na nekim dalmatinskim ostrvima, da bi tamo smanjili broj zmija. Taj zadatak su izvanredno obavili. Ali kada su uglavnom uništili zmije, počeli su da proždiru i druge sitne životinje i da ih istrebljuju. Na kraju, sami mungosi su postali pošast.

1.1.3. Specifična očekivanja od prava prilikom tranzicije

Osim toga bi u državama u tranziciji takođe trebalo analizirati i da li takav transplantat može da funkcioniše i pod specifičnim uslovima pravne tranzicije. Takva očekivanja mogu da se sažmu na sledeći način⁴:

1. u tranziciji najpre tek treba da zasluže poverenje svojih građana. I zato, između ostalog, ne smeju da iznevere očekivanja građana od sudskih postupaka.
2. Istovremeno, država mora da izbegne negativne efekte inoviranja zakona.
3. Tranzicija ne mora nužno uvek da pretpostavlja i promenu zakona. Bolje rešenje od opsežnih izmena zakona često predstavljaju manja prilagođavanja ili – a to je verovatno još i češće slučaj – samo preispitivanje dosadašnje prakse u pogledu primene postojećih propisa.
4. Pravna tranzicija, na kraju krajeva, ne mora da znači da je potrebno odricanje od svih zakona koji su prethodno važili. Zadatak tranzicije je samo da otkloni stranputice

⁴Vidi u vezi sa detaljima: Stefan Pürner, 3АИИТІТА, str. 329 ff.

socijalizma, ali ne i da „iznova otkrije točak“. Stranputice socijalizma često mogu da se utvrde u nekolicini malobrojnih ključnih članova, a uklanjaju se putem njihovog ukidanja ili njihove promene. Međutim, često se socijalističko nasleđe u pogledu pravnog sistema nalazi u shvatanju prava i u tumačenju zakona. Tada je situacija složenija. Ali upravo u takvim slučajevima ona ne može da se reši ishitrenim promenama zakona.

5. Upravo u zemljama sledbenicama SFRJ sa njihovim, još u doba socijalizma, snažnim usmerenjem ka principima zemalja kontinentalne Evrope, a pre svega Austrije, putem „minimalno-invazivnih intervencija“ postiglo bi se znatno više nego putem „totalnih operacija“.⁵ Često manje promene prava i zakona sa sobom donose veći stepen pravne države i pravne sigurnosti.
6. Treba biti svestan toga, da nepromišljene promene pravnih propisa u okviru tranzicije mogu da budu i kontraproduktivne.

1.2. Predlog sheme preispitivanja pre preuzimanja transplantata

Iz prethodno navedenog proističe sledeći predlog, koji se odnosi na proveru koju bi trebalo sprovesti pre preuzimanja transplantata u sopstveni pravni sistem:

- 1) „uporedivost celina svih pravno relevantnih činjenica“
- 2) Funkcionalnost transplantata „u svom prirodnom okruženju“

Prilikom takvog preispitivanja, pre svega bi trebalo imati na umu one kritičke glasove protiv takvog

⁵Države sledbenice SFRJ zapravo imaju dobru polaznu poziciju u pogledu pravne tranzicije, ali je ne koriste uvek na pravilan način, pošto noviji zakoni bez bitne potrebe zanemaruju dosadašnju kontinentalno-evropsku tradiciju. Vidi u tom smislu još: Stefan Pürner, Dug I krivudav put, str. 307 ff.

pravnog instituta, koji se čuju u zemlji njegovog porekla.

- 3) Kako bi po proceni funkcionisao transplantat u sopstvenom pravnom sistemu?

A prije svega: Da li preti opasnost od neželjenih sporednih efekata („Mungo-efekat“)

- 4) Dodatna tačka preispitivanja u zemljama u tranziciji: Kakvi su efekti transplantata pod specifičnim uslovima pravne tranzicije?

I na kraju krajeva, takav postupak ne predstavlja ništa drugo do primene principa srazmernosti u oblasti zakonodavstva, obzirom da se na takav način preispituje u prvom redu podesnost i potreba zakonske promene. Pre koraka, koji su ovde izloženi, prema tome bi najpre trebalo ispitati legitimnu svrhu, a posle svih pomenutih tačaka i primerenost pronađenog rešenja.

1.3. Preuzimanje sporazuma o priznanju krivičnog dela (*Plea bargaining*) kao primer transplantata

1.3.1. Razlozi za preuzimanje sporazuma o priznanju krivičnog dela

Jedan pravni institut, koji je u svetlu brojnih očekivanja uveden u mnogim državama u tranziciji, koje bi pri tom odustale od prethodnih kontinentalno-evropskih principa, je sporazum o priznanju krivičnog dela (takozvani *Plea Bargaining*)⁶. Glavni argument za njegovo uvođenje je bio, da se na taj način ubrzava postupak. Pri tome se uvođenje sporazuma o priznanju krivičnog dela kao „sredstva izbora“ često u potpunosti podržavaju:

⁶Vidi u tom smislu: Jovanović, Ivan/ Stanisavljević, Miroljub (urednici) Pojednostavljene forme.

Bejatović⁷, na primer, piše: *Prvi (ključni zaključak analize - dopuna od strane autora teksta) da je puna kriminalno-politička opravdanost ozakonjenja instituta (sporazuma o priznanju krivičnog dela - dopuna od strane autora teksta) u procesu reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije i zemalja okruženja.* (Pri tome treba pomenuti, da i ovaj autor navodi značajne tačke kritike u vezi sa sprovođenjem sporazuma o priznanju krivičnog dela u Srbiji.) Na sličan način se izjašnjava i Amna Gagula⁸, koja piše: „*Ovaj trend (misli se na preuzimanje sporazuma o priznanju krivičnog dela u bivšim jugoslovenskim republikama) je veoma pozitivan.... Iako još uvijek na meti mnogih kritičara, naročito evropskih i naročito konzervativnih⁹ pravnih stručnjaka, evidentno je da je uvođenje ovog instrumenta polučilo vidljive rezultate*“.

1.3.2. Plan predstavljanja („Naknadna analiza efekata propisa“)

Koliko je autor to uspeo da isprati, uvođenje sporazuma o priznanju krivičnog dela u srpskom pravnom sistemu sprovedeno je bez opširne prethodne analize efekata propisa (Regulatory Impact Analysis, skraćeno: RIA). I zato će takva analiza biti sprovedena na ovom mestu. Ona će biti sprovedena u skladu sa gore izložnom shemom provere, pri čemu se pre svega predstavlja:

- Kako se razvijao sporazum o priznanju krivičnog dela u „zemljama svog porekla“ i kakvi su njegovi efekti u tim zemljama.

⁷ Bejatović, Stanko, str. 102.

⁸ Gagula, Amna, , str. 103.

⁹ Ovde se ponovo zatiče slična argumentacija onoj koja potiče od autora, koji upućuju na (navodnu) modernu stranu sporazuma o priznanju krivičnog dela, vidi o tome još pod tačkom „1.1.1. Samo nastojanje da se bude „moderan“ nije dovoljan razlog“. Inače, izraz „konzervativan“ nema nikakvo drugo značenje nego onaj koji očuvava. Kada je reč o pravdi, izvesni „evropski konzervatizam“ svakako se čini razumnim.

- Potom će se ukratko ukazati na dosadašnja iskustva sa uvođenjem ovog instituta upravo u zemljama u tranziciji.

Neki strani savetnici u svojim konsultantskim razgovorima i diskusijama hvale sporazum o priznanju krivičnog dela kao bitan element za ubrzavanje postupaka, a ujedno i kao bitan element za dostizanje onoga, što savetnici nazivaju "vladavinom prava".¹⁰ Međutim ko se potruži da pročita neke izvore u originalu (što nije ni tako teško, pošto je većina dole citiranih radova bez problema besplatno dostupna na internetu i onima koji nemaju pristup međunarodnim naučnim bazama podataka) stiče sasvim drugu sliku.

2. Razvoj sporazuma o priznanju krivičnog dela u okviru anglosaksonskog prava kao tradicionalni sastavni deo anglosaksonskog pravnog sistema

Često se izaziva privid da je sporazum o priznanju krivičnog dela oduvek bio značajan sastavni deo angloameričkog pravnog sistema. Takve tvrdnje se zatiču i u literaturi iz Sjedinjenih Američkih Država. Tamo se na primer zatiče konstatacija:

*Kada je reč o sporazumu o priznanju krivičnog dela, on je sastavni deo pravosudnog sistema još od onog trenutka kada je čovek počeo da odgovara za krivična dela protiv društva"*¹¹

Drugi američki autori se čak grčevito drže shvatanja, da

¹⁰Već i sama veza koja se često uspostavlja između brzo sprovedenog postupka i „vladavine prava“ sa dobrim razlogom može da se podvrgne preispitivanju. Iako je trajanje postupka bitan aspekt u odnosu na ostvarivanje pravde, vidi čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima, ipak pravda ne sme da se izjednači sa brzinom postupka.

¹¹ "With respect to plea bargaining, this has been a part of the judicial system ever since man was made to account for crimes against society, Rattliff, Plea Bargaining Even, Effective, Vallejo News-Chronicle, Feb.6, 1974, at 8, citat prema: Alschuler, Albert, str. 2., vidi na tom mestu fusnota 4, na internet-adresi http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles.

ne bi bilo iznenađujuće kada bi se došlo do konstatacije da je "Plea Bargaining" bio poznat još kada je Kain posle ubistva Avelja pokušao da umanji svoju krivicu.¹²

*Mnogi upućeni sudski posmatrači ne bi se iznenadili kada bi saznali da je Kain, pošto je ubio Avelja, priznao krivicu za lakše krivično delo.*¹³

Reč je o veoma samouverenim iskazima. Ako bi se bukvalno shvatio ovaj poslednji citat, onda bi sporazum o priznanju krivičnog dela čak takoreći vukao poreklo iz Biblije. Međutim, čini se da su takvi zaključci netačni. Što se dublje ulazi u literaturu u vezi sa sporazumom o priznanju krivičnog dela, utoliko više dokaza se pronalazi u prilog tome, da je sporazum o priznanju krivičnog dela bio nepoznat tokom najdužeg perioda istorije anglosaksonskog prava. Tako na primer Alšuler eksplicitno konstatuje:¹⁴ *Za sporazum o priznanju krivičnog dela u suštini se nije znalo tokom većeg dela istorije anglosaksonskog prava.*¹⁵

Takvo shvatanje zastupa i nemački pravni naučnik, koji je stekao zvanje „LL.M.“ (Master prava) na Barkliju. On dolazi do zaključka da je prihvatanje sporazuma o priznanju krivičnog dela „... tek novija tekovina, a ne nešto što bi predstavljalo nasleđeni sastavni deo angloameričkog krivičnog prava“¹⁶. Alšuler inače ističe, da se kod konstatacija drugačije sadržine kod zagovornika sporazuma o priznanju krivičnog dela radi *onavodima o istoriji bez i najmanje istorijske osnove* "historical statements without the slightest historical support"¹⁷.

¹²Erickson, The Finality of a Plea of Guilty, 48 Notre Dame Law 835, 839 (1973), citat prema Alschuleru, str. 2.

¹³ It wouldn't suprise many knowledgeable court observers to learn that Cain had pleaded to a lesser charge after having murdered Abel.

¹⁴ Alschuler, str. 4.

¹⁵ Plea Bargaining was essentially unknow during the most of the history of the Common Law.

¹⁶Andreas Ransiek, str. 117.

¹⁷Alschuler, str. 2.

Kao dokaz u tom smislu, Alšuler (Alschuler) navodi iz svog rada koji je objavljen još 1979, "*Plea Bargaining and its History*" brojne pravno-istorijske činjenice, i to kako iz engleskog tako i iz pravnog sistema SAD. Iz prostornih razloga, ne mogu da se izlože te činjenice. Ali stiče se utisak da to nije ni neophodno, obzirom da pomenuti rad jednostavno može da se preuzme sa interneta¹⁸. Rezultati do kojih je došao Alšuler (a koje zastupaju isto tako i drugi¹⁹,odn. koji se temelje na istraživačkim radovima drugih, kao na primer Langbajna²⁰) o istorijskom razvoju sporazuma o priznanju krivičnog dela se u daljem tekstu rezimiraju pod tačkama 2.2. do 2.5.

2.1. Angloamerički sudovi su prvobitno bili veoma uzdržani po pitanju jednostranog priznanja krivice i sporazuma o priznanju krivičnog dela

Sporazum o priznanju krivičnog dela ili jednostrano priznanje krivice u okviru angloameričkog prava dugo nisu igrali nikakvu praktičnu ulogu. To važi pre svega iz razloga, što je raniji krivični postupak bio sumarni postupak, kod koga je optuženi uglavnom zastupao samog sebe. Usled te okolnosti nije postojala ni potreba da se skrate postupci.

Slična kao u Engleskoj bila je i situacija u britanskim kolonijama i na američkom kontinentu, a kasnije u Sjedinjenim Američkim Državama, koje su stekle nezavisnost. Do izbijanja građanskog rata u Americi naime dokazano je samo postojanje nekoliko malobrojnih slučajeva, u kojima je došlo do sporazumnog priznanja krivičnog dela.²¹ I kada je reč o jednostranom priznanju krivice, sudije su bile veoma uzdržane. Uglavnom su savetovali stranke da odustanu od

¹⁸http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles.

¹⁹ Vidi na primer Ransiek na , str. 117.

²⁰John H. Langbein, str. 3 ff

²¹ Alschuler, str. 6.

namere da daju takve iskaze i upućivali su ih da se suoče sa sprovođenjem postupka.²² Čak je bilo i takvih slučajeva, u kojima su sudovi odbijali da prime na zapisnik priznanja krivice ili bi to činili tek nakon detaljne provjere duševnog stanja optuženih.²³ (Iz kontinentalno-evropske perspektive bi moglo da se kaže da su angloamerički sudovi u takvim slučajevima preuzimali funkcije, koje bi mogle da se označe kao odraz obaveze aktivnog delovanja suda u krivičnom postupku.)

2.2. Sve važnije uloge pravnika („lawyerisation“) i revolucija prava na uredan postupak („due process revolution“) kao razlozi iz oblasti procesnog prava, koji su vodili do povećanja broja sporazuma o priznanju krivice

Uzrok za kasniji porast broja sporazuma o priznanju krivice bili su razlozi procesnog prava ali i materijalnog prava. S jedne strane, krivični postupak se tokom decenija menjao usled sve bitnije uloge koju su počeli da zauzimaju pravnici, kako na strani optužbe tako i na strani odbrane. Usled ovakvog procesa koji je označen kao "lawyerization",²⁴ krivični postupci su postajali sve duži i složeniji, a rasla je i potreba za njihovim bržim okončanjem, posebno sa stanovišta države. Sličan efekat je tokom šezdesetih godina 20. veka izazvala sudska praksa Vrhovnog suda²⁵ sažeta pod motom „revolucija prava na uredan postupak“ (*due process revolution*).

²² Alschuler, str. 8.

²³ Alschuler, str. 9.

²⁴ Langbein, str. 6.

²⁵ Alschuler, str. 6.

2.3. Propisi „prekomerne kriminalizacije“ i isključenja posle trećeg dela (Three-Strikes-and-you-are-out) kao materijalno-pravni razlozi, koji su doveli do povećanja broja slučajeva sporazuma o priznanju krivičnog dela

U pogledu materijalnog prava, uvođenje novih elemenata krivičnih dela, koja su u kritičkoj američkoj literaturi označavana i kao *prekomerna kriminalizacija* („overcriminalisation“)²⁶ dovelo je do daljeg povećanja broja postupaka a time i do sve većeg širenja primene instrumenta sporazuma o priznanju krivičnog dela. Prekomerna kriminalizacija je pre svega sprovedena u dva talasa: prvi period je zabeležen za vreme prohibicije, tokom kojeg su postale kažnjive radnje, koje su se do tada smatrale nekažnjivim, kao na primer proizvodnja i prodaja alkohola. U tom periodu je, kako to tvrdi Dervan,²⁷ „rođena simbioza između prekomerne kriminalizacije i priznanja krivičnog dela“. (*the symbiotic relationship between overcriminalization and plea bargaining was born*). Tokom kasnijih decenija usledili su i novi delikti u vezi sa proizvodnjom i uživanjem lakih droga.²⁸ U obe grupe reč je o takozvanim krivičnim delima bez žrtava (victimless crimes). Tome treba pridodati i povećan broj krivičnih dela usled povećanja broja stanovnika nakon Drugog svetskog rata (talas kriminala iz 60-ih godina dvadesetog veka)²⁹, nepredvidljivost porote i visine kazne koju ona određuje.³⁰ Korelacija porasta mladog stanovništva i broja krivičnih dela bez žrtava, kao što je to na primer kažnjivo posedovanje marihuane, doveli su do toga, da se u SAD broj krivičnih postupaka između 50-ih i 70-ih godina dvadesetog

²⁶ Vidi u tom smislu na primer Lucian E. Dervan, *Overcriminalization 2.0*, str. 645 ff.

²⁷ Dervan, na navedenom mestu, str. 650.

²⁸ Alschuler, str. 9.

²⁹ Alschuler, str. 34.

³⁰ Vidi u tom smislu na primer Candace McCoy.

veka udvostručio, a da pri tome kapaciteti pravosuđa nisu u značajnijoj meri prošireni.³¹ Pored toga je i propis isključenja posle trećeg dela („Three-Strikes-and-you-are-out“), prema kome takozvanim učinocima krivičnih dela iz navike nakon počinjenog trećeg dela prete dramatične kazne lišenja slobode pa sve do doživotne robije,³² podsticao dalji porast broja slučajeva sporazuma o priznanju krivičnog dela.

Još jedan dalji razlog za porast priznanja krivice je nepredvidivost odluka koje donosi porota. Na ovom mestu ne može da se produbljuje ta problematika. Uzrok za zaključivanje sporazuma o priznanju krivičnog dela na snimku Prednosti i nedostaci sporazuma o priznanju krivičnog dela („*The pros and cons of plea bargaining*“) na You Tube-u,³³ najupečatljivije formuliše američki advokat Kevin Hejzlet, iz kancelarije Karlson, Majsner, hart & Hejzlet „Carlson, Meissner, Hart & Hayslett“:

Kod suđenja pred porotom, nikad ne može da se zna šta će se desiti.

One will never know what will occur when we have a jury trial

Ovaj snimak je zamišljen kao reklamni spot za kancelariju pomenutog advokata. Međutim, zapravo rečenica poput ove otkriva nemoć čak i advokata pred „crnom kutijom“ zvanom porota. On na kraju takođe potvrđuje da sporazum o priznanju krivičnog dela predstavlja korektiv za jednu eklatantnu grešku, a to je nepredvidiva odluka porote, koja bi pre mogla da se okvalifikuje kao odraz internih grupno-

³¹ Bliži brožčani podaci kod: Alschuler, str. 35, tamo pre svega fusnota 198.

³² Veoma instruktivno po tom pitanju: Olson, Tina M. Opisan slučaj Alex Delgado je dramatičan slučaj (doživotno kao učinilac krivičnih dela iz navike zbog falsifikovanja čekova i pričinjene štete od 88,30 \$). Odmeravanje kazne za učinioce krivičnih dela iz navike sadržana je i u odluci *Borderkircher v. Hayes*, vidi u tom smislu: Ross, Stephen F., *Borderkircher v. Hayes*, str. 875 ff, tamo str. 875 f. kao i Tor, Avishalom/Gazal-Ayal, Oren/Garcia, Stephen M., str. 101.

³³https://www.youtube.com/watch?v=xw_8bhXp-lo

dinamičkih procesa nego kao demokratski legitimisanih i predvidivih pravnih pravila.

2.4. Interakcija između Smernica za odmeravanje kazni (Sentencing Guidelines) i uloge tužilaštva takođe pogoduju povećanju broja slučajeva sporazuma o priznanju krivičnog dela

Posebnu ulogu igra uvođenje Smernica za odmeravanje kazni, kojima se detaljno reguliše odmeravanje kazni³⁴ i njihova interakcija sa posebnom ulogom tužilaštva³⁵ u SAD. Na taj način tužioci su dobili mogućnost da putem odgovarajućih teških optužbi prete optuženima sa osetljivim sankcijama koje mogu da predviđaju i kaznu doživotnog zatvora ili čak smrtnu kaznu, tako da su se oni upuštali u sporazum o priznanju krivičnog dela, po kome je trebalo da se osude za manji delikt. I ovo je tema koja bi zahtevala šire razmatranja i na jezicima u regionu. Na ovom mestu, ovaj navod može da se rasvetli samo citatom pravnice Nazgol Ghandnoosh iz nevladine organizacije „Sentencing Project“ iz SAD:

*Zbog uvođenja zakonom propisanih minimalnih kazni zatvora, tužioci mogu da zaprete zaista dugotrajnim kaznama. Dakle, da bi izbegli takav ishod, ljudi su češće spremni da pristanu na sporazum o priznanju krivičnog dela po kome će im i dalje biti izrečene oštre kazne, ali ne u onoj meri kao što bi to bio slučaj da su išli na suđenje i izgubili.*³⁶

³⁴ Standen, Jeffrey; U vezi sa funkcijom ovih smernica vidi i Bajović, Vanja, str. 179 ff, i tamo posebno str. 182

³⁵ Standen u tom smislu govori o „Prosecutorial Discretion in a World Without a Judge“.

³⁶ Because of the introduction of mandatory minimum sentences prosecutors can threaten really long sentences. So in order to avoid those outcomes, people are more often willing to take plea bargaining deals which still impose harsh sentences on them, but not as bad as if they had gone to

2.5. Praksa kritikuje sporazum o priznanju krivičnog dela

2.5.1. Zabrana sporazuma o priznanju krivičnog dela na Aljasci

S obzirom na gore skicirane okolnosti ne čudi što uzdržanost po pitanju sporazuma o priznanju krivičnog dela i kritika takvog rešenja ni u SAD već dugo ne predstavljaju samo pitanje kojim se bave kritički nastrojeni naučnici. Najdalje po tom pitanju je poodmakla savezna država Aljaska,³⁷ gde je naime sporazum o priznanju krivičnog dela 1975. ukinut na niz godina. Uoči tog koraka postojale su bojazni, da će se pravosudni sistem urušiti zbog ukidanja sporazuma o priznanju krivičnog dela, zbog dodatnog opterećenja u oblasti sudskih postupaka. Evaluacija tog projekta usledila je 16 godina kasnije, a rezultati su ipak bili veoma pozitivni.³⁸

Naime, ispostavilo se da je većina bojazni bila neosnovana. Pre svega su utvrđeni i pozitivni efekti:

- Naime, bitno se poboljšao istražni rad koji prethodi sudskom postupku.
- Isto važi i za kvalifikovanost policajaca i tužilaca angažovanih u toj oblasti. Uzrok za to bi verovatno trebalo tražiti u okolnosti, da više nije smelo da se polaže

trial and lost u jednoj emisiji kanala RT America, objavljeno pod naslovom: Plea bargaining on the rise, contributes to racial disparities am 8.12.2015 na adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=JfiasPhWgMo>.

³⁷ Iako su u reformi pravosuđa u regionu učestvovali i američki pravnici koji su prijavljeni kao advokati na Aljasci, izgleda da od njih nije poteklo opširnije izveštavanje o specifičnom razvoju prava u pogledu instituta sporazuma o priznanju krivičnog dela u njihovoj domovini.

³⁸ Vidi u tom smislu: Teresa White Carns/John Kruse, str. 27ff. Ovaj prilog se očito nadovezuje na jednu detaljnu studiju ova dva autora, koju je objavio Alaska Judicial Council (AJC). Ta studija može da se pronađe i na internet strani ACJ-a pod adresom: <http://www.ajc.state.ak.us/reports/pleab91.pdf>.

na to, da se „slučajevi sa slabim dokazima“ više neće prepoznati kao takvi, pošto se okončavaju putem sporazuma o priznanju krivičnog dela, a da se pri tome ne proverava situacija u pogledu stvarnih činjenica i dokaza.

- I drugi dolaze do zaključka da sama mogućnost da se „slučajevi sa slabim dokazima“ okončaju putem sporazuma o priznanju krivičnog dela u skladu sa optužbom ohrabruje tužilaštvo da pokrene postupke i protiv onih lica kojima u okviru postupka teško može da se dokaže neko delo. Bar Gili BenŠarar³⁹ na primer dolaze do zaključka:

*Da ne postoji sporazum o priznanju krivice kao mogućnost, mnogi optuženi ne bi uopšte ni bili optuženi.*⁴⁰

Oren Gazal-Ajal⁴¹ konstatuje:

*„Kada sporazum o priznanju krivičnog dela postoji kao opcija, tužioci mogu da iznude priznanje krivice u skoro svakom predmetu, pa i u predmetima sa slabim dokazima... Kada skoro svaki predmet dovede to priznanja krivice, bez obzira na to koliko su dokazi jaki, tužioci su mnogo manje zainteresovani da vrše selekciju predmeta sa slabim dokazima.“*⁴²

Ali na ovom mestu ne treba da se prećuti da je ovaj projekat na Aljasci imao i jednu drugu posledicu koja uopšte nije bila tako pozitivna za optužena lica: naime, trajanje kazni lišavanja slobode je u proseku poraslo.

³⁹ Bar-Gill, Oren/ Ben-Shahar, str. 737ff

⁴⁰ Absent of the plea bargaining option, many defendants would not have been charged in the first place.

⁴¹ Gazal-Ayal, Oren, Partial Ban on Plea Bargains.

⁴² When almost every case results in a plea of guilty, regardless of the strength of the evidence, prosecutors have much less interest in screening away weak cases. When plea bargaining is available, prosecutors can extract a guilty plea in nearly every case, including very weak cases....

Ovaj "eksperiment iz Aljaske" je zanimljiv već i zbog pozitivnog uticaja na rad učesnika. Pored toga se u evaluaciji o ovom projektu zatiču i neke konstatacije o praksama koje se očigledno ustale kada se sporazumi o priznanju krivičnog dela u nekom trenutku pretvore u primarni željeni cilj krivičnog postupka. I ovde se izlažu neki odgovarajući zaključci u izvornim citatima:

Pre zabrane, tužioci bi podnosili optužbe sudu bez prethodne provere navoda dostavljenih od strane policije. Štaviše, većinu optužbi podnosio je ili sam policajac, ili je tužilac podnosio optužbu identičnu onoj koju je policija preporučila. (str. 31)⁴³..... Pregovaranje je bilo gotovo obavezno. Imali smo tako malo suđenja da smo ih se pribojavali. (str. 31 f.)⁴⁴ Težište pregovora bilo je na kazni. Tužioci i branioci bi postigli dogovor o određenoj kazni koju optuženi treba da odsluži i tu preporuku bi sudija gotovo uvek prihvatao. (str. 32)⁴⁵ Usvajanje standarda "van svake sumnje" u pogledu izbora predmeta, primoralo je policiju da krene ispočetka i postane dobar istražitelj. (str. 34)⁴⁶

Po svemu sudeći, zabrana sporazuma o priznanju krivičnog dela na Aljasci je kasnije ponovo omekšana ili ukinuta.⁴⁷ Nezavisno od toga, međutim, stiče se utisak da su

⁴³ Before the ban, prosecutors typically filed charges with the court without first screening the allegations brought to them by the police. In fact, most charges were either filed by the police officer, or the prosecutor filed charges identical to those recommended by the police, pg. 31.

⁴⁴ Negotiating was almost mandatory. We had so few trials we were afraid of them.

⁴⁵ The focus of the negotiations was on the sentence. Prosecutors and defence attorneys typically agreed on the specific sentence that a defendant should serve, and the recommendation was nearly always accepted by the judge.

⁴⁶ The adoption of an "beyond a reasonable doubt" standard for screening cases forced the policy to go back and become good investigators.

⁴⁷ Vidi na primer izveštaj o zabrani sporazuma o priznanju krivičnog dela (samo) od određene visine kazne od strane vrhovnog tužioca Michael Geraghty 2013. godine na internet-adresi: <http://www.adn.com/alaska-news/article/will-alaskas-plea-bargain-plan-serve-justice-or-cause-it-grind-halt/2013/08/14/>.

neke tada stečene spoznaje upečatljive: u njih spade pre svega okolnost, da – u trenutku kada se sporazum o priznanju krivičnog dela pretvori u uobičajen princip – svi pravnici koji učestvuju u postupku počnu pre svega da se fokusiraju na visinu kazne. Pitanje krivice i nevinosti, zapravo ključno pitanje u krivičnom postupku, koji pretenduje da bude pošten i pravedan, očito da se više uopšte i ne postavlja. Međutim, to i ne iznenađuje, ako čovek sebi pojasni, da pregovori o sporazumu o priznanju krivičnog dela zapravo prate uobičajena psihološka pravila o pregovaranju. Dakle, i u tom slučaju uvek je reč o „*do ut des*“ (daj da bi dobio). Prema tome, potrebno je uvek pronaći neki srednji put, da se ni jedno od lica koje vodi pregovore ne bi pretvorilo u gubitnika. I zato tužilaštvo i branilac moraju da izađu u susret jedni drugima. Međutim, to se dešava na teret optuženog. Obzirom da oslobađajuća presuda ne bi bila u skladu sa tim pravilima, on će uvek biti primoran na ustupke – pa makar bio i nevin. Isto tako je iznenađujuće, kada se tačnije osmotri, da profesionalne kvalifikacije svih učesnika (tužilaštvo, odbrana, policija) otupljuju, ako u prvom planu više ne stoje njihovo pravo stručno poznavanje prava ili istražnih radnji, već njihove sposobnosti da se istaknu kao „igrači šaha na šahovskoj tabli pregovora“.

2.5.2. Vrhovni sud SAD i slučajevi “Frej” i “Lafler”

Traba uvažiti da Vrhovni sud SAD načelno smatra da je dopušten sporazum o priznanju krivičnog dela,⁴⁸ mada pri tome moraju da se poštuju određena načela. U tom smislu, na primer, optuženi ne sme da bude motivisan prednostima priznanja krivičnog dela, a tužilac ne sme da “naduva” optužbu („*overcharge*“),⁴⁹ čime bi povećao „ulog“ pregovora o sporazumu

⁴⁸ Vidi na primer: Wan, Tina, str. 33ff, na tom mestu str. 34

⁴⁹ Ross, Stephen F., str. 878.

o priznanju krivičnog dela. (Reč je o dva zahteva koja se po mišljenju brojnih kritičara u praksi gotovo i ne poštuju.⁵⁰) U odluci Santobelo vs. Nju Jork (404 U.S. 257 (1971)),⁵¹ on je opet sporazum o priznanju krivičnog dela iz razloga efektivnosti čak označio kao poželjan vid okončanja postupka, pod uslovom da se primeni na stručno primeren način.⁵² Ipak, sud je oduvek bio svestan opasnosti od zloupotrebe, i zato je odredio stroge uslove u odnosu na zaključivanje i sadržaj takvog sporazuma. Poseban problem pri tome predstavlja – kako doslovce navode kritičari – „osvetoljubivost“ („vindictivness“) tužilaštva.⁵³ Takođe se kritikuje i da Vrhovni sud očito raspravu pred porotom i sporazum o priznanju krivičnog dela vidi kao jedinu mogućnost, i ne razmatra nikakve druge alternative u odnosu na sporazum o priznanju krivičnog dela. U literaturi se predlaže, na primer, sistem odricanja prava na suđenje pred porotom, tzv. „juri waiver“. ⁵⁴ Reč je o opciji, da optuženi može da se opredeli za postupak pred sudijom pojedincem, umesto postupka pred porotom. Time se postupak bitno pojednostavljuje. Čak postoje glasovi

⁵⁰ Osim toga, Vrhovni sud je ocenio u slučaju Bodenkriher v. Hayes kao dopušteno da tužilac preti proširenom optužbom, da bi na taj način naveo optuženog na sporazum o priznanju krivičnog dela. U konkretnom slučaju, Hayes je optužen zbog falsifikovanja čeka u iznosi od 88,30 \$. Tužilac mu je ponudio sporazum o priznanju krivičnog dela, u okviru koga je hteo da predloži kaznu zatvora od 5 godina. U slučaju da Hayes odbaci takvu ponudu, hteo je da ga optuži da je učinilac krivičnih dela iz navike (habitual criminal). I to se na kraju desilo. Iz tog razloga, Hayes je osuđen na doživotnu kaznu zatvora i tražio je da se utvrdi da je sporazum o priznanju krivičnog dela nevažeći. S tim u vezi vidi na primer: Ross, Stephen F, str. 876f.

⁵¹ Vidi s tim u vezi Wan, Tina, 33 ff, i tamo str. 42.

⁵² Sud u tom smislu doslovce navodi: Sporazum o priznanju krivičnog dela predstavlja bitnu komponentu pravosuđa. Ako se primenjuje kako valja, onda ga treba ohrabrivati (Plea bargaining is an essential component to the administration of justice. Properly administered, it is to encouraged) (citat prema: Wan, Tina, str. 43). Vidi u tom smislu i: Ross, Stephen F., str. 878, navodi uz fusnotu 20.

⁵³ Schaack McGoey, Christine, str. 1011ff

⁵⁴ Wan, Tina, str. 33ff, i na tom mestu str. 35f, S. 59.

koji tvrde da postupak pred sudijom-pojedincem i tužilaštvom iziskuje manje resursa, nego pregovori oko sporazuma o priznanju krivičnog dela.⁵⁵

Kritički stav, makar prema praksi sporazuma o priznanju krivičnog dela, već neko vreme zauzima najviši nivo sudstva. U tom smislu, najnovije presude Vrhovnog suda SAD u slučajevima *Misuri protiv Frej-a*⁵⁶ i *Lafler protiv Kuper-a*⁵⁷ potvrđuju nepravilnosti, koji pre svega pokazuju, da taj sistem u praksi ne pruža dovoljnu zaštitu optuženima. U oba slučaja reč je o nedovoljnom pružanju saveta optuženih od strane advokata prilikom zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela, i o pitanju, u kojoj meri se pri tome krše ustavna prava optuženih.

2.6. Nova psihološka saznanja

Postizanje sporazuma o priznanju krivičnog dela nije samo pravni događaj. Pre svega sa stanovišta pogođenog lica, ipak je reč o psihološkom procesu. Takva spoznaja je dovela do toga, da se u SAD sve više istražuje, kakvi se psihološki mehanizmi angažuju prilikom donošenja odluke o tome da li da se zaključi sporazum o priznanju krivičnog dela.⁵⁸ U tom smislu su posebno sprovedeni i opiti sa različitim postavkama, u cilju ispitivanja u kom procentu su i nevina lica spremna da priznaju krivicu putem sporazuma o priznanju krivičnog dela, ako im se u tom smislu obećaju određene pogodnosti. Rezultat te studije je iznenadio istraživače.⁵⁹ Stopa onih lica, koja su

⁵⁵Wan, Tina, str. 33ff, i tamo str. 59 sa daljnjim izvorima.

⁵⁶ Vidi u tom smislu: Mike Work, str. 57ff.

⁵⁷Vidi Alkon, Cynthia, *The U.S. Supreme Court's Failure*, str. 561.

⁵⁸Dervan, Lucian E./Edkins, Vanessa A, *The Innocent Defendant's Dilemma*, str. 24.

⁵⁹Dervan/Edkins, *The Innocent Defendant's Dilemma*, str.34: "the rate at which such false plea bargainings occurred exceeded our estimations and should lead to a reevaluation of the role and method of plea bargaining today."

priznala krivicu, iako su dokazano nevina, da bi izbegla posledice koje im prete u slučaju osude (u ogledu je reč o sankciji od strane disciplinske komisije Univerziteta), prema tim nalazima kreće se oko više od 50 posto!⁶⁰ Kao pravnik, čovek ne bi trebalo da zatvara oči pred takvim zaključcima!⁶¹

Da su takvi rezultati eksperimenata svakako primenljivi i na praksu, potvrđuju i navodi u literaturi, poput onih, *da „najveći pritisak da priznaju krivicu vrši se na optužene koji bi mogli da budu nevini“*.⁶²

2.7. Preliminarni rezultat

Čini se da je jedina uporediva problematika u zemljama, iz kojih potiče sporazum o priznanju krivičnog dela, i onih, u kojima se ovaj institut preuzima, želja da se ubrzaju postupci. Većina drugih pomenutih okolnosti koje navode na primenu sporazuma o priznanju krivičnog dela u zemljama svog porekla, nisu prisutne u pravnim sistemima kontinentalne Evrope. Prema tome, u značajnoj meri nedostaje uporedivost celina svih pravno relevantnih činjenica, koja je potrebna za preuzimanje stranih pravnih instituta.

To treba sagledati pre svega i s obzirom na činjenicu, da želja za ubrzanjem postupka mada jeste razumljiva, ipak ne predstavlja nikakvu apsolutnu vrednost. Ni postupak u smislu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima ne zahteva takvo ubrzano okončanje postupka po svaku cenu, odnosno po cenu pravde, već zahteva pošten postupak. Iako Evropski sud za ljudska prava načelno ne smatra nedopustivim dogovore u

⁶⁰ Dervan/Edkins, *The Innocent Defendant's Dilemma*, str. 34.

⁶¹ Dalje zanimljive eksperimente u tom kontekstu opisuju Tor, Avishalom/Gazal-Ayal, Oren/Garcia, Stephen M., str.101.

⁶² „the greatest pressure to plead guilty are brought to bear on defendants who may be innocent“ Alschuler, Albert W. *The Prosecutor's role in Plea bargaining*, U. Ch.L. Rev. 1968, 50, 60, citat prema: Gazal-Ayal, str. 2297, tamo fusnota 2.

okviru postupaka sa krivičnom pozadinom,⁶³ ipak bi aspekt pravde trebalo da dobije prednost nad aspektom brzine. Isto tako ne bi trebalo ni prevideti, da je u čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima samo reč o „razumnom vremenu“, a ne i o „brzini“.

3. Efekti sporazuma o priznanju krivičnog dela u državama anglosaksonskog pravnog sistema

Kao sledeće, bilo bi potrebno da se, shodno na početku predloženom redosledu provere, ispita do kakvih rezultata dovodi sporazum o priznanju krivičnog dela u državama angloameričkog pravnog sistema. (Obzirom da je utvrđen gornji preliminarni rezultat, ova provera se zapravo sprovodi samo kao pomoćno sredstvo.)

3.1. Brzo okončanje postupka bez javnosti

Kada je reč o brojčanim pokazateljima, efekti sporazuma o priznanju krivičnog dela mogu da se prikažu relativno sažeto: Ovaj princip zaista vodi do ubrzanja postupka. To postaje jasno samo ako se uvaži okolnost da se u SAD više od 95% svih krivičnih postupaka okončaju sporazumom o priznanju krivičnog dela.⁶⁴ Takvo rešenje samo uslovno može da se smatra pozitivnim. Jer na kraju krajeva, po pitanju statistike se ipak stiče utisak da je malo verovatno da su sve osobe koje su optužene zaista i učinile krivično delo. Procenat onih lica

⁶³Vidi u vezi s time odluku u predmetu Naclisvili i Togonidze protiv Gruzije od 29.4.2014, Predstavka br. 9043/05, u prevodu na srpski jezik na internet-

adresih[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%229043/05%22\],%22languageisocode%22:\[%22SRP%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-150959%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%229043/05%22],%22languageisocode%22:[%22SRP%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-150959%22]}).

⁶⁴ US Sentence Commission Source Book of federal Sentencing Statistics 2006, citat iz: Wan, Tina str. 33ff.

koja se upuštaju u sporazum o priznanju krivičnog dela je shodno zakonima verovatnoće veći od procenta onih optuženih lica, koja zaista snose krivicu.⁶⁵ Osim toga, načelo javnosti krivičnog postupka postaje puka fikcija u onom trenutku, kada gotovo da više i nema javnih krivičnih postupaka.

3.2. Kritika iz redova organizacija za ljudska prava, nauke i prakse

U svetlu svega izloženog ne čudi što je sporazum o priznanju krivičnog dela u „zemljama svog porekla“ oduvek bio izložen kritikama, i da su se one tokom godina i uvećavale. Ovakva kritika je, kao što je to često slučaj, potekla iz nauke. Pri tome je reč o uglednim naučnicima - a među njima o profesoru sa Harvarda *Vilijam Dž. Stanc* (*William J. Stuntz*), i njegovom kolegi *Džon H. Langbajn* (*John. H. Langbein*) sa univerziteta Jejl (*Yale University*), i *Markus D. Daberu* (*Markus D. Dubber*), koji je diplomirao na Harvardu koji sada predaje u Torontu, koji su kritikovali ovaj institut. Ovoj kritici su se priključili i delovi prakse. Vidi u tom smislu i na gornjem mesu izlaganje o zabrani sporazuma priznanja krivičnog dela u Aljasci (na gornjem mestu tačka 2.6.1) i u vezi sa odlukama *Misuri protiv Frye*⁶⁶ i *Lafler protiv Cuper*⁶⁷ (na gornjem mestu, tačka 2.6.3.). U svom posthumno objavljenom delu, *Kolaps američkog krivičnog pravosuđa* (*The Collapse of American Criminal Justice*), *Vilijem Dž. Stanc* (*William J. Stuntz*) čak konstatuje, da je sistem krivičnog prava „voz koji je iskočio iz

⁶⁵I samata činjenica deluje uznemiravajuće. Ako se pored toga imaju na umu i konstatacije o evaluaciji zabrane sporazuma o priznanju krivice na Aljasci, prema kojima se - u slučaju da se dozvoli sporazum o priznanju krivičnog dela - kvalitet istražnih radnji smanjuje in dubio contra reo i gde se razvija izvesna sopstvena dinamika između podizanje optužbe i sporazuma o priznanju krivičnog dela, onda se ovaj zaključak čini još dramatičnijim nego što je to sam po sebi.

⁶⁶Vidi s tim u vezi: Mike Work, str. 57ff.

⁶⁷Vidi Alkon, Cynthia, *The U.S. Supreme Court's Failure*, str. 561.

šina” i koji se „*tokom druge polovine 20. veka rastočio*“.⁶⁸ Ovde je u celini reč o konstatacijama, koje sigurno ne preporučuju ovaj sistem kao uzoran ili sistem koji ima pravo da predstavlja orijentaciju za pravne sisteme kontinentalne Evrope koji se nalaze u tranziciji!

3.3. Sporazum o priznanju krivičnog dela i kao pokušaj iznalaženja korektiva za nedostatke postupka među strankama u krivičnom pravu

Polazna tačka kritičkih glasova iz angloameričke literature u odnosu na krivični postupak SAD, posebno u pogledu sporazuma o priznanju krivičnog dela, koji – precizno razmatrano – predstavlja korektiv razvijen u praksi protiv nedostataka stranačkog principa u okviru krivičnog prava. Na ovom mestu može samo da se prenese utisak o raznovrsnosti konkretnih argumenata i širini fronta kritičara. Onima, koji su bliže zainteresovani za ovu temu, preporučuje se zasebno udublјivanje u ovu temu na osnovu pomenute britanske, američke i australijske literature u ovu temu, koja uglavnom može da se pogleda i na internetu ili koja može da se dobije i kao ebook.

3.4. Nekoliko ilustrativnih tačaka kritike

Već naslov brojnih radova na ovu temu nagoveštava, da sui stranački princip u okviru krivičnog prava, a posebno i sporazum o priznanju krivičnog dela u zemljama svog porekla izuzetno sporni.⁶⁹

⁶⁸ Stuntz, str. 1.

⁶⁹ Mali je broj onih pitanja koja u pravosudnom sistemu Amerike izazivaju ovako žustre kontroverze kao što je to sporazum o priznanju krivičnog dela, tvrdi: (Very few issues in the American justice system generate such fierce controversy as plea bargaining), so Gazal-Ayal, Oren, Partial Ban on Plea Bargains.

Sledi izbor takvih naslova iz različitih decenija:

- Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It („Suđenja lišena istine: zašto se naš sistem krivičnih suđenja pretvorio u skupi promašaj i šta treba da uradimo da bismo ga rekonstruisali”)⁷⁰
- Torture and Plea bargaining („Mučenje i sporazum o priznanju krivice”)⁷¹
- Incompetent Plea bargaining and extrajudicial reforms („Nestručnost u postizanju sporazuma o priznanju krivičnog dela i reforma vansudskog postupka”).⁷²
- Barristers' selfish incentives in counselling defendants over the choice of plea („Sebične pobude advokata u savetovanju optuženih o mogućnostima izjašnjavanja o krivici”)⁷³
- The mischief of plea bargaining and sentencing rewards („Štetne posledice sporazuma o priznanju krivičnog dela i prednosti kažnjavanja”)⁷⁴
- Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process („Pravda kao nagodba ili uskraćena pravda? Smanjenje kazne i krivični postupak”)⁷⁵
- The Guilty Plea Discount: Rule of Law or Role of Chance? („Smanjenje kazne na osnovu priznanja krivice: vladavina prava ili uloga verovatnoće?”)⁷⁶
- By-Passing the Jury – A Study of Changes of Plea and Directed Acquittals in Higher Courts („Zaobilaženje porote – studija o promenama u izjašnjavanju o krivici i

⁷⁰William Pizzi/ David Samuel.

⁷¹Langbein, John H, str. 3.

⁷²Stephanos Bibas, str. 150 na dalje.

⁷³Tague, Peter W., str. 3ff.

⁷⁴Penny Darbyshire, str. 895-910.

⁷⁵Ralph Henham, Ralph, str. 515-538.

⁷⁶Robertshaw/Milne, str. 53-75.

oslobađajućim presudama po pravnom uputstvu sudije na višim sudovima”)⁷⁷

- Negotiated Justice – Pressured to plead guilt („Dogovorena pravda – primorani na priznanje krivice”)⁷⁸
- Bordenkriher v. Hayes: Ignoring Prosecutorila Abuses in Plea Bargaining („Bordenkriher protiv Hejza: zanemarivanje zloupotreba tužilaštva pri postizanju sporazuma o priznanju krivičnog dela”)⁷⁹

Kritika koja je ispoljena u pomenutim i u mnogim drugim publikacijama, može da se sažme na sledeći način:

- Krivično pravo SAD je zastarelo u odnosu na savremeno društvo⁸⁰
- Sporazum o priznanju krivičnog delana nekoliko načina krši načelo javnosti⁸¹
- Ubrzani porast broja sporazuma o priznanju krivičnog dela se objašnjava pre svega egoističnim motivima pravnika koji učestvuju u takvim postupcima,⁸²
- Pri tome, reč je uglavnom o socijalno slabije stojećim licima, kojima se savetuje da prihvate sporazum o priznanju krivičnog dela,⁸³

⁷⁷McCabe, Sarah/ Purves, Robert.

⁷⁸Mike McConville/ John Baldwin, Law & Society Review Vol. 13, No. 2, Special Issue on Plea Bargaining (Winter, 1979), str. 655-660

⁷⁹ Ross, Stephen, str. 875 ff.

⁸⁰ U tom smislu još 1970. godine američki časopis “Life” dolazi do zaključka: “Sistem, koji je pre gotovo dva stoleća stvoren u cilju zaštite četiri miliona ljudi nije pogoran za 200 miliona”, Citat iz: („SAD/krivični postupak: U pogrešnom pravcu”/”USA/Strafprozess: Falsche Richtung”, Der Spiegel od 24.08.1970, str. 80ff, na internet-strani <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>.

⁸¹Langbein, str. 123

⁸²Tague, Peter W., Barristers' selfish incentives, str. 246)

⁸³ Tague, Peter W. Guilty Plea or Trails, str. 242 ff. Ovaj rad sadrži zanimljivu analizu razloga, iz kojih advokat

i ponekad i suprotno interesima svojih klijenata savetuju da se zaključi sporazum o priznanju krivičnog dela. Za pravnike kontinentalno-evropskog kruga je ovaj prilog između ostalog upečatljivi zato, što pokazuje koliko su različite situacije u pogledu sporazuma o priznanju krivičnog dela u različitim državama angloameričkog pravnog kruga.

- Načelno se ističe kao nedostatak to, što se socijalno slabije kotirane osobe putem sistema dovode u nepovoljnu situaciju. Krivični branilac iz SAD, *F. Li Bejli* (F. Lee Bailey) (koji će nekoliko godina kasnije braniti i *O. Džej Simpsona*), na primer, konstatovao je još 1970. godine, da je krivični postupak u SAD valjan samo „za one koji su krivi i za one koji su bogati“.⁸⁴
- Putem sporazuma o priznanju krivičnog dela, tužiocima, koji često imaju i egoističke motive, daje se prevelika vlast. Kroz sporazum o priznanju krivičnog dela, država faktički prenosi krivičnu vlast na tužioca. Međutim, državi bez krivične vlasti, nedostaje suverenitet, kao suština državnosti⁸⁵. U tom smislu, putem sporazuma o priznanju krivičnog dela, država ukida sama sebe.
- Optuženi neretko samo pod pritiskom pristaju na sporazum o priznanju krivičnog dela⁸⁶
- Isto tako postoji i opasnost od formiranja mehanizama, koji vode do toga da se optuženi, koji odbace sporazum o priznanju krivičnog dela osude na veće kazne, nego što bi to bilo primereno (Trial Penalty).⁸⁷ U vezi sa tim pitanjem zatiču se zanimljivi brojevi podaci na internet stranici nevladine organizacije „*Human Rights Watch*“.⁸⁸ U skladu sa time, 2012. godine, optuženi za delikt u vezi

⁸⁴Citat iz: „USA/Strafprozess: Falsche Richtung, Der Spiegel od 24.08.1970, str. 80ff, online na strani <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-44904810.html>.

⁸⁵Dubber, Markus D., Criminal Law in a Comparative Context, str. 1ff.

⁸⁶Vidi u vezi s time sa daljim napomenama o literaturi iz SAD: Ransiek, Andreas, S. 116 ff, a tamo posebno na str. 118f.

⁸⁷Vidi u vezi s time na primer Alkon, Cynthia J./Dion, Ena, Introducing Plea Bargaining into Post Conflict Legal Systems, Research Memorandum for the International Network to Promote the Rule of Law (2014), na internet-strani: http://works.bepress.com/cynthia_Alkon/12 Post conflict, str. 12.

⁸⁸Cop a Plea or Pay the Price na stranici: <https://www.hrw.org/report/2013/12/05/us-forced-guilty-pleas-drug-cases>

sa opojnim sredstvima bi u proseku dobio kaznu od pet godina i šest meseci, ako prihvati sporazum o priznanju krivičnog dela (koju opciju je u pomenutom period iskoristilo 24.018 optuženih lica). Ako bi, međutim, došlo do postupka, (što je bio slučaj u 747 predmeta), u proseku je izricana kazna od šesnaest godina.

Sigurno je teško izlagati argumente na osnovu ovakvih prosečnih brojčanih podataka, obzirom da je svaki slučaj poseban. Pošto životno iskustvo više govori u prilog tome, da su optuženi, koji su zaista krivi, u većoj meri spremni da prihvate sporazum o priznanju krivičnog dela nego što je to slučaj kod nevinih, ipak određena verovatnoća govori u prilog tome, da su među onima, koji su dobili duge zatvorske kazne, upravo ona lica, koja su verovala u to, da će putem poštenog postupka moći da dokazu da su nevina.

- U celini, ne može se reći da sporazum o priznanju krivičnog dela verovatno nije imao bitan udeo u tome, što SAD u okvirima zapadnih demokratija⁸⁹ beleže najveći procenat lica osuđenih na zatvorske kazne. (Trenutno se broj lica u zatvoru kreće oko ukupno 2,3 miliona,⁹⁰ a to odgovara srazmeri od 506 zatvorenika na 100.000 stanovnika. U Evropi se odgovarajući brojčani podaci za Holandiju kreću oko 78, za Nemačku oko 74 a za Francusku oko 72.)
- U tom smislu, reč je opet o licima u socijalno nepovoljnom položaju, a u SAD takvim merama su pogođeni Amerikanci koji imaju neke afričke pretke.
- I na kraju, primora za sporazum o priznanju krivičnog dela dovodi do osude nevinih, odnosno čak i do toga da

⁸⁹Moguće je da su zvanični brojčani podaci u vezi sa Kinom eventualno prikazani u lepšem svetlu. Ali ako su tačni, onda se SAD po tom pitanju nalaze čak ispred Kine.

⁹⁰Sledeći podaci su preuzeti i izvora: Stuntz, a tamo sa str. 5.

priznaju dela, koja -kako se kasnije ispostavlja- zapravo dokazano uopšte nisu počinila.⁹¹

3.5. Argumenti zagovornika su u prvom redu ekonomske prirode

Treba istaći da postoje zagovornici sporazuma o priznanju krivičnog dela. Međutim oni koji pokušavaju da pronađu dobru stranu na sporazumu o priznanju krivičnog dela zvuče začuđujuće suzdržano i rezervisano, što na kraju krajeva potvrđuju i kritičari. Kao primer navodi se rad Janga, koji još u naslovu „U odbrani potencijalne moralnosti sporazuma o priznanju krivičnog dela“ (In Defense of Plea-Bargaining's Possible Morality)⁹² zvuči dosta suzdržano. I na kraju, većina zagovornika mora da prizna, da je gotovo isključivo reč o ekonomskim razlozima, koji govore u prilog tog rešenja. Međutim Jang dolazi do zaključka: „Ništa ne govori u prilog tome da sporazum o priznanju krivičnog dela, onako kako se sada primenjuje, mora nužno da bude i pravedan, ili da ne može da ne uspe ili da potpadne pod korupciju“ (Nothing here argues, that plea-bargaining, as actually practiced, is necessarily just, or that it cannot go wrong or be corrupted).

Međutim postoje i autori koji pored skraćivanja trajanja postupka i uštede troškova kao prednost ističu i mogućnost kreativnog i individualizovanog određivanja kazne.⁹³ Moguće je da teoretski i postoji takva mogućnost. Međutim, ako se pođe od objavljenih odluka koje se vezuju za sporazum o priznanju krivičnog dela, prevagu ipak odnosi negativna slika o ovom sporazumu (i navedena autorka nabraja veći broj

⁹¹Veoma instruktivno s tim u vezi su primeri, koje navodi Dervant, Lucian E., *The Quest for Finality*, u vezi sa tom temom vidi i: Alkon, Cynthia J./Dion, Ena, *Post Conflict*, str. 15.

⁹²Young, Michael

⁹³Alkon, *Post-Conflict*, str.10.

nedostataka⁹⁴ nego prednosti.⁹⁵ Pored toga, u pravu kontinentalne Evrope svakako postoje mogućnosti za kreativan i individualizovan pristup počinjenom krivičnom delu. Kao primer na ovom mestu se pominje poravnanje između učinioca i žrtve u Nemačkoj, u skladu sa § 155a , § 155b Zakona o krivičnom postupku i § 46a krivičnog zakonika.

3.6. Preliminarni rezultat 2

Sporazum o priznanju krivičnog dela u zemljama svog porekla dovodi do niza negativnih posledica. I zato se zapravo preporučuje obazrivost prilikom preuzimanja ovog pravnog instituta.

4. Da li se sporazum o priznanju krivičnog dela uklapa u pravno okruženje kontinentalne Evrope?

4.1. Da li su štetni ishodi mogući i bez specifičnih rešenja pravnog sistema SAD?

Doduše, jedan deo negativnih posledica sporazuma o priznanju krivičnog dela vuče poreklo iz specifičnih okolnosti u SAD, kao što su to nepredvidivost odluke koju donosi porota ili Smernice za odmeravanje kazni. Međutim takve negativne posledice ipak mogu da se pojave i u okviru pravnih sistema kontinentalne Evrope. I to važi utoliko pre što je sporazum o priznanju krivičnog dela nešto novo, pa bi se verovatno uz to pojavili i dodatni izvori grešaka.

⁹⁴Alkon, Post Conflicgt, str. 11 - 20.

⁹⁵Alkon, Post Conflicgt, str. 7 – 11.

4.2. „Kognitivna distanca“ pravnih praktičara i potreba za opsežnim dodatnim obukama su nedostaci, koji mogu da se izbegnu ako se pribegne rešenjima koja su u skladu sa vlastitim sistemom

Pored toga ne bi trebalo prevideti da je sporazum o priznanju krivičnog dela u onim državama, čiji sistem je do sada nosio karakteristike kontinentalno-evropskog pravnog kruga, u suprotnosti ne samo sa mentalitetom onih koji treba da ga primene, već verovatno i sa njihovim profesionalnim shvatanjima. Takva kognitivna distanca prema pravnim propisima koji se primenjuju i prema pravnim institutima sigurno da ne pogoduje kvalitetu njihove primene. Slede ponovo citati autora iz SAD⁹⁶ o opasnostima u slučaju preuzimanja instituta sporazuma o priznanju krivičnog dela u državama sa drugačijom pravnom tradicijom:

Prvi se dotiče potrebe za dodatnom obukom pravnika koji primenjuju ovaj institut:⁹⁷

...kada god se usvoji zakon kojim se uvode suštinske promene u pravni postupak biće potrebna obuka da bi se pravni stručnjaci i sudije upoznali s tim promenama, te da bi im se pomoglo da saznaju za dodatne veštine koje će im možda trebati za prilagođavanje tim promenama...⁹⁸.

⁹⁶ Alakon/Dion, Post-Conflict.

⁹⁷Primer materijala za odgovarajuće obuke:Lochary, Robert, Veštine zastupanja u krivičnim postupcima – Priručnik za advokate, izdavač: American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI) i Partneri za demokratske promene Srbija, Beograd 2013, na internet-strani:<http://www.partners-serbia.org/vestine-zastupanja-u-krivicnim-postupcima-prirucnik-za-advokate/>. On je bio direktor za Srbiju ispred ABACEELI, vidi s tim u vezi:http://www.abajournal.com/magazine/article/playing_by_the_rule_of_law/.

⁹⁸ ... any time a law is passed that introduces fundamental change in the legal process there will need to be training to be sure legal professionals and judges are aware of the changes and to help them to learn about

Sledeći citati se bave problematikom „raskida sa sistemom“, kakav predstavlja sporazum o priznanju krivičnog dela, i ukazuju na potencijalne dalje posledice:

Sporazum o priznanju krivice može da predstavlja značajnu promenu u pravnoj kulturi zemlje.⁹⁹

... snažno uvrežene kulturološke predrasude o izmeni prakse ili usvajanju prakse koja je u suprotnosti sa drugim vrednostima...¹⁰⁰

Sporazum o priznanju krivičnog dela potencijalno predstavlja kompleksnu promenu u krivičnom pravnom sistemu i može da iziskuje ozbiljne promene u pravnoj kulturi. Sporazum o priznanju krivičnog dela može da uveća postojeće probleme u krivičnom pravnom sistemu, kao što su nedovoljna dostupnost branilaca, korupcija ili politizovano sudstvo.¹⁰¹

...kreatori politike treba i da procene stav javnosti prema krivičnom pravnom sistemu... (i) ne treba da potcene potencijal za nanošenje štete uvođenjem sporazuma na način kojim se jača postojeći negativan stav javnosti prema formalnom krivičnom pravnom sistemu....¹⁰².

Ovakvi iskazi potvrđuju da uvođenje sporazuma o priznanju krivičnog dela u državama sa drugačijim pravnim tradicijama predstavlja smeo poduhvat. I da pre svega postoji i

additional skills they might need to adapt to the changes Alkon/Dion, Post-Conflict, str.29.

⁹⁹ Plea bargaining can represent a significant change in the legal culture of a country Alakon/Dion, str.29.

¹⁰⁰ strongly held cultural biases against changing practices or adopting practices that contradict other valuables Alakon/Dion, str.29.

¹⁰¹ Plea bargaining is a potentially complex change to a criminal justice system and may require serious shifts in the legal culture. Plea bargaining may magnify the existing problems in the criminal justice system, such as lack of access to defence lawyers, corruption or a politicised judiciary. Alakon/Dion, str.30.

¹⁰²... policymakers should also assess public attitudes towards the criminal justices system .. (and) should not underestimate the potential to do harm by introducing bargaining in a way that reinforces existing negative public attitudes towards the formal criminal justice, Alkon/Dion,str.30.

opasnost od toga, da se preokrene u suprotnost onoga što je trebalo da se postigne njime.

4.3. Negativne posledice po percepciju o kvalitetu pravosudnog sistema, a time i države u celini

I još jedno pitanje bi trebalo da se postavi: Kako bi verovatno optuženo lice iz neke kontinentalno-evropske države, u kojoj je tek uveden stranački princip (po uzoru na angloamerički pravni krug) u krivičnom pravu, doživelo ovakav postupak? Takvo optuženo lice je već doživelo određenu socijalizaciju, u koju spada i kontinentalnoevropsko shvatanje uloge sudije i tužilaca u okviru krivičnog postupka. Takvo shvatanje će biti grubo iznevereno, u slučaju da se postupak protiv njega vodi u skladu sa novim principima stranačkog postupka. I to je samo po sebi loše. Ali još veće rezerve izaziva i to, što će ona lica, koja učestvuju u postupku ispred države, doživeti isključivo kao stranačke protivnike (reč je o tužiocu) ili kao pasivne (ovo se odnosi na sudije). Sva lica koja su uključena u postupak ispred države ne preduzimaju ništa da bi zaštitile njegove interese. A posebno se sudija samo stara o tome, da se poštuju pravila igre. Prema tome, optuženi je na milost i nemilost prepušten sposobnostima svog branioca. Pojam materijalne istine u primeni stranačkog principa u okviru krivičnog postupka ne igra nikakvu ulogu. To vodi do apatije prema državi. I to ne samo u pogledu optuženog, već i u njegovom socijalnom okruženju i prema svim onim licima, koja prate postupak putem medija, dakle prema građanima¹⁰³ u celini. U takvoj situaciji, brzo se gubi poverenje u pošten ishod postupka. Ako se ima na umu da građani ocenjuju kvalitet pravnog sistema (a time i kvalitet države u celini) u prvom redu na osnovu krivičnih postupaka – pri čemu je jedno od ključnih

¹⁰³Vidi o očekivanjima građana od pravosuđa u oblasti krivičnog prava iz: Milan Skulić, Odnos načela istine, str. 68.

pitanja, koliko im se dotični postupci čine „pravednim“ – onda odgovarajući negativni efekti sporazuma o priznanju krivičnog dela imaju gotovo poražavajuće dejstvo po „imidž“ države. Naime, na taj način značajno može da se uveća apatičan stav prema državi.

4.4. Izlet u istoriju prava u Srbiji

U kontekstu instituta sporazuma o priznanju krivičnog dela, autoru se čini upečatljiv jedan član iz čuvenog Dušanovog zakonika. Reč je o članu 84, u kome se navodi:

84. O kotlu: Suda da nema za kotao, niti ikakva opravdanja, ko se opravdao da ne daje sudijama opravdanja; na sudu da nema ruke ni opravdavanja, ni udave, samo da se sude po zakonu.

To može da se protumači samo na taj način, da „mutne rabote sa pravdom“ (bilo putem podmićivanja bilo putem drugih vidova „dogovaranja“, koja pretpostavljaju protivuslugu optuženog) pred Carom Dušanom verovatno ne bi naišla na milost. Jer po Dušanu pred sudom ne bi trebalo da postoje nikakvi zaobilazni putevi, već bi trebalo da se sudi samo po zakonu (*„samo da se sudi po zakonu“*).

Ovo mesto bi moglo da se smatra i potvrdom o tome, da sporazum o priznanju krivičnog dela, onako kako je danas uređen zakonom o krivičnom postupku u Srbiji, ne poštuje ni tradiciju ni mentalitet „nove domovine“ ovog transplantata.

4.5. Preliminarni rezultat 3

Postoje bitne sumnje u to da sporazum o priznanju krivičnog dela funkcioniše u pravnom prostoru koji nosi tradicionalne kontinentalno-evropske crte. To važi pre svega i iz razloga, što taj institut za pravne praktičare predstavlja promenu sistema. Iako je reč o pravnim profesionalcima koji će

se, makar nakon izvesnog perioda, uhodati u ove novine. Znatno teži su verovatno negativni efekti po stanovništvo, koje će ovakvu „trgovinu sa pravdom“ shvatiti kao još jedan dalji dokaz o neuspehu države, koja prema shvatanju kontinentalno-evropskog sistema i dalje ima obavezu da se stara o svojim građanima.

5. Specifičnosti u vezi sa sporazumom o priznanju krivičnog dela u zemljama u tranziciji

5.1. Uopšteno

5.1.1. U zemljama u tranziciji, nedostaci sporazuma o priznanju krivičnog dela su još veći nego u ostalim kontinentalno-evropskim zemljama

Kada je reč o zemljama u tranziciji, i za njih verovatno takođe važe gore utvrđeni rezultati koji se odnose na kontinentalno-evropske države. Međutim, to važi uz jednu veoma važnu modifikaciju: zemlje u tranziciji se nalaze u dodatno otežanoj situaciji, kojom se gore izloženi problemi čak i dodatno uvećavaju. Oni se odlikuju s jedne strane time, što su praktičari, koji su makar kada je reč o advokatskoj oblasti uglavnom i dalje „generalisti“, a koji istovremeno treba da primene razvojne tendencije u raznim pravnim oblastima, izuzetno opterećeni usled stalnih izmena propisa. Ta okolnost bi zapravo trebalo da ide u korist rešenja da se poboljšanja traže uglavnom u okviru postojeće tradicije, umesto da se putem promena sistema unose dodatni otežavajući efekti. Američki autor *Džon Elster (John Elster)* je u jednom navratu okarakterisao proces tranzicije kao „*rekonstrukciju broda na moru*“ (*Rebuilding the Ship at Sea*).¹⁰⁴ To znači da prilikom

¹⁰⁴Jon Elster, *Rebuilding the Ship at Sea*. Public administration Volume 71, Issue 1-2

takvog procesa svaka „rupa“ i svako narušavanje i promena ravnoteže mogu da imaju fatalne posledice. Sama ova konstatacija bi zapravo morala da govori u prilog tome, da bi broj fundamentalnih promena trebalo ograničiti na one razmere koje su zaista neminovne.

5.1.2. Narušavanje imidža pravosuđa zbog sporazuma o priznanju krivičnog dela, posebno je izraženo u zemljama u tranziciji

Pored toga, zemlje u tranziciji karakteriše i okolnost da njihovi građani uglavnom gaje veliko nepoverenje prema pravosuđu. Pravosuđe se naime neretko smatra produženom rukom političkih elita. I zato bi trebalo izbegavati sve one elemente, koji bi mogli da potkrepe takvu percepciju. A Sporazum o priznanju krivičnog dela ima upravo taj efekat. U angloameričkoj literaturi ne postoje samo kritički radovi na temu sporazuma o priznanju krivičnog dela uopšteno, već se tamo bave i efektima uvođenja sporazuma o priznanju krivičnog dela u zemljama u tranziciji, a među njima i u Bosni i Hercegovini.¹⁰⁵ A u njima se dolazi do zaključka da uvođenje tog pravnog instituta u tim državama ima katastrofalne posledice. Između ostalog, time se potkopava ugled pravosuđa u stanovništvu, koji upravo u zemljama u tranziciji zauzima izuzetno važnu poziciju. Naime, javnost doživljava pregovore o sadržini presuda kao „cenjkanje na pijaci“. U ovom članku se doslovce navodi:

„Sporazum o priznanju krivičnog dela može da doprinese percepciji javnosti o tome da je pravni sistem

March 1993, str. 169ff, na internet-strani: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1993.tb00972.x/abstract>

¹⁰⁵ Alkon, Plea Bargaining as a Legal Transplant.

korumpiran i da njime upravljaju službena lica koja zakon ne obavezuje”.^{106 107}

5.2. Dalja zapažanja o javnoj percepciji pravosuđa i sporazuma o priznanju krivičnog dela

Da su ovakve bojazni opravdane dokazuje pogled u dnevnu štampu raznih zemalja u tranziciji. Bugarska je, na primer, najavila rat mafiji, i u te svrhe je oformila specijalni sud. Takvi potezi bude nadu u stanovništvu. Međutim, sumnje u pitanje, da li će ta nada uspeti da se održi, izazivaju naslovi poput:

„Novi sud za borbu protiv mafije Bugarske zaključio prvi predmet sporazumom o priznanju krivičnog dela”.¹⁰⁸.

U jednom članku Dnevnog Avaza,¹⁰⁹ pod naslovom, u kome se pominje "najveće posljeratne sudjenje u BiH“, daje se izveštaj o jednom postupku, u kome su se između ostalog rešavala pitanja "organizirani kriminal, pet monstruozi ubistava, tri pokušaja ubistava, međunarodnu trgovinu drogom, pranje novaca ...“. Dobar deo ovog izveštaja bavio se time da popiše, koji su optuženi za određene zločine već zaključili sporazume sa sudom. („Do sada su sporazume potpisali optuženi S.D., koji je osuđen na pet godina zatvora, zatim Z. Đ, koji je dobio ...; ovo nabranje se nastavlja u samom izveštaju”).

¹⁰⁶ „Plea bargaining can contribute to a public perception, that the legal system is corrupt and run by officials not bound by the law:

¹⁰⁷ Alkon, Plea Bargaining, S. 355ff, i tamo B 2.

¹⁰⁸U tom smislu novinska agencija Novniti u Sofiji 31. januara 2012, na internet-strani:

<http://www.novinite.com/articles/136243/Bulgaria's+New+Anti-Mafia+Court+Closes+First+Case+with+Plea+Bargain#sthash.guMrCJNP.dpuf>: Bulgaria's New Anti-Mafia Court Closes First Case with Plea Bargain.

¹⁰⁹ Dnevni Avaz „Crna hronika” od 9. avgusta 2011. „Z. T. u centru najvećeg posljeratnog sudjenja u BiH“.

I dalje se navodi u tom članku da je jedan od glavno optuženih, koji to do tada nije učinio,

"zatražio razgovor s Tužilaštvom, sto upućuje da bi i on mogao sklopiti sporazum."

Dakle, optuženi šalje poruku tužiocu, zato što ima nešto da mu ponudi: Kakvu li će sliku o krivičnom postupku ovo stvoriti kod čitaoca novina nakon što je pročitao ovaj članak?¹¹⁰

Sledi još jedan primer. Ako se na pretraživaču Google ukucaju odrednice "Crna Gora i plea bargaining", dolazi se do niza izveštaja iz štampe i saopštenja nevladinih organizacija¹¹¹ u vezi sa sporazumom o priznanju krivičnog dela, koje je zaključio bivši predsednik Srbije i Crne Gore, Svetozar Marović. I u tom slučaju bi kroz izvođenje postupka sigurno isplivalo na javnost poneko pitanje koje bi bilo od opšteg interesa. Osim toga, u takvim slučajevima stvara se utisak u javnosti, da je istaknutim ličnostima lakše da se izvuku od kazne ili da umanje kaznu.

Takvim sporazumima o priznanju krivičnog dela često se samo sprečava utvrđivanje istine.¹¹²

Štaviše: takvim izveštavanjem samo se itekako pojačava utisak, da se ovde ponovo izvodi predstava „Hajde, nije moj, nije tvoj, dogovorićemo se“. (Reč je samo o malobrojnim primerima. Čitaoci ovog priloga će se sigurno setiti sličnih sporazuma o priznanju krivičnog dela iz regiona mimo navedenih.)

¹¹⁰Jedina pozitivna strana na ovom članku jeste, da se ovim izveštavanjem nije postigao negativan uticaj na međuetničke odnose u Bosni, pošto su se među optuženim licima u ovoj grupi zatekli i izvesni Hajrudin, Danijel, Fadil, Milenko, Muamer i Saša.

¹¹¹Na primer: <https://www.occrp.org/en/daily/5243-montenegro-former-president-signs-plea-bargain-admitting-corruption> i <http://www.balkaninsight.com/en/article/montenegro-jails-ex-president-marovic-for-corruption-05-17-2016>

¹¹²Vidi u tom smislu takođe i: Alkon, Post Conflict str. 16.

5.3. Problem izostavljenog rasvetljavanja činjeničnog stanja

Kada je reč o sporazumu o priznanju krivičnog dela, nije problem samo u tome, što ga građanin doživljava kao nepravedan, već i što ne dolazi do razotkrivanja činjeničnog stanja, ali upravo takvo razotkrivanje bi bilo krajnje neophodno u interesu javnosti, na primer zato što je reč o činjenicama, koje su neophodne da bi se ocenili neki postupci u kontekstu savremene istorije. O takvim činjenicama je, na primer, reč, kada je u pitanju prigovor o ratnim zločinima, ili kada se gone političari zbog korupcije ili kada treba da se odluči o istupanjima policije.

Sledi nekoliko primera u tom smislu:

E. B. se nalazi u zatvoru u Zenici zbog četiri ubistva, koje je počinio uoči i nakon ratnih sukoba u vezi sa raspadom Jugoslavije, uključujući i ubistvo rođenog oca („including the murder of his own father“). Sada je optužen zbog krivičnih dela protiv pripadnika druge etničke zajednice u okviru zarobljeničkog logora iz 1992. godine.¹¹³

U ovakvom slučaju nije reč samo o tome, da se kazni učinilac. Velik je broj i onih koji su pogođeni, članova porodica, pripadnika etničkih zajednica, kojima pripadaju žrtve, ali iz raznih razloga i pripadnika etničke zajednice mogućeg učinioca, koji od sudskog postupka očekuju da utvrdi činjenično stanje. Ali upravo se to sprečava primenom sporazuma o priznanju krivičnog dela!

I sama ta okolnost po sebi dovodi do izneveravanja legitimnih očekivanja od pravosuđa. Ali još je gore, kada se čitaju odgovarajući članci u štampi sledeće sadržine:

U toku pretresa održanog u utorak, optuženi E.B. upitao je da li bi predstavljalo problem ako bi hteo da se

¹¹³ Vidi u vezi sa ovim slučajem: <http://www.balkaninsight.com/en/article/edin-buljubasic-seeks-plea-bargain-in-dretelj-trial/1458/5>.

pokrene postupak za zaključenje sporazuma o priznanju krivičnog dela. Rekao je da je poslao pismo tužiteljki Remziji Smailagić, ali da se ona ponela „nemarno”.¹¹⁴„Neshvatljivo mi je njeno ponašanje. Nisam rekao da ću potpisati sporazum o priznanju krivice, ali mogli bismo da pokušamo da se sporazumemo,” izjavio je Buljubašić, žaleći se na rad tužiteljke.¹¹⁵

Pretresno veće izjavilo je da nije upoznato sa pismom koje Buljubašić spominje, ali da svako ima pravo na sporazum o priznanju krivice.¹¹⁶„Drago mi je da to čujem, zato što od samog početka nudim sporazum o priznanju krivice”, odgovorila je tužiteljka Smailagić.¹¹⁷

Čini se da u centru zbivanja ne stoji traganje za istinom ili pravednom kaznom, već način na koji se dolazi do sporazuma. Pri tome, optuženi i tužilac ostavljaju utisak para u poremećenim odnosima, koji je upućen na pomoć trećeg lica, da bi ponovo bili u stanju da razgovaraju jedno sa drugim. I opet mora da se postavi pitanje: Kakav utisak to ostavlja na građane?

U svetlu ovakvih okolnosti moći će da se konstatuje, da je u okviru pružanja podrške oko uvođenja sporazuma o priznanju krivičnog dela prekršeno načelo¹¹⁸ da bi prilikom pružanja pravnog savetovanja u korist država u tranziciji trebalo poći – ne od sopstvenog pravnog okruženja savetnika, već od pravnih i socijalnih faktora na licu mesta. Ako se

¹¹⁴ During the hearing on Tuesday, the defendant, E. B. inquired whether it was a problem if he wanted to enter into a plea bargain. He said that he had sent a letter to the prosecutor, Remzija Smailagic, but that she acted “indolently”

¹¹⁵ “Her behaviour is incomprehensible to me. I did not say I would sign the plea bargain, but we could try and come to an arrangement,” said Buljubasic complaining about the work of the prosecutor.

¹¹⁶ The Trial Chamber said it was not aware of the letter Buljubasic mentioned, but that everyone was entitled to plea bargain.

¹¹⁷ I am glad to hear it because I have been offering plea bargain since day one,” answered the prosecutor Smailagic...

¹¹⁸Vidi u tom smislu: Pürner, Stefan, Der "rote" Osten, str. 445.

zanemari ovo pravilo, onda transplantacija pravnih instituta stranih sopstvenom sistemu može da bude i kontraproduktivna. Naime, u pravnim sistemima, koji do sada nisu poznavali sporazum o priznanju krivičnog dela, ovakav sporazum se često doživljava kao „još jedan dalji vid korupcije ili „institucionalizovani vid mita“.¹¹⁹

5.4. Kontra-proba: Sporazum o priznanju krivičnog dela u zemljama kontinentalne Evrope i u zemljama u tranziciji eventualno manje problematičan, jer nedostaju specifični okvirni uslovi iz SAD?

5.4.1. Pitanje koje treba preispitati

Preuzimanje sporazuma o priznanju krivičnog dela je u raznim zemljama u tranziciji dovelo do amerikanizacije tamošnjih pravnih sistema. S druge strane, postoje značajne razlike između pravnih sistema tih država i SAD. I zato treba razmotriti pitanje, da li možda neke negativne posledice sporazuma o priznanju krivičnog dela upravo i ne treba očekivati u zemljama u tranziciji, zato što tamo nedostaju specifični okvirni uslovi pravnog sistema SAD, koji pogoduju negativnim pojavama sporazuma o priznanju krivičnog dela.

Takvo pitanje se nameće u prvom redu, kada je reč o poziciji tužilaštva, o efektima Smernica za odmeravanje kazni ali i o nedostatku advokatskog savetovanja, koji su predmet gore navedenih odluka Vrhovnog suda u SAD.

¹¹⁹Alkon, str. 365

5.4.2 Situacija u kojoj se nalaze tužioci u zemljama u tranziciji

Na gornjem mestu je istaknuto, da neželjeni efekti sporazuma o priznanju krivičnog dela u SAD vuku koren iz zloupotrebe vlasti od strane tužilaca. Situacija u kojoj se nalaze tužioci u kontinentalnoj Evropi je, međutim, drugačija od one u kojoj se nalaze u SAD (u tom smislu se tužioci u SAD uglavnom biraju na tu funkciju).

I zato bi trebalo razmisliti, da li možda u svetlu tih okolnosti u državama u tranziciji postoji manji rizik od zloupotrebe sporazuma o priznanju krivičnog dela. Međutim, izgleda da to nije slučaj. Jer su tužioci u zemljama u tranziciji iz drugih razloga izloženi iskušenju da pribegnu ekstenzivnoj primeni sporazuma o priznanju krivičnog dela. Uzrok u tom smislu krije se u velikom pritisku da se smanji broj nerešenih predmeta i da se ubrzaju postupci.

5.4.3. Nedostatak Smernica za odmeravanje kazni

Još jedna dalja razlika između SAD i kontinentalne Evropa nalazi se u okolnosti, što u Evropi ne postoje nikakve Smernice za odmeravanje kazni, kojima se – kao što je to istaknuto na gornjem mestu – jača pozicija tužilaštva prilikom pregovora oko sporazuma o priznanju krivičnog dela na štetu optuženog lica. Međutim, sama ta okolnost ne bi mogla da proizvede takvu razliku čiji bi efekat bio isključenje ili umanjenje opasnosti od gore opisanih negativnih posledica sporazuma o priznanju krivičnog dela.¹²⁰

S jedne strane, kada je reč o Smernicama za odmeravanje kazne, reč je samo o jednom od brojnih faktora. S

¹²⁰U tom smislu verovatno treba shvatiti Bajović, Vanja, str. 179ff, i tamo nastr. 191

druge strane, primer Makedonije¹²¹, gde je u međuvremenu donesen Zakon o odmeravanju kazne, koji očigledno ima sličnu funkciju kao i Smernice za odmeravanje kazne u SAD, pokazuje, da amerikanizacija krivičnog prava putem uvođenja stranačkog principa i sporazuma o priznanju krivičnog dela ne mora nužno da bude i okončana. Pomenuti transplantati iz pravnog sistema SAD očitó mogu da otvore vrata i za dalja slična preuzimanja drugih instituta iz američkog prava.¹²²

5.4.4. Greške advokata („bad lawyering“) kod sporazuma o priznanju krivičnog dela

Iskustva iz SAD pokazuju da sporazum o priznanju krivičnog dela u toj zemlji, u prvom redu usled propusta prilikom zastupanja od strane advokata, neretko za optužene dovodi do negativnih posledica. I ovde je reč o opasnosti koja je u zemljama u tranziciji pre veća nego što bi mogla da bude

¹²¹ Pripremni rad za izradu ovog zakona verovatno predstavlja studija izrađena po nalogu OEBS: An Analysis of Macedonian Sentencing Policy and Recommendations for Future Directions: Towards a more uniform system, Skopje 2012, na internet-adresi: [http://www.jpacademy.gov.mk/upload/PDF%20Files/ENG%20Final%20Sentencing%20Policy%20\(for_web\).pdf](http://www.jpacademy.gov.mk/upload/PDF%20Files/ENG%20Final%20Sentencing%20Policy%20(for_web).pdf).

Autor ove studije je Lydia Brashear Tiede, koja svoje težište rada bazira inače očitó u većoj meri na pravnom sistemu SAD i na pravnom sistemu Južne Amerike, vidi u tom smislu: https://www.researchgate.net/profile/Lydia_Tiede/publications. Samo uzgred neka bude napomenuto, da se OEBS, po čijem nalogu je ovde izvršeno propagiranje u korist Smernica za odmeravanje kazne, uglavnom sastoji od predstavnika država koje pripadaju ili su bliske pravnom krugu kontinentalne Evrope. U vezi sa zahtevom za „većim stepenom uniformisanosti sistema“ u naslovu te studije se podseća, da u skladu sa pristupom kontinentalnoevropskog sistema zapravo postoji institut koji ima za cilj odmeravanja individualizovane kazne, vidi s tim u vezi na primer: Bajović, Vanja., str. 179ff, a tamo na str. 190; („Individualizacijapredstavlja svojevrzni imperativ kriminalne politike“). U tom smislu pristup o uniformisanom odmeravanju kazne će morati da se shvati kao promašen.

¹²²Ostaje da se vidi da li će u nekom trenutku strani savetnici iz oblasti angloameričkog prava podsticati proces uvođenja postupaka pred porotom u zemljama u tranziciji.

manja. I na kraju krajeva, greške advokata se u SAD u vezi sa sporazumima o priznanju krivičnog dela potkradaju advokatima, koji su u takvom sistemu i obučavani i socijalizovani. Stoga bi opasnost od grešaka morala da bude još veća kod onih advokata, koji su obrazovani u sasvim drugačijem sistemu.

5.4.5. Rezultat kontra-probe

Ni nedostatak specifičnih okvirnih uslova iz SAD ne dovodi do toga, da se umanju opasnost od negativnih posledica sporazuma o priznanju krivičnog dela u zemljama u tranziciji. Naprotiv: Na mesto specifičnih okolnosti, karakterističnih za SAD, u zemljama u tranziciji pojavljuju se takve okolnosti, koje najmanje u jednakoj meri – ako ne čak i u većoj meri – mogu da dovedu do gore opisanih negativnih posledica sporazuma o priznanju krivičnog dela.

Zaključak

Bilo bi poželjno, ako bi se ubuduće pre preuzimanja transplantata sproveda analiza efekata propisa. Ona bi naravno trebala da obuhvata i gore navedene korake provere, koji bi naravno morali još detaljnije da se definišu. Samo bi takav način postupanja bio *lege artis* i u skladu sa naučnim zahtevima. Izraz „naučno“ bi u tom kontekstu trebalo shvatiti ne samo u smislu „u skladu sa pravnom naukom“. Pravo je uvek podjednako i nauka u društvenom okruženju. I zato pri tome nije samo reč o tehničkoj izvodljivosti, već i o „mekim faktorima“, ako što su mentalitet i otvorenost za prihvatanje od strane pravnih praktičara ali i građana uopšteno.

Brži krivični postupci ne predstavljaju vrednost samu po sebi. U krivičnim postupcima je takođe reč o pravdi kao „državnom postignuću“, a građani imaju veoma razvijen osećaj za ovo pitanje. Država koja po tom pitanju odbija da preuzme

svoju odgovornost razočarava svoje građane. I time podstiče apatičan odnos prema državi i demokratiji. Iako je možda putem sporazuma o priznanju krivičnog dela brzo okončan postupak protiv neke „poznate ličnosti“ iz razloga efikasnosti rešenje koje i može da se zagovara. Ipak, čini se da su dugoročno posmatrano važniji negativni utisci koje stižu građani, koji upravo u takvim postupcima očekuju da sud donese odluku i da ih opširno obavesti o razjašnjenom činjeničnom stanju.

Građani su veoma osetljivi na takva pitanja. Na to ukazuje i karikatura koju je autor ovog priloga pre nekoliko meseci ugledao u nekom časopisu (verovatno u Crnogorskom NIN-u): na njoj dva razbojnika ili provalnika na zidu zgrade banke sa napetim držanjem tela iščekuju pravi trenutak da deluju. Nose maske na licima i u rukama džakove, koje nameravaju da napune novcem. Jedan od njih dvojice se očito jako znoji, dok se drugi opušteno smeška i pokazuje na putokaz sa natpisom „Tužilac“ koji se nalazi iznad te zgrade. A pri tome smiruje svog saučesnika rečima: *Ako nas uhvate, samo se dogovorimo.*

I ova karikatura može da posluži kao dokaz, da je usled sporazuma o priznanju krivičnog dela pravosuđe već pretrpelo oštećenje imidža.

Naspram nedostataka sporazuma o priznanju krivičnog dela, uglavnom stoji (pretpostavljena) prednost: a to je prednost uštede novca. Možda su sporazumi o priznanju krivičnog dela jeftinije rešenje, ali da li je to zaista i srazmerno povoljnije rešenje, ipak može da ostane sporno obzirom na nedostatke, koji finansijski ne mogu tako lako da se izraze u novčanim vrednostima.

Pored toga, ušteda troškova upravo u oblastima poput pravosuđa ne sme da predstavlja opšte merilo. Pravni sistem, isto kao i sistem zdravstvenog staranja, spadaju u ključne obaveze države. Propuste iz ove dve oblasti, građani u posebnoj meri zameraju državi i njenim organima. A država mora sebi

da postavi pitanje, kako može da očekuje da građani učine nešto za nju, ako ih ona u tako važim oblastima prepušta samima sebi.

U kontinentalnoj Evropi se ne govori o „vladavini prava“, već o „pravnoj državi/Rechtsstaat/Etat de droit/Retsstaat/Stato di diritto/pravny stat/pravni stat“. Ovde nije reč samo o terminološkoj razlici, već se tim izrazima izražavaju i različita očekivanja. U ovom slučaju je reč o tome, da u okviru krivičnog prava država (posredstvom suda) traži, utvrđuje i izriče pravo. Prema tome, sa time nisu spojivi instituti poput sporazuma o priznanju krivičnog dela ali ni stranački princip.

Prof. dr Vesna RATKOVIĆ¹

NASILJE NAD ŽENAMA principi i izazovi

U današnjim uslovima nasilje uopšte i njegovi mnogobrojni pojavi oblici predstavljaju dio savremenih globalnih problema, koji po pravilu nose visok stepen opasnosti za ljudska prava pojedinca, ali često predstavljaju opasnost na nacionalnom i globalnom nivou. Po pravilu, prve reaguju najznačajnije međunarodne ili regionalne organizacije, koje preko međunarodnih konvencija nastoje da utvrde i definišu određene principe na kojima će se zasnivati nacionalna zakonodavstva država potpisnica međunarodnih dokumenta, uz definisanje preventivnih i drugih sredstava i mjera za spriječavanje i suzbijanje različitih pojava nasilja. Usvajanjem međunarodno dogovorenih principa i pravila, države potpisnice se obavezuju da svoja nacionalna zakonodavstva harmonizuju sa unifikovanim pravilima iz međunarodnih dokumenta, kao i da obezbijede njihovu efikasnu i djelotvornu primjenu.

Djelotvorna primjena ovih međunarodno dogovorenih principa, protiv svih vrsta nasilja, pa i nasilja nad ženama treba da doprinese reakciji država na problem nasilja, s obzirom na činjenicu da je reakcija država i društava na nasilje nad ženama i nasilje u porodici i dalje nejednaka, a u savremenim uslovima tolerancije na ove vrste nasilja ne bi trebalo da bude, princip tzv, “nulte” tolerancije. Međutim, paradoksalno ili ne, zadnjih nekoliko mjeseci, tokom trajanja pandemije virusa korona, na globalnom planu, pa i u

¹ Profesor na Pravnom fakultetu, Univerzitet “Mediterran”

zemljama regiona i kod nas bilježi se porast broja slučajeva nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Reakcije i preporuke najvećih međunarodnih organizacija na porast nasilja u uslovima pandemije bile su promptne i odgovarajuće,² a aktivnosti državnih organa i civilnog sektora kod nas, takođe nijesu izostale.³

Na globalnom nivou Ujedinjene nacije (UN) i Savjet Evrope (SE) priznate su kao najuticajnije organizacije, koje su polazeći od problematike nasilja nad ženama i nasilja u porodici usvojile dokumenta sa najvišim standardima koja tretiraju ovu vrstu problema kao kršenje ljudskih prava i diskriminaciju žena. Kao veoma značajan dio navedenih međunarodnih dokumenata, nalaze se i odredbe o obavezama efikasne i kvalitetne pravne zaštite žena žrtava nasilja i zaštite žrtava nasilja u porodici, koje zahtijevaju od država obveznica, uključujući i Crnu Goru, jačanje sistema i veće dostupnosti besplatne pravne pomoći i podrške žrtvama nasilja u pravosudnim organima. Takođe, od izuzetnog značaja za efikasno postupanje i zaštitu žrtava od nasilja, pored odvrćajućih i djelotvornih sankcija zahtijeva se i izdavanje i sprovođenje zaštitnih mjera (krivično i prekršajno pravo), kao i primjena principa „*due diligence*“– dužna ili osobita pažnja državnih organa u procesuiranju slučajeva nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

U ovom tekstu daje se osvrt na neke principe koji se odnose na zaštitu žena od nasilja imajući u vidu: pravo na pravnu pomoć, mjere bezbjednosti i zaštitne mjere, obavezu državnih organa da postupaju sa dužnom ili osobitom pažnjom

² www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio Informacije o inicijativama, praksi, izjavama i smjernicama o pravima žena tokom pandemije COVID-19 koje su preduzele države članice Saveta Evrope, njena tijela, međunarodne organizacije i NVO-e kako bi analizirali i ublažili uticaj trenutne pandemije na prava žena.

³ Kampanja #Bezbjedna Doma za žene žrtve nasilja u porodici, pokrenuta od strane MUP-a, UP-e i pet NVO-a.

u otkrivanju, procesuiranju i sankcionisanju slučajeva nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Navedeni principi povezani su i često međusobno uslovljeni i od posebnog su značaja za ravnopravan pristup pravosuđu i efikasnu zaštitu žrtva nasilja.

Izrazi upotrijebljeni u ovom tekstu za fizička lica u muškom rodu, treba razumjeti tako da pokrivaju iste izraze u ženskom rodu.

Besplatna pravna pomoć

Polazeći od sve izraženije savremene problematike nasilja nad ženama i nasilja u porodici UN i SE usvojili su konvencije koje nasilje nad ženama smatraju kršenjem ljudskih prava i diskriminacijom žena. Navedene konvencije, sadrže i odredbe o obavezama efikasne i kvalitetne pravne zaštite žena žrtava nasilja i zaštite žrtava nasilja u porodici, koje zahtijevaju od država potpisnica jačanje sistema i veću dostupnost besplatne pravne pomoći, kao i djelotvorniju podršku žrtvama nasilja od strane državnih i pravosudnih organa. U sprovođenju obaveza iz navedenih konvencija, poštovanje i zaštita ljudskih prava jamči se kroz ravnopravan pristup pravosuđu, koji je posebno otežan ženama zbog rodne neravnopravnosti i stereotipa koji postoje u i našem društvu: stid, nedostatak informacija, siromaštvo, običaji.

Univerzalna deklaracija UN o ljudskim pravima⁴ osnov je i izvorište za brojne međunarodne konvencije koje su kasnije uslijedile: 1979. g. protiv diskriminacije žena; 1984. g. protiv mučenja; 1990. g. o pravima djeteta, i dr. Usvajanju navedenih dokumenata i početku njihove uspješne primjene značajno su doprinijeli prepoznatljivost i agilnost međunarodnih ženskih pokreta 70-tih godina zalažući se za ravnopravnost polova, aktivnosti UN, Dekada za žene (1975-1985) i dr. Izuzetno

⁴ Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine UN 217 (III) decembra 1948. g.

važan rezultat ovih zalaganja predstavlja postignuta saglasnost da: "rodna ravnopravnost predstavlja optimalni pristup zaštite žena od nasilja",⁵ kao i da nasilje nad ženama predstavlja kršenje ljudskih prava. Konvencija UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena⁶ sadrži navedene principe, koji su kasnije prenijeti u brojne druge međunarodne dokumente. Ova konvencija i danas predstavlja osnov koji su slijedile brojne druge konvencije za ostvarivanje ženskih prava sa obavezujućim sadržajem. Konvencija zabranjuje direktnu i indirektnu diskriminaciju žene po osnovu biološkog pola i namijenjene joj uloge, uključujući i položaj u porodici (član 1); indirektno ukazuje na moguće višestruke diskriminacije žena (pripadnost etničkoj grupi, starost, zdravstveno stanje, dr); određuje ravnopravnost, jednak tretman i izjednačavanje žena sa muškarcima u formalnom zakonskom smislu, ali i u suštinskom, jer pri sprovođenju i uživanju ljudskih prava, žene moraju stvarno biti ravnopravne sa muškarcima i imati jednake šanse (čl. 2, 44 i 24).

Na osnovu člana 17. Konvencije djeluje Komitet za eliminisanje diskriminacije žena, radi praćenja napretka ostvarenog u primjeni Konvencije od 1982 g. Komitet prati primjenu Konvencije razmatrajući izvještaje koje mu države obveznice podnose četvorogodišnje, dok u "Zaključnom komentaru" ukazuje na pozitivne i negativne aspekte u sprovođenju Konvencije i upućuje preporuke za preduzimanje potrebnih mjera. U slučaju nesprovođenja preporuka, Komitet izriče opomenu, jer nema mogućnosti sankcionisanja. Međutim, izvještaji i "Zaključni komentar" javno se objavljuju i

⁵ S. Engle Merry, Gender violence and the CEDOW Process, Translating international law into local justice, Chicago, London, University of Chicago Press, 2006, p. 72.

⁶ Konvencija UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, 1979, stupila na snagu 1981. g. Zaštita prava koja su garantovana Konvencijom ojačana su usvajanjem Fakultativnog protokola uz Konvenciju (2000), uz nadzor i zaštitu Konvencijskih prava od strane Komiteta za eliminisanje diskriminacije žena (CEDOW).

prevode na nacionalni jezik, a države ih koriste kao putokaz za svoje dalje aktivnosti, ali i civilni sektor i relevantne međunarodne organizacije kao sredstvo pritiska za efikasnije djelovanje na državne organe, radi eliminisanja diskriminacije nad ženama.

Ratifikujući Konvenciju, Crna Gora je donijela niz novih zakona i mjera, sa ciljem ostvarivanja principa rodne jednakosti, prevencije i zaštite žena od nasilja i već duži period je u procesu evaluacije od strane UN CEDOW-a. U preporukama, Komitet, pored ostaloga, apeluje na državu da: “1) Osigura da se sve prijave za nasilje u porodici i protiv polne slobode nad ženama i djevojčicama efikasno istraže i da se učionici kažnjavaju u skladu sa težinom zločina...” Poslije dvije godine uslijedila su Zaključna zapažanja Komiteta o Drugom periodičnom izvještaju Crne Gore⁷, gdje je u dijelu Pozitivnih aspekata pozdravljen napredak, koji se između ostaloga odnosi i na: b) Izmjenu i dopuni Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (2015) koje omogućavaju preživjelim žrtvama nasilja u porodici da dobiju besplatnu pravnu pomoć.”

U dijelu Izvještaja, Rodno zasnovano nasilje nad ženama, Komitet pozdravlja: “uspostavljanje kancelarija za besplatnu pravnu pomoć pri svakom prvostepenom sudu države članice.”, uz istovremenu zabrinjavajuće konstatacije koje se odnose na problem u ostvarenju pristupa pravdi žrtava, a koje se odnose na: ... b) diskriminatorne stavove i/ili pasivnost prema žrtvama od strane sudija, tužilaca, policije i drugih službenika za sprovođenje zakona koji često daju prioritet pomirenju nad krivičnim gonjenjem, radi očuvanja porodice i smatraju nasilje u porodici privatnim pitanjem; ... d) blaže osude za počinioce rodno zasnovanog nasilja nad ženama uprkos nedavnoj odluci Sudskog savjeta da se sprovede strožije osude; ... e) odbijanje žrtava da prijavljuju rodno

⁷ www.gov.me Drugi periodični izvještaj Crne Gore (CEDAW/C/MNE/2) na svojim sastancima 1512 i 1513 (CEDAW/C/SR.1512 i 1513), održanim 11. jula 2017. g.

zasnovano nasilje nad ženama zbog stigme i društvenog prihvatanja porodičnog nasilja, njihovo ograničeno znanje o tome kako pristupiti zaštiti i servisima kada su dostupni, kao i ograničeni broj skloništa;...”

Komitet je pozdravio donošenje unaprijeđenih zakonskih rješenja, ali je uputio i ozbiljne primjedbe koje se odnose na efikasnost sprovođenja relevantnih zakona uopšte, pa i izmjena i dopuna Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, što potvrđuje i višegodišnja praksa da se u malom broju slučajeva koristi besplatna pravna pomoć od strane žena žrtva nasilja, ili žrtvava porodičnog nasilja.⁸ Navedeno je posljedica neinformisanosti žrtava o mogućnosti korišćenja ovoga za njih značajnog prava, koje bi ih moglo ohrabriti da prijave nasilje i aktivno učestvuju u sudskim postupcima, jer pravo na besplatnu pravnu pomoć država omogućava osobama koje nemaju dovoljno sredstava da sami obezbijede stručno pravno zastupanje u sudskim postupcima i troškove postupka.

SE je vodeća organizacija za promociju i zaštitu ljudskih prava u Evropi, koja preduzima inicijative za unaprijeđenje zaštite žena od nasilja i nastoji da razvije zajedničke demokratske i pravne principe, primjenjujući Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Konvenciju o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici i brojne druge konvencije i preporuke.⁹

Od 1990-ih, SE je aktivno promovisao zaštitu žena i djevojaka od rodno zasnovanog nasilja, koje su definisane Strategijom 2018-2023, kroz šest strateških ciljeva: “prevencija i borba protiv rodni stereotipa i seksizma; prevencija i borba protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici; jamčenje

⁸www.pravda.me Analize odobrenih slučajeva besplatne pravne pomoći...; www.sospodgorica.me grupa autora: Besplatna pravna pomoć za žrtve nasilja, Podgorica 2019, str. 15 i 16.

⁹AP o sistemima pravne pomoći Evropskog komiteta za pravnu saradnju (2002), naglašava važnost podizanja javne svijesti o besplatnoj pravnoj pomoći; o postupanju suda i drugim pravnim uslugama za građane korišćenjem novih tehnologija, Br.R.3. (2011), i dr.

jednakog pristupa žena pravosuđu; postizanje uravnoteženog učešća žena i muškaraca u političkom i javnom odlučivanju; zaštita prava žena i djevojčica migrantica, izbjeglica i tražiteljica azila i postizanje rodne ravnopravnosti u svim politikama i mjerama koje se sprovode.”

Kao što proizilazi iz trećeg cilja, pristup pravosuđu predstavlja ljudsko pravo i sastavni dio promovisanja vladavine prava i demokratskih vrijednosti u Evropi. Ravnopravan pristup pravosuđu podrazumijeva pravo na djelotvoran pravni lijek, pravo na pravično suđenje, pravo na ravnopravan pristup sudovima, kao i pravo na pravnu pomoć i pravno zastupanje. Zbog toga je od izuzetnog značaja da se ženama žrtvama nasilja obezbijedi ravnopravan pristup pravosuđu kao jednom od faktora koji obezbjeđuju rodnu ravnopravnost. U Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i slobodama (EKLJPS)¹⁰ član 6, stav 3 sadrži pravo na pravično suđenje, kojim se garantuje pravo na pravnu pomoć, kao i članom 57 Konvencije SE o spriječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici „Istanbulska“ konvencija (IK).¹¹

EKLJPS je osnovni pravni instrument zaštite ljudskih prava SE i jedan od najznačajnijih međunarodnih instrumenata za uspostavljanje vladavine prava, demokratiju i zaštitu ljudskih prava. Sadržaj i obuhvat ljudskih prava u konvenciji su veoma kompleksni, ali pored ostalih sadrži i pravo na pravnu pomoć u krivičnim postupcima- član 6, stav 3.¹²

¹⁰ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda, bazični pravni instrument zaštite ljudskih prava SE, 1950 u Rimu, stupila je na snagu 1953. g; kasnije usvojeno i 14 protokola kojima su uređena nova prava ili mehanizmi za sprovođenje Konvencije.

¹¹ “Sl. list Crne Gore- međunarodni ugovori“, broj 4/2013, 20. mart 2013, Konvencija stupila na snagu 2014. g.

¹² Konvencija ne govori o pravu na besplatnu pravnu pomoć u građanskim stvarima, ali se za korišćenje ovoga prava primjenjuje praksa ESLJP, koji npr. u predmetu Airey&Irske govori o obavezi država potpisnica Konvencije da osiguraju besplatnu pravnu pomoć i u građanskim postupcima.

IK sadrži najsveobuhvatnije i obavezujuće standarde za sprječavanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici, uključujući zaštitu žrtava i kažnjavanje izvršilaca, tzv. "zlatni" standard. Smatra se osnovom za kreiranje savremenog zakonodavstva u oblasti promocije i zaštite ljudskih prava, jer sadrži principe za sprječavanje, procesuiranje i kažnjavanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Kako bi se pratilo sprovođenje obaveza iz konvencije, Komitet ministara SE osnovao je 2015. g. nadzorno ekspertsko tijelo GREVIO¹³, koje sistemom pojedinačne evaluacije država usvaja Prvi (osnovni) izvještaj koji sadrži preporuke i predlog mjera koje se tiču usklađenosti zakonodavstva i djelotvorne prakse u svim oblastima na koje se konvencija odnosi. Ovaj proces počeo je marta 2016. g, a GREVIO izvještaj za Crnu Goru objavljen je 28. januara 2019. g.¹⁴ Inače, GREVIO svoje izvještaje dostavlja državi na koju se odnosi izvještaj i Komitetu ministara SE, radi potvrđivanja izvještaja (svi potvrđeni). Na taj način u procesu monitoringa sprovođenja ove konvencije i izrade izvještaja i preporuka učestvuje GREVIO kao stručno i Komitet ministara kao političko tijelo, te se djelovanjem oba mehanizma obezbijeduje obaveznost postupanja po preporukama i kontrola u sprovođenju obaveza iz Konvencije.

Crna Gora je usklađivanje sa obavezama iz ove Konvencije, započela donošenjem novih zakona, izmjenama i dopunama KZ, ZKP, Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, kao i odgovarajućih podzakonskih akata (protokol i dr), donošenjem strateških dokumenata, akcionih planova. Prema standardima Konvencije nasilje nad ženama i nasilje u porodici su kažnjive radnje koje zahtijevaju kažnjavanje efektivnim, proporcionalnim i odvraćajućim sankcijama, imajući u vidu težinu preduzetih kažnjivih radnji (čl. 45). Vršenje ovih radnji

¹³ GREVIO, nadzorno tijelo SE sačinjeno od 15 nezavisnih eksperata; Prof. dr Vesna Ratković, članka GREVIO u prvom mandatu 2015-2019. g.

¹⁴ www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio/Evaluation

u javnosti ili privatno predstavlja grubo kršenje osnovnih ljudskih prava. Ovakav princip prihvaćen je i primjenjuje se u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima Evropskih država, pa i kod nas.

Da bi ženama koje su žrtve nasilja i žrtvama nasilja u porodici bio olakšan pristup pravdi i da bi postupci pred sudom bili efikasniji, Konvencija obavezuje države da obezbijede žrtvama pravo na pravni savjet i besplatnu pravnu pomoć, pod uslovima koje propisuje njihovo nacionalno zakonodavstvo (član 57), kao i da država obezbijedi: "... mogućnost za vladine i nevadine organizacije i savjetnike u oblasti nasilja u porodici, da pomognu i/ili daju podršku žrtvama, na njihov zahtjev, tokom istrage u vezi sa krivičnim djelima iz ove Konvencije." Član 55, stav 2 IK.

U GREVIO izvještaju za Crnu Goru i Preporukama Komiteta ministara istaknut je sveukupni napredak u kreiranju zakonodavnog, političkog i institucionalnog okvira za spriječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama, kao i važnost novih zakona, akcionih planova i strategija, koji se većinom odnose na problem nasilja u porodici, ali nedovoljno na ostale oblike nasilja nad ženama: prisilni brak, silovanje, proganjanje i dr. Izvještaj ukazuje i na strukturne probleme: predrasude prema ženama žrtvama nasilja, pokušaji umanjenja ozbiljnosti takve vrste nasilja, "guranje" žrtava u medijaciju, dugo trajanje sudskog postupka, slaba primjena zaštitnih mjera, kao i na niz prioriternih pitanja koje treba preduzeti radi potpunog usklađivanja sa odredbama iz Konvencije: "osigurati pristup besplatnoj pravnoj pomoći žrtvama svih oblika nasilja nad ženama kao što je predviđeno u Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći, posebno preduzimajući proaktivne mjere kako bi se osbezbijedilo informisanje žrtava o ovom pravu" (paragraf 248 Izvještaja GREVIO). Istovremeno u Preporukama Komiteta ministara u poglavlju A. dato je 15 preporuka koje proizilaze iz GREVIO izvještaja i zahtijevaju hitno reagovanje, među kojima je i preporuka, koja se odnosi na osiguranje pristupa pravnoj

pomoći, koja je već prethodno citirana. Dakle, neophodno je, pored dobrog zakonodavnog regulisanja, preduzimati proaktivne mjere, kako bi žrtve bile informisane o njihovom pravu na besplatnu pravnu pomoć, te bile u prilici da uspješno koriste ovo pravo i aktivno učestvuju u sudskim postupcima koji se vode protiv nasilnika.

Zbog različitosti pravnih sistema i nejednake ekonomske moći država, ostavljeno je državama obveznicama da same odrede sadržaj i obim ovih prava. Ustav Crne Gore propisuje da se prava i slobode ostvaruju na osnovu Ustava i potvrđenih međunarodnih sporazuma, da svako ima pravo na pravnu pomoć (član 20, stav 2), te da pravnu pomoć pruža advokatura, kao nezavisna i samostalna profesija, i druge službe, kao i da pravna pomoć može biti besplatna, u skladu sa zakonom (član 21). Uslovi i način korišćenja prava na besplatnu pravnu pomoć definisani su Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći.¹⁵ kojim se obezbjeđuje, pored ostalog, da i žrtve krivičnog djela nasilje u porodici i porodičnoj zajednici mogu koristiti besplatnu pravnu pomoć (pravno savjetovanje, sastavljanje pismena, zastupanje), ali ne i žrtve nasilja u porodici prema Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici, koji ima prekršajne kazne. Zbog navedenih i drugih nedostataka, primjena Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći je bila minimalna, iako su u svim osnovnim sudovima osnovane službe ili referati besplatne pravne pomoći, a kroz javne kampanje i komunikaciju sa civilnim sektorom građani informisani o zakonskim mogućnostima korišćenja besplatne pravne pomoći.

Zakon je unaprijeđen,¹⁶ proširenjem privilegovanih korisnika prava na korišćenje besplatne pravne pomoći za žrtve nasilja u porodici, u skladu sa zakonom kojim se uređuje

¹⁵Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, „Sl. list Crne Gore“, br. 20/11 i prateća podzakonska akta.

¹⁶ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, „Sl. list Crne Gore“, br. 20/11 i 20/15.

prekršajna zaštita od nasilja u porodici (partneri i bivši partneri su obuhvaćeni). Korišćenje prava na besplatnu pravnu pomoć može se ostvariti i u postupcima pokrenutim kod javnih izvršitelja. Sudovi na internet stranicama imaju linkove o besplatnoj pravnoj pomoći, kao i brošure o načinu ostvarivanja ovoga prava. Besplatnu pravnu pomoć odobrava predsjednik osnovnog suda ili sudija koga on ovlasti na čijem području podnosilac zahtjeva ima prebivalište ili boravište.

Pravo na pristup sudu mora biti suštinsko, što znači da je neophodno informisati građane o postojanju ovoga prava, a posebno žrtve nasilja što je preuslov da bi se ova zakonska mogućnost koristila u praksi. Za sprovođenje Zakona nadležno je Ministarstvo pravde, koje prema AP-u za pregovaračko poglavlje 23, objavljuje Analizu slučajeva besplatne pravne pomoći i potrebnih sredstava¹⁷ od 2014. g. Analize pokazuju da je za prvih devet mjeseci 2014. kod sudova, usvojeno 415 zahtjeva za besplatnu pravnu pomoć, 15 se odnosilo na žrtve nasilja u porodici 4%; u istom periodu 2016. usvojeno je 446 zahtjeva, od čega za 27 žrtava krivičnog djela nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici i trgovini ljudima, 6%; 2017.¹⁸ usvojenih zahtjeva za pružanje besplatne pravne pomoći bilo je 454, od čega 37 ili 10,5 % odnosilo se na žrtve krivičnog djela nasilje u porodici ili u porodičnoj zajednici i trgovinu ljudima; 2018. od 472 odobrena zahtjeva za besplatnu pravnu pomoć, 28 se odnosilo na žrtve krivičnih djela nasilje u porodici i trgovina ljudima ili 7,1%.¹⁹ Dakle, analize pokazuju blagi trend povećanja broja zahtjeva za besplatnu pravnu pomoć pri osnovnim sudovima, i to poslije unaprijeđenja zakonskih rješenja, ali i krajnje zabrinjavajući podatak da je broj

¹⁷www.pravda.me, Analiza odobrenih slučajeva besplatne pravne pomoći potrebnih sredstava za funkcionisanje na godišnjem nivou (januar-oktobar) 2018; opredijeljeno 145.778,23€, a do 8. oktobra 2018. g. utrošeno 153.729,68€.

¹⁸<http://www.pravda.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rid=233028&rType=2&file=ANALIZA%20BPP%202015.%20-%20FINAL.pdf>.

¹⁹ Ibid, Analiza

korisnika besplatne pravne pomoći od strane žrtava krivičnog djela nasilja u porodici gotovo isti 2016. g. (27 - 6%) i 2018. g. (28 - 7,1%). Takođe, mogućnost vođenja upravnog spora u zahtjevima za besplatnu pravnu pomoć koristi se u zanemarljivo malom broju slučajeva, 2018, jedan, a za prethodne godine ukupno tri zahtjeva. Navedeno, i pored svih kampanja koje su organizovane u cilju promovisanja prava žrtava nasilja na besplatnu pravnu pomoć. Navedene Analize ne sadrže podatke o pružanju besplatne pravne pomoći iz prekršajnih sudova, a koji imaju daleko veći broj predmeta nego što ima krivičnih predmeta iz ove oblasti nasilja.

Od 2017. g, službe za podršku oštećenih/svjedoka obuhvataju i prekršajna djela nasilja u porodici u sudovima za prekršaje u: Budvi, Podgorici, Bijelom Polju i Viši sud za prekršaje Crne Gore. U svim navedenim sudovima postoje Službe za podršku žrtvama svjedocima, ali postojanje ove službe nije u dovoljnoj mjeri promovisano od strane sudova niti drugih institucija. „Ono što posebno zabrinjava je neinformisanost sudija o postojanju navedenih službi, kao i needukovanost zaposlenih u okviru službi za zaštitu svjedoka/oštećenih, tako i u pogledu fenomena nasilja u porodici.“²⁰

Brojni su organi i institucije koji su nadležni za prevenciju, prijavu, postupanje, procesuiranje i sankcionisanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koji treba u narednom periodu da daju mnogo veći doprinos kada je riječ o informisanju žrtava nasilja o mogućnosti korišćenja besplatne pravne pomoći. Zbog prioritete potrebe da žrtva bude zaštićena i uključenosti velikog broja nadležnih subjekata, koordinacija, saradnja i hitnost u postupanju od prioritete je važnosti. Zbog toga je informisanje žrtava o njihovim pravima, uključujući i pravo na besplatnu pravnu pomoć, od izuzetnog značaja, što za žrtvu može značiti dodatno

²⁰ www.sospodgorica.org

o hrabrenje da aktivno učestvuje u postupku i doprinese efikasnoj i kvalitetnoj odluci suda. Međutim, "...službenici institucija relevantnih za rješavanje problema nasilja u porodici koji ne pripadaju pravosudnom sistemu, ne raspolažu adekvatnim informacijama o mogućnostima besplatne pravne pomoći, kao ni o službama za zaštitu svjedoka/oštećenih na nivou sudova (više od 80% klijentica SOS telefona nijesu bile obaviještene o postojećim servisima, a 100% od 780 intervjuisanih stručnjaka zaposlenih u policijskim i socijalnim službama nijesu imali informaciju o postojanju službe za zaštitu svjedoka/oštećenih)."²¹

Mjere bezbjednosti i zaštitne mjere

S obzirom da različiti oblici nasilja nad ženama i nasilja u porodici podrazumijevaju krivično djelo ili prekršaj, IK sadrži osam krivičnih djela (čl: 33-41)²², a od država članica se traži usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa ovim odredbama IK. Krivični zakonik Crne Gore,²³ u dvije posljednje izmjene i dopune, pored ostaloga, izvršio je usklađivanje sadržaja i elementa relevantnih krivičnih djela sa odredbama IK, ali ne u potpunosti, što bi trebalo po preporuci GREVIO da bude učinjeno u sledećoj noveli KZ CG. Pored specifičnih krivičnih djela IK zahtijeva da propisane i izrečene sankcije budu djelotvorne, srazmjerne i odvraćajuće, kao i mogućnost primjene mjera zaštite, kao što su: hitne mjere zaštite (član 52) i mjere zabrane prilaska, odnosno zaštite (član 53) koje imaju

²¹ Isto, Podaci kancelarije SOS Podgorica.

²² psihičko nasilje; proganjanje; fizičko nasilje; seksualno nasilje, uključujući silovanje; prinudni brak; genitalno sakaćenje žena; prinudni abortus i prinudna sterilizacija; seksualno uznemiravanje.

²³ KZ CG, "Sl. list RCG", br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr. 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017 i 49/2018.

za cilj zaštitu žrtve ili ugroženog lica, posebno od ponavljanja nasilja prema njima.

Prema IK, svrha hitnih mjera zaštite je fizičko udaljenje nasilnika i žrtve u situacijama neposredne opasnosti, koju procjenjuju nadležni organi (policija, tužilaštvo, sud, i td) i koji su ovlašćeni da ukoliko procjene da je neophodno, zahtijevaju napuštanje mjesta stanovanja žrtve ili ugrožene osobe od strane nasilnika, bez obzira ko je vlasnik stana. Ovom mjerom se želi, zaštititi žrtva nasilja, najčešće žena sa djecom, da ostane u svome domu, što je svakako manje stresno i komplikovano za žrtvu od odlaska u sklonište. Period trajanja ovih mjera IK ne određuje, ali se smatra da bi trebalo da bude dovoljan da žrtvi obezbijedi sigurnost i zaštitu od nasilnika. Inače, "neposredna opasnost" odnosi se na situacije porodičnog nasilja u kojima se nasilje već desilo ili se procjenjuje da neposredno prijeti ili da će se vjerovatno dogoditi.²⁴ U ovim situacijama od izuzetnog značaja je analitička procjena rizika i na njoj bazirane aktivnosti policije, tužilaštva i drugih relevantnih organa poštujući princip osobite pažnje-due diligence (član 5 IK), uvijek polazeći od primarne potrebe za bezbjednost žrtve ili ugroženog lica od ponavljanja djela, uključujući mogućnost određivanja i kontrole izvršavanja zaštitnih mjera prema nasilniku.

Narednim članom 53, IK zahtijeva od država obveznica da odgovarajuće mjere zabrane prilaska odnosno zaštite budu na raspolaganju žrtvama svih vidova nasilja obihvaćenih IK, dakle ne samo porodičnog nasilja. Traže se neophodni kriterijumi za zakonodavne i druge mjere koje bi obezbjedile da mjere zabrane prilaska odnosno zaštite služe u svrhu postizanja bezbjednosti žrtve od daljih napada, odnosno da one budu: dostupne za neposrednu zaštitu i bez nepotrebnih finansijskih ili administrativnih opterećenja za žrtvu, gdje

²⁴ [www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio/Explanatory Report](http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio/Explanatory_Report), pgs: 113 and 114.

dolazi do izražaja mogućnost korišćenja besplatne pravne pomoći; da se donose na određeni period do izmjene ili ukidanja; kada je neophodno, da se izdaju ex parte sa neposrednim dejstvom, sa tim što je potrebno obezbijediti nasilniku pravo žalbe na ovakvu odluku;²⁵ da budu dostupne nezavisno od drugih sudskih postupka ili uz njih npr. brakorazvodna parnica; da mogu da se uvedu u kasnije sudske postupke. Takođe, traži se da kršenja zabrane prilaska odnosno mjere zaštite budu predmet sankcija koje su djelotvorne, srazmjerne i koje odvrćaju od vršenja krivičnih djela, uključujući kaznu zatvora, novčanu kaznu ili drugu zakonsku sankciju. Iz sadržaja navedenog člana i brojnih kriterijuma i mogućnosti koji su navedeni, proizilazi važnost izdavanja mjere zabrane prilaska odnosno zaštite žrtve od svih oblika nasilja, što za nasilnika pretpostavlja određene zabrane, ponašanja ili udaljenje od žrtve ili ugroženog lica.

Sva moderna zakonodavstva, pa i naše, u sistemu krivičnih sankcija imaju i mjere bezbjednosti, koje zbog svog preventivnog karaktera djeluju na suzbijanje kriminaliteta, ali i na planu specijalne prevencije. Tako sistem krivičnih sankcija KZ CG, pored kazni (kazna dugotrajnog zatvora, kazna zatvora, novčana kazna i rad u javnom interesu) i mjera upozorenja, sudijama stavlja na raspolaganje i 11 mjera bezbjednosti. Kao posebno relevantne za temu rada navodimo, dvije najnovije: zabrana približavanja (član 77a) i udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje (član 77b), koje predstavljaju usklađivanje sa zahtjevima o mjerama zaštite iz prethodno navedenih čl. 52 i 53 IK. Navedenim mjerama nasilnik se u zakonitom postupku ograničava u određenim pravima ili slobodama zbog postojanja opasnog stanja koje se ispoljava u mogućnosti ponovnog vršenja krivičnog djela u odnosu na žrtvu nasilja. Pored navedenih mjera bezbjednost u KZ CG, naše zakonodavstvo u Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici

²⁵ Ibid, pg 115, imajući u vidu član 6. EKLJP.

sadrži i niz zaštitnih mjera koje mogu primjeniti sudovi za prekršaje i Uprava policije, a izvršenje mjera bezbjednosti prati Ministarstvo pravde ili UP, na osnovu nadležnosti iz Zakona o izvršenju kazni zatvora, novčanih kazni i mjera bezbjednosti.²⁶

Prema KZ CG, u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (član 4 stav 2), svrha mjera bezbjednosti je da se otklone stanja ili uslovi koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće vrši krivična djela. Ove sankcije predstavljaju reakciju društva na opasnost od određenog učinioca. Procjena opasnosti učinioca djela predstavlja osnov za izbor, vrstu i trajanje mjera bezbjednosti. Glavni cilj primjene ove vrste sankcija predstavlja specijalno preventivno djelovanje na pojedine kategorije učinilaca krivičnih djela sa obilježjima nasilja, kod kojih primjena kazne nije adekvatna ili nije dovoljna. Međutim, iako mjere bezbjednosti po svom cilju i svrsi izricanja nijesu prvenstveno represivno sredstvo neke od njih "sadrže ozbiljni retributivni karakter."²⁷

Mjera bezbjednosti, zabrana približavanja (član 77a) primjenjuje se prema učiniocu krivičnog djela protiv polne slobode, krivičnog djela nasilje u porodici ili u porodičnoj zajednici i krivičnog djela rodoskrvnjenje ili nekog drugog krivičnog djela kojim se ugrožava život ili tijelo nekog lica ili krivičnog djela neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga, kada sud može izreći zabranu približavanja žrtvi ili drugom licu ili grupi lica ili određenom mjestu kad postoji opasnost da bi učinilac prema tim licima ili na tom mjestu mogao ponovo da izvrši isto ili istovrsno krivično djelo. Ova mjera ne može biti kraće od jedne niti duža od pet godina, računajući od dana pravosnažnosti odluke, s tim da se vrijeme provedeno u zatvoru ne uračunava u vrijeme

²⁶ Zakona o izvršenju kazni zatvora, novčanih kazni i mjera bezbjednosti, "Sl. list Crne Gore", br. 36/15 i 18/19.

²⁷ M. Tomić, Alternativne krivične sankcije i mere bezbednosti, Misija OEBS Srbija, Beograd, 2018, str. 249-250.

trajanja ove mjere. Po proteku jedne godine od početka izvršenja mjere, sud može, na predlog osuđenog lica, obustaviti njeno izvršenje ako utvrdi da više ne postoji opasnost da osuđeni ponovi krivično djelo. Sud o pravosnažno izrečenoj mjeri obaviještava Ministarstvo pravde, čija posebna organizaciona jedinica vrši nadzor nad sprovođenjem uslovnog otpusta.

Mjera bezbjednosti, udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje (član 77b) primjenjuje se prema učiniocu krivičnog djela nasilja u porodici ili u porodičnoj zajednici, te sud može izreći ovu mjeru ako postoji opasnost da bi učinilac mogao ponovo izvršiti to krivično djelo. Trajanje mjere ne može biti kraće od tri mjeseca niti duže od tri godine, računajući od dana pravosnažnosti odluke, s tim da se vrijeme provedeno u zatvoru ne uračunava u vrijeme trajanja ove mjere. Lice kome je izrečena ova mjera dužno je, u prisustvu policijskog službenika odmah po pravosnažnosti presude, da napusti stan ili neki drugi stambeni prostor koji čini zajedničko domaćinstvo. Po proteku šest mjeseci od početka izvršenja ove mjere, sud može, na predlog osuđenog lica, obustaviti njeno izvršenje ako utvrdi da više ne postoji opasnost za ponavljanje krivičnog djela. Sud o pravosnažno izrečenoj mjeri obaviještava Ministarstvo pravde, čija posebna organizaciona jedinica vrši nadzor nad sprovođenjem uslovnog otpusta i Upravu policije.

Dakle, navedenim mjerama bezbjednosti određena su i krivična djela za koja se mjere mogu primjeniti, s tim da je njihovo trajanje različito određeno, srazmjerno vrsti i težini krivičnog djela, a različito su određeni i organi za nadzor nad izvršenjem ovih mjera. Uslov primjene ovih mjera "od pravosnažnosti odluke" čini da se one rijetko izriču, te da se njima na kraju krivičnog postupka često ne može postići cilj, a što nije ni u skladu sa zahtjevima IK. Postojanje opasnosti da bi učinilac mogao ponovo izvršiti isto krivično djelo, razlog je za izricanje ove mjere, tako da obaveza izricanja ove dvije mjere tek po pravosnažnosti sudske odluke, njihovu primjenu čini

zakašnjelom i neefikasnom. Navedeno je prepoznato kroz nizak nivo primjene ovih mjera, kritiku civilnog sektora, kao i u Izvještaju: "GREVIO je zabrinut zbog nedostatka privremenih mjera zaštite za žrtve nasilja u porodici čiji predmet se krivično goni. Ovo je još više zabrinjavajuće jer su ti slučajevi obično ozbiljniji po prirodi i mogu dovesti do visokog nivoa rizika za žrtvu. GREVIO podsjeća da član 53. stav 2. IK zahtijeva da mjere zaštite budu "dostupne za neposrednu zaštitu" i "bez obzira na druge sudske postupke". Cilj pomenute odredbe je da osigura zaštitu bez potrebe za dugotrajnim sudskim postupkom."²⁸ Istovremeno se ističe da niskom nivou primjene ovih mjera doprinosi i nespremnost nadležnih organa da podnesu zahtjeve za primjenu ovih mjera ili da upute žrtve na mogućnost da same zahtijevaju primjenu ovih mjera.

Takođe, prepoznati su i patrijahalni stavovi: "službenika za sprovođenje zakona, tužilaca i članova pravosuđa u vezi sa nasiljem u porodici, rodnim ulogama i odnosima koji su razmatrani gore i takođe utiču na spremnost pojedinog stručnjaka da iseli muškarce koji su zlostavljači kao glave kuće iz svoga prebivališta. Štaviše, odsustvo sistematskih metoda za utvrđivanje i evidentiranje istorije zlostavljanja maskira obim i ozbiljnost nasilja i ne dozvoljava odgovarajuću procjenu situacije, čineći da pojedinačni službenici pogrešno posmatraju predmetni događaj kao izolovani incident. Mali broj preduzetih mjera zaštite takođe sugerise na pogrešno shvatanje zakonske obaveze svih državnih organa da sa dužnom pažnjom spriječe, istraže, kazne i pruže reparaciju za djela nasilja koja su obuhvaćena IK (član 5, stav 2)." Nadalje, GREVIO daje preporuku kojom: "snažno ohrabruje crnogorske vlasti da obezbijede da se hitne mjere zabrane i zaštite efikasno primjenjuju od strane svih relevantnih organa." Smatramo da će ovu preporuku biti moguće realizovati kroz sledeće izmjene i

²⁸ www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio/Evaluation Izvještaj GREVIO za Crnu Goru, str. 61-62.

dopune KZ CG, gdje bi se kod navedenih mjera bezbjednosti izostavio uslov njihove primjene poslije pravnosnažnosti sudske odluke, a kroz specijalističke edukacije svih predstavnika državnih organa koji dolaze u kontakt sa žrtvom i nasilnikom naglasiti važnost informisanja žrtve o svim pravima koja su joj na raspolaganju, čime se obezbjeđuje aktivna uloga žrtve tokom postupka, kao i postupanje državnih organa da sa dužnom pažnjom istraže, kazne i pruže naknadu žrtvi za djela nasilja koja su obuhvaćena IK.

Pored navedenih mjera bezbjednosti, kao brže primjenljive Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici, propisane su zaštitne mjere radi sprječavanja i suzbijanja nasilja, otklanjanja posljedica učinjenog nasilja i preduzimanja efikasnih mjera prevaspitanja učinioca nasilja i otklanjanja okolnosti koje pogoduju ili podstiču vršenje novog nasilja, za koje su propisane prekršajne kazne. Učiniocu nasilja može se izreći jedna ili više zaštitnih mjera: udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje (od 30 dana do šest mjeseci); zabrana približavanja; zabrana uznemiravanja i uhođenja; obavezno liječenje od zavisnosti; obavezni psihosocijalni tretman.

Ako ocijeni da je neophodno da se žrtva bez odlaganja zaštiti, organ za prekršaje može prije pokretanja i u toku postupka izreći zaštitnu mjeru, najkasnije u roku od 48 časova od časa prijema zahtjeva. Organ za prekršaje može zatražiti od centra za socijalni rad ili druge ustanove socijalne i dječje zaštite da mu pruži pomoć u pribavljanju dokaza i da iznese mišljenje o svrsishodnosti tražene zaštitne mjere. Ako je zahtjev podnjet prije pokretanja postupka, a podnosilac tog zahtjeva u roku od pet dana ne podnese zahtjev za pokretanje postupka, organ za prekršaje će ukinuti izrečenu zaštitnu mjeru, što GREVIO kritikuje s obzirom na član 53 IK, i traži da se uoči razlika između prava žrtve na zaštitu i prava učinioca prekršaja vezano za njegovu odgovornost. U tom smislu data je i preporuka: "GREVIO apeluje na crnogorske vlasti da obezbijede hitne mjere zaštite za hitnu zaštitu svih žrtava

nasilja u porodici, bez obzira na optužnice od strane tužilaštava ili pokretanje prekršajnog postupka od strane žrtava.”

Inače, organ za prekršaje je dužan da podnosioca zahtjeva upozori na posljedice propuštanja podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka. Protiv rješenja o određivanju zaštitne mjere može se izjaviti žalba u roku od tri dana od dana dostavljanja rješenja o kojoj odlučuje drugostepeni organ u roku od tri dana; žalba ne odlaže izvršenje rješenja o određivanju zaštitne mjere. U cilju potpunijeg sprovođenja dostupnih mjera zaštite, GREVIO konstatuje određenu nespremnost da se izdaju rješenja o primjeni zaštitnih mjera, jer podaci pokazuju da se veoma konzervativno koristi mjera udaljenja izvršioca nasilja iz porodičnog doma, dok se najviše koristi mjera zabrane uznemiravanja i uhođenja. Zbog navedenoga, GREVIO je dao preporuku kojom: “snažno ohrabruje crnogorske vlasti da obezbijede da se hitne mjere zabrane i zaštite efikasno primjenjuju od strane svih relevantnih organa.”

Zaštitna mjera izrečena prije i u toku postupka može trajati dok ne prestanu razlozi zbog kojih je određena, a najduže do okončanja postupka. Prije okončanja postupka organ za prekršaje može zaštitnu mjeru izrečenu prije i u toku postupka zamijeniti drugom zaštitnom mjerom što se u praksi rijetko primjenjuje, zbog teškoća prilikom praćenja izvršenja zaštitnih mjera i nedostatka saznanja o efektima izrečene mjere na učinioca nasilja. Organ za prekršaje može odlučiti da se produži vrijeme trajanja zaštitnih mjera iz čl. 21 - 25 ako nijesu prestali razlozi zbog kojih su one određene, najduže dvije godine. Zahtjev za određivanje zaštitne mjere mogu podnijeti žrtva ili njen zastupnik, centar za socijalni rad, druga ustanova socijalne i dječje zaštite, policija ili državni tužilac. Zaštitnu mjeru organ za prekršaje može odrediti i po službenoj dužnosti. Takođe, policijski službenik može, radi otklanjanja opasnosti po fizički integritet žrtve, narediti učiniocu nasilja

udaljenje ili zabranu vraćanja u stan ili drugi prostor za stanovanje, koja ne može trajati duže od tri dana. Pisano naređenje o udaljenju ili zabrani vraćanja u stan ili drugi prostor za stanovanje policijski službenik mora uručiti učiniocu nasilja i žrtvi odmah, a najkasnije u roku od dva časa, u prisustvu punoljetnog lica koje može biti drugi policijski službenik, a koje nije član porodice. Način izvršenja zaštitnih mjera udaljenje iz stana, zabrane približavanja i zabrane uhođenja žrtve, vrši UP na osnovu podzakonskog akta. U koliko učinilac nasilja ne poštuje zaštitne mjere, UP obavještava državnog tužioca, koji ima na raspolaganju gonjenje za krivično djelo iz člana 220 KZ- nasilje u porodici ili u porodičnoj zajednici, stav 5 (Ko prekrši mjere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud ili drugi državni organ odredio na osnovu zakona, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine). Dakle, za nepoštovanje zatitne mjere nije nadležan organ za prekršaje koji je mjeru izrekao, već krivični sud što pretpostavlja duže trajanje postupka od prekršajnog.

Due diligence, dužna pažnja države

Spriječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici glavni je cilj IK. Navedeno ne podrazumijeva da samo individualni učinioci snose odgovornost za akte nasilja, već i da budu dostupni pravni putevi za preispitivanje i rešavanje bilo kakvih pogrešnih odluka državnih aktera koji su nadležni da postupaju u slučajevima nasilja. Dakle, ako državni organ, institucija ili pojedinačni službenik nije postupao sa dužnom pažnjom na spriječavanju, procesuiranju i sankcionisanju nasilja nad ženama (član 5. stav 1 IK), žrtve i/ili njihovi rođaci mogu tražiti preispitivanje njihove odgovornosti.

U vezi sa ovom obavezom iz IK, često se pominje presuda ESLJP²⁹, vezano za mnogobrojne i dugorajne akte nasilja muža podnositeljke pritužbe koji su tolerisani od strane nadležnih organa što je dovelo do višestrukih povreda podnosioca predstavke i smrti njene majke. U tom slučaju: "Sud je zaključio da su turske vlasti pogrešno smatrale da je ovde reč o „porodičnoj stvari“ i da je smrtni ishod bio predvidljiv. Sud je zaključio da nacionalne vlasti nisu ispunile pozitivnu obavezu da ovakvo nasilje spreče niti su preduzele efikasne mere u toku istrage ubistva, kao i da nisu zaštitile pravo na život majke podnositeljke i time su prekršili čl. 2 i 14 EKLJP. Sud je utvrdio ... da vlasti tolerišu porodično nasilje ... i kako pasivnost države stvara klimu pogodnu za porodično nasilje. Sud se u svojoj odluci pozvao na mišljenje Komiteta UN za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena, zauzevši stav da država time što ne pruža zaštitu od porodičnog nasilja, krši njihovo pravo na jednakost pred zakonom. Od značaja je i što se Sud pozvao na sopstvene presude u slučajevima D.H. i ostali protiv Češke u kojoj je navedeno da se mogu koristiti statistički podaci u svrhu dokazivanja različitog tretmana prema dvema stranama."

Postupak evaluacije GREVIO u odnosu na Crnu Goru nije otkrio postojanje bilo kakvih mjera koje bi žrtva nasilja nad ženama, uključujući nasilje u porodici, mogla preduzeti u odnosu na državne službenike koji nijesu ispunili svoju dužnost preduzimanja potrebnih preventivnih ili zaštitnih mjera unutar opsega svojih ovlašćenja. Istovremeno, konstatovano je postojanje niza administrativnih i disciplinskih mjera, kao i krivičnih djela koje se mogu primjeniti kada izostane izvršavanje profesionalnih obveza sa dužnom pažnjom u slučajevima nasilja. Tako, član 10. Zakona o socijalnoj i dječijoj zaštiti propisuje mogućnost podnošenja žalbe tijelu javne uprave nadležnom za poslove socijalne zaštite

²⁹ Presuda vijeća u slučaju Opuz & Turska od 9. juna 2009. g.

ako je pojedinac nezadovoljan uslugom centara za socijalni rad ili postupkom ili ponašanjem službenika. ZZNP utvrđuje prekršaje za državne službenike, uključujući osoblje u zdravstvu, ustanove socijalnog staranja i obrazovanja koje ne prijave slučaj nasilja ili kršenje mjera zaštite (član 39 stav 1 i član 32) i za lice koje otkrije kršenje mjera zaštite u obavljanju svojih dužnosti, ali ga ne prijavi. Takođe, čl. 416. i 417. KZ CG propisuju kazne za nevršenje dužnosti, uključujući nadzor, i nesavjesno vršenje službe, a članom 386 propisana je kazna od pet godina zatvora za neprijavljivanje teškog krivičnog djela. Disciplinski postupak je u načelu moguć protiv sudija i tužilaca zbog kršenja etičkih kodeksa, a javna svijest o postojećim mehanizmima pritužbi izgleda niska.³⁰

Disciplinski postupak može se preduzeti na osnovu člana 106 stava 1 tačke 4 Zakona o unutrašnjim poslovima zbog kršenja Kodeksa policijske etike, što je prema Izvještaju GREVIO učinjeno u dva slučaja u kojima su sprovedeni disciplinski postupci protiv službenika koji su fizički zlostavljali članove svojih porodica i koji su novčano kažnjeni. Krivičnih ili prekršajnih prijava nije bilo zbog čega je GREVIO u svom već navedenom Izvještaju izrazio zabrinutost ističući da IK poziva na nultu toleranciju prema svim djelima nasilja nad ženama, naročito onima koji su učinjeni od strane državnih službenika. Pojedinačne žalbe zbog propusta državnih službenika da postupaju u slučajevima porodičnog nasilja ili drugih oblika nasilja mogu se takođe uputiti Ombudsmanu prema Zakonu o zabrani diskriminacije, Zakonu o rodnoj ravnopravnosti i Zakonu o zaštitniku ljudskih prava i sloboda. Slučajevi koji su dostavljeni odnosili su se, između ostalog, na izostanak djelovanja državnih službenika, što je navodno dovelo do ubistva jedne žene. Odluke i preporuke Ombudsmana upućuju se zainteresovanim

³⁰ Izvještaj EK o Crnoj Gori za 2016, Poglavlje 23: Pravosuđe i osnovna prava, strana 55.

stranama i imaju za cilj da ukažu na lošu institucionalnu praksu i strukturne problem, uz mogućnost pokretanja ili intervenisanja u parničnom postupku uz saglasnost lica koja su diskriminirana.

Zbog svega navedenoga GREVIO: “snažno ohrabruje crnogorske vlasti da osiguraju potpunu upotrebu disciplinskih mjera, kao i prekršajnih i krivičnih djela u vezi sa slučajevima zloupotrebe položaja ili nevršenja službenih dužnosti od strane državnih službenika u odnosu na slučajeve nasilja u porodici s ciljem prestanka nekažnjivosti službenika koji ne obavljaju svoje dužnosti.”

Zaključci

Kontinuirano zalaganje UN i SE na području ljudskih prava i rodne ravnopravnosti rezultiralo je pravnim i političkim okvirom koji ima za cilj unaprijeđenje prava žena i njihovo približavanje istinskoj rodnoj ravnopravnosti. Poštovanje i zaštita ljudskih prava mogu se jamčiti samo ako su dostupni djelotvorni pravni lijekovi, uključujući pravo na pravično suđenje, odgovarajuću odštetu i/ili naknadu. Pristup pravosuđu je posebno otežan ženama zbog rodne neravnopravnosti i stereotipa koji postoje i u našem društvu, što sve utiče da žena trpi nasilje i ne prijavljuje ga, a ako to i učini, nedostatak informisanosti o pravima žrtve može uticati na efikasnost vođenja postupka i odluku suda, što posebno dolazi do izražaja kod tzv. “ranjivih” grupa.

Potpisivanjem međunarodnih dokumenta Crna Gora je obavezna, da između ostalog, primjenjuje principe rodne ravnopravnosti, uskladi zakonodavstvo i praksu sa odredbama relevantnih konvencija i osigura efektivnu zaštitu i podršku žrtvama kroz afirmativne akcije, uspostavljanje funkcionalne prevencije, koordinaciju i saradnju svih ključnih aktera, kao i kontinuirano praćenje sprovođenja zakona i politika iz ove oblasti. Jedno od značajnih prava žrtve je i pravo na besplatnu

pravnu pomoć, koje obavezuje državu da obezbijedi da građani ne budu spriječeni, ekonomskim razlozima, da ostvare svoja prava u sudskom postupku. Ispunjavajući obavezu zakonodavnog usklađivanja sa obavezama iz IK, Crna Gora je obezbijedila dobra zakonska rješenja za pristup besplatnoj pravnoj pomoći žrtvama svih oblika nasilja koje obuhvata IK. Međutim, nizak stepen korišćenja ovoga prava od strane žrtava nasilja u dugom roku, neophodno je promjeniti, preduzimanjem aktivnih mjera koje bi osigurale da žrtava poznaje to pravo što je preduslov njegovog korišćenja. To je zadatak svih državnih, pravosudnih organa, advokature i nevladinog sektora koji imaju učešća u kontaktu sa žrtvom nasilja.

Prema IK, jedan od najvažnijih principa odnosi se na potrebu osiguranja bezbjednosti žrtve, koja je uvijek na prvom mjestu, posebno u slučajevima neposredne opasnosti. U tom cilju IK zahtijeva obezbjeđenje hitnih mjera zaštite, uključujući i mjere zabrane prilaska odnosno zaštite žrtve. Naš zakonodavni okvir kroz krivični, prekršajni i upravni postupak obezbjeđuje različite mjere bezbjednosti i mjere zaštite žrtve, ali njihov niski nivo primjene zahtijeva više aktivnosti na promovisanju njihovih mogućnosti u ostvarivanju bezbjednosti žrtve ili ugroženoga lica. U tom smislu očekuje se da iz postojećih mjera bezbjednosti koje se odnose na ove specifične vrste nasilja u sledećoj izmjeni KZ CG izostane uslov o njihovoj primjeni nakon pravnosnažnosti sudske odluke. Takođe, jasni kriterijumi u primjeni krivičnog ili prekršajnog postupka kada je u pitanju nasilje nad ženama i nasilje u porodici, prioritete su preporuke relevantnih međunarodnih organizacija (GREVIO i CEDOW).

Spriječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici glavni je cilj IK, pa se postupanje sa osobitom pažnjom zahtijeva, prije svega od predstavnika državnih organa, tj. da oni koji treba da brane žrtvu sami ne čine nasilje. Takođe se traži od predstavnika državnih organa da sa

dužnom pažnjom spriječe, istraže, kazne i obezbijede naknadu štete za djela nasilja obuhvaćena IK koja su učinjena od strane nedržavnih aktera. Važnost primjene principa dužne pažnje, odnosno ovakav način djelovanja svih nadležnih organa koji dolaze u kontakt sa žrtvom nasilja, treba da obezbijedi efikasnije i djelotvornije postupanje i veće povjerenje žrtava u rad onih koji postupaju u ime države.

Rezime

Ujedinjene nacije (UN) i Savjet Evrope (SE) priznate su kao najuticajnije organizacije, koje su polazeći od problematike nasilja nad ženama i nasilja u porodici usvojile dokumenta sa najvišim standardima koja tretiraju ovu vrstu problema kao kršenje ljudskih prava i diskriminaciju žena. Dio ovih dokumenata čine i odredbe o obavezama efikasne i kvalitetne pravne zaštite žena žrtava nasilja i zaštite žrtava nasilja u porodici, koje zahtijevaju jačanje sistema i veće dostupnosti besplatne pravne pomoći i podrške žrtvama nasilja u pravosudnim organima. Takođe, od izuzetnog značaja za efikasno postupanje i zaštitu žrtava od nasilja, pored odvrćajućih i djelotvornih sankcija zahtijeva se i izdavanje i sprovođenje mjera bezbjednosti i zaštitnih mjera, kao i primjena principa „due diligence“.

U ovom tekstu dat je osvrt na način sprovođenja navedenih principa koji se odnose na zaštitu žena od nasilja i zaštitu od porodičnog nasilja u Crnoj Gori, kao i preporuke za njihovu promociju i efikasnije korišćenje. Navedeni principi su povezani i često međusobno uslovljeni i od posebnog su značaja za ravnopravan pristup pravosuđu i efikasnu zaštitu žrtva nasilja.

Summary

The United Nations (UN) and the Council of Europe (CoE) are recognized as the most influential organizations, which, starting from the issue of violence against women and domestic violence, which have adopted documents with the highest standards that treat this type of problem as human rights violations and discrimination against women.

Part of these documents are provisions on the obligations of effective and quality legal protection of women victims of violence and protection of victims of domestic violence, which require strengthening the system and greater availability of free legal aid and support to victims of violence in the judiciary. Also, in addition to dissuasive and effective sanctions, the issuance and implementation of security and protective measures, as well as the application of the principle of "due diligence" are of great importance for the effective treatment and protection of victims from violence.

This text reviews the manner of implementation of the stated principles related to the protection of women from violence and protection from domestic violence in Montenegro, as well as recommendations for their promotion and more efficient use. These principles are interlinked and often interdependent and are of particular importance for equal access to justice and effective protection of victims of violence.

Dr Ivana B. LJUTIĆ¹

**KAKO VRATITI MULTINACIONALNE KOMPANIJE
KAO NEFORMALNOG KONTROLORA DRUŠTVA
U PRAKSU SNAŽNE I EFIKASNE REGULATIVE?**

„Ove godine želim da vas izazovem da mi se pridružite u podizanju naše veze na još viši nivo. Predlažem da vi, poslovni lideri okupljeni u Davosu, a mi, Ujedinjene nacije, pokrenemo globalni sporazum zajedničkih vrednosti i principa koji će dati ljudsko lice globalnom tržištu. [...] Pozivam vas [...] da prihvatite, podržite i usvojite skup osnovnih vrednosti u oblastima ljudskih prava, radnih standarda i životne sredine“.

Tadašnji Generalni sekretar Ujedinjenih nacija Kofi Anan,
Svetski ekonomski forum, Davos, 1999. godine

Na svetskoj ekonomskoj sceni, u eri rastuće globalizacije, multinacionalne kompanije (MNK) postaju jače od pojedinih država, ostavljajući ih bez adekvatne pravne regulative i kontrole, grubo kršeći ljudska prava. U radu se analiziraju mogući pravci kreiranja snažne i efikasne nacionalne regulative koja bi mogla ukrotiti MNK, odnosno nametnuti im zakonske barijere, predviđene najviše nacionalnim kompanijskim zakonodavstvima. Formulacija brojnih rešenja od strane međunarodnih organizacija, u četrdesetogodišnjoj debati o MNK, kao veoma moćnim akterima, na ekonomskom i političkom planu, daje značajan doprinos u pogledu odgovornosti MNK.

¹ Beogradska bankarska akademija - Fakultet za bankarstvo, osiguranje i finansije Univerziteta Union u Beogradu, docent, diplomirani pravnik.

Autor zaključuje da takva rešenje predstavljaju alternativni pristup uvođenju discipline, iako su kontraverzni, uz konstantno traženje drugih mehanizama regulative MNK. Osnovni cilj ovog rada je da se ukaže kako na probleme u regulativi MNK, tako i na moguća rešenja, kroz primere nemačkog zakonodavstva (čuveni *Konzernrecht*), te da se takva rešenja inkorporiraju u nacionalno pravo, ostavljajući otvoreno polje, da rešenja snažne i efikasne regulative MNK tek dolaze.

Uvod

Pitanje regulisanja multinacionalnih kompanija (u daljem tekstu: MNK) i dalje predstavlja dinamičnu pravnu oblast koja uključuje kontinuirane odgovore na mogućnosti i izazove rastuće globalizacije. Zahvaljujući svojoj pravnoj prirodi i osobinama, izbegavaju nacionalne regulative i domicilne zemlje, i zemlje domaćina, i to veoma uspešno. Zbog toga, se čini da imaju više prava nego obaveza.

Jedan od najznačajnijih aspekata njihove pravne regulative i kontrole je u domenu ljudskih prava, koja često krše, kao i u kreiranju međunarodnih instrumenata koji bi zauzdale moćne MNK. Danas su MNK, ipak, bez pravne kontrole na međunarodnom (nacionalnom) nivou. Odsustvo navedene međunarodne pravne kontrole čini ih ekonomski i politički jačim od pojedinih nacionalnih država. Ova moćna organizaciona forma poslovanja, često je optužena za kršenje ljudskih prava, a ređe kažnjavana.²

Imajući u vidu navedeno, u pravnoj literaturi, razmatranja odgovornosti MNK već dugi niz godina kreću se u drugačijem pravcu. Naglašava se pitanje države i njene

² European Parliament, Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the Union PE 603.475, Study requested by the DROI committee, „Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries“, Belgium, 2019, str. 18-30.

regulative, ali se još veći akcenat stavlja na pitanje zaštite ljudskih prava i životne sredine.

Zauzdati MNK znači implementirati minimalne standarde u nacionalne zakone, kao i pristupiti procesu harmonizacije prava zemlje domaćina, uz očuvanje nacionalne bezbednosti, javnog interesa i suvereniteta. Nezaustaviti proces integracije nacionalnih privreda u globalni ekonomski sistem je imao posledicu rastuće kretanje multionacionalnih kompanija. I pored usporavanja procesa globalizacije i dalje ostaje nesumnjivo da ni jedna nacionalna ekonomije ne može opstati izolovano. Pravna struka i šire posmatrano regulatorni sistemi su počeli da razmatraju aspekte „društvene licence multionacionalnih kompanija da operišu.“³ Pred multinacionalnim kompanijama i nacionalnim regulatornim telima i agencijama nastaju novi izazovi i mogućnost u formulisanju globalnog kodeksa ponašanja multinacionalnoj kompanija. Kroz naučna istraživanja u ovoj oblasti unapređuje se korporativna društvena odgovornost multinacionalnih kompanija, i kreira platforma za buduća istraživanja.

Lakše je definisati, teže kontrolisati – ograničenja u regulisanju multinacionalnih kompanija

Najveći doprinos pravnoj nauci, u smislu utvrđivanja pojma multinacionalne kompanije, dao je Miodrag Sukijasović u svojoj studiji, još davne 1981. godine. Odredivši multinacionalno preduzeće (u daljem tekstu: MNP), pre svega, sa pravnog, a potom i sa ekonomskog (komplementarnog) stanovišta, ova studija postaje putokaz i svetionik istraživanja i razmišljanja o MNK u pravu, na koje se možemo bezrezervno osloniti.

³ Rahim M. (Eds.), Code of Conduct on Transnational Corporations. CSR, Sustainability, Ethics & Governance. ISBN 978-3-030-10816-8. Springer, 2019.

Danas postoje teškoće u pravnom regulisanju i kontroli MNK. Nekada su postojale teškoće i u definisanju MNK. Teškoće u definisanju MNK, Sukijasović objašnjava sa tri uzroka, uzimajući u obzir i pitanje nacionalnosti MNP.⁴ Prvi uzrok, autor određuje kao zabunu da se skoro svako poslovanje u inostranstvu smatra multinacionalnim. Takve zabune u pravnoj teoriji, čini se, da su otklonjene. Drugi uzrok, ležao je u činjenici nerazlikovanja pojma "preduzeća" i pojma "trgovačkog/privrednog društva".⁵ Merodavni zakon se sada zove Zakon o privrednim društvima, dok se ranije zvao Zakon o preduzećima. Treći uzrok, prema Sukijasoviću, odnosi se na razlike u kompanijskoj regulativi povezanih društava između država i pravne organizacije MNP. Sukijasović definiše multinacionalno preduzeće na sledeći način: "Snažna ekonomska skupina više trgovačkih društava i drugih jedinica različitog državljanstva koja, objedinjena vezama zajedničkog vlasništva i ugovorima, a na temelju integracije velikoserijske proizvodnje i plasmana, specijalizacije, koncentracije i transfera tehnologije, kapitala i rukovodilaca i unutar korporativne trgovine, opslužuje svetsko tržište u skladu sa opštom poslovnom strategijom matičnog društva."⁶

U daljoj analizi razmotrićemo neke od definicija multinacionalnih kompanija u domaćoj i stranoj literaturi i praksi.

Pod pojmom transnacionalna kompanija (TNK),⁷ Ćirić podrazumeva "kompaniju, preduzeće, društvo, odnosno sistem

⁴ Miodrag Sukijasović, *Multinacionalno preduzeće - Pravni aspekti*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1981, str. 34-50.

⁵ Preduzeće nema pravni subjektivitet, a nosilac preduzeća (delatnosti) je pravno lice, odnosno trgovačko društvo i fizičko lice trgovac. Trgovačko društvo određuje se kao tehnika organizacije preduzeća. Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu - Centar za publikacije, Beograd, 2005, str. 63-65.

⁶ Miodrag Sukijasović, op. cit., str. 41-46.

⁷ Aleksandar Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo-Opšti deo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2010, str. 470-471. Prema Ćiriću, suštinska razlika između "multinacionalne" i "transnacionalne" kompanije

većeg broja privrednih društava osnovanih u više država, na čijem čelu se nalazi jedno dominantno društvo i veći broj njemu potčinjenih društava, međusobno povezanih radi koordiniranog obavljanja trgovačke delatnosti".⁸ On, takođe, ističe da su TNK mešovita povezana društva i razvijena mreža subjekata i vlasnika kapitala iz različitih država, što određuje kao osnovnu karakteristiku multinacionalne prirode preduzeća.

Međusobno povezana društva kapitalom i/ili ugovorom, pri čemu je svako povezano društvo u sistemu pravno samostalno, teže ostvarenju višestrukih ciljeva i koordiniranom obavljanju trgovačke delatnosti, dok su karakterističan oblik takvog načina povezivanja na međunarodnom tržištu multinacionalne kompanije.⁹

Prema navodima stranih autora mogu se sresti sledeće definicije MNK. August određuje MNK kao način/vid odvijanja poslovanja u više od jedne države, koristeći različite operative strukture koje odražavaju element međunarodnosti, bilo da je reč o jednoj kompaniji-majci lociranoj u jednoj državi (TNK), ili o više kompanija-majki lociranih u više država (MNK).¹⁰ Prema Schaffer, Earle i Agusti, multinacionalne korporacije su oblici preduzeća sa značajnim učešćem stranih direktnih investicija, kao oblika sredstava, i sposobnošću usmeravanja i transferisanja kapitala širom sveta, kao njihove osnovne karakteristike, te da na osnovu toga posluju proizvodnim postrojenjima i prodiru na tržišta u više od jedne zemlje,

bazira se na kriterijumu broja država porekla kapitala, pri čemu kod transnacionalne kompanije kapital potiče iz jedne zemlje, dok se kod MNK javljaju dve ili više država. U ovom radu korišćemo termin multinacionalna kompanija.

⁸ Aleksandar Ćirić, „Transnacionalne kompanije kao oblik poslovanja na međunarodnom tržištu“, Pravo i privreda, br. 5-8/2008, str. 126-127.

⁹ Mirko Vasiljević, op.cit., str. 420.

¹⁰ Ray August, International Business Law (Text, Cases and Readings, Fourth Edition), Prentice Hall – Pearson, New Jersey, 2004, str. 188.

uobičajeno na globalnom planu.¹¹ Eurostat, kao kancelarija Evropske unije, zadužena za statistiku, definiše MNK kao „preduzeće koji proizvodi robu ili pruža usluge u više od jedne zemlje, odnosno kao preduzeće čije je sedište uprave u jednoj zemlji (ili retko u više od jedne zemlje), dok posluje i u drugim zemljama – zemljama domaćinima“.¹²

Na osnovu prethodnih definicija, MNK bi se mogle odrediti i na sledeći način: Multinacionalne kompanije su velike korporacije, međunarodna povezana privredna društva kapitalom, ugovorom ili kapitalom i ugovorom. Karakteriše ih ekspanzivnost na globalnom, međunarodnom nivou. Tako ostvaruju niz prednosti, poput fiskalnih, na planu upravljanja i rukovođenja, kontrole upravljanja i nadzora nad finansijama, investicijama i poslovnim rezultatima zavisnih kompanija. Sem toga, prikrivaju vlasničku strukturu i biraju nadležnost suda prema potrebi. Njihove prednosti u poslovanju, sa jedne strane, predstavljaju razloge kreiranja snažne i efikasne regulative, sa druge strane za matično društvo koje je locirano u jednoj zemlji, i jedno ili više zavisnih društava sa sedištem u drugim zemljama (grupa društava, odnosno matično/zavisno društvo kao članice grupe).

Važno je razmotriti pravne osobine MNK koje opredeljuju njihovo regulisanje, poput njihovog pravnog subjektiviteta, kontrole matičnog društva nad zavisnim društvom, njihovih obaveza i odgovornosti, itd. Draker (Drucker) postavlja sledeću tezu za MNK: "Top menadžment je multinacionalan, kao i

¹¹ Richard Schaffer, Beverley Earle, Filiberto Agusti, International Business Law and Its Environment, Fifth Edition, West Thomson Learning, Mason, Ohio, 2002, str. 17.

¹² Eurostat Statistics Explained, Glossary: Multinational enterprise (MNE), [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Multinational_enterprise_\(MNE\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Multinational_enterprise_(MNE)), 27.04.2020.

biznis planovi, poslovne strategije i poslovne odluke". Ali, kontrola takvog poslovanja, nije multinacionalna.¹³

Konstatujući sledeće pravne karakteristike MNK, potvrđujemo tezu datu u naslovu ovog rada.¹⁴ MNK jesu neformalni kontrolori društva, jer nisu pravno lice, već je svaka članica (jedinica) MNK pravno lice; nisu subjekt u pravu, već je to svaka članica MNK kao samostalna i nezavisna; nemaju ni pravnu ni poslovnu sposobnost kao celina, već je ima svaka članica, ne ulaze u obaveze prema trećim licima, i ne snose odgovornost prema trećim licima, već to čini svaka članica MNK za sebe.¹⁵ Zbog prethodno navedenih pravnih osobina, jedina moguća i efikasna regulativa MNK je na nacionalnom nivou.

Zauzdavanje moćnih multinacionalnih kompanija (moguća rešenja)

Odgovori regulative i pravne nauke na izazove kontrole MNK, kao dominantne institucije svetske privrede predstavljaju veliki napredak u praksi.¹⁶ MNK od svoje pojave

¹³ Peter Drucker, *The New Realities*, 1989, Navedeno prema: John H Farrar-Nigel E Firey-Brenda M Hanningan, *Farrar's Company Law*, Third edition, Butterworths, London, 1991, str. 750.

¹⁴ Milan Babic, Jan Fichtner, Eelke M. Heemskerk, „States versus Corporations: Rethinking the Power of Business in International Politics“, *The International Spectator*, Vol. 52, No.4, London: Routledge, 2017, <http://doi.org/10.1080/03932729.2017.1389151>, 15.04.2020.

¹⁵ Nien-he Hsieh, Florian Wettstein, "Corporate Social Responsibility and Multinational Corporations", *The Routledge Handbook of Global Ethics*, (Editor Darrel Moellendorf, Heather Widdows), London: Routledge, 2014, str. 251–266; Conor Donohue, "Multinational Corporations and Human Rights Law: Problems and Proposals for Reform", *NZACL Yearbook*, 2015, str. 80-92.

¹⁶ Prema podacima Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (u daljem tekstu: OECD) broj stranih zavisnih (filijalnih) društava MNK je 230.000 za 2017. godinu, dok je, primera radi, broj kompanija-majki MNK 1970. godine iznosio 7000, da bi se 2000. godine taj broj povećao na 38.000. OECD, *Multinational enterprises in the global economy - Heavily debated but hardly measured*, <https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the->

izazivaju kontradiktorna mišljenja, i predstavljaju najkontroverzniji subjekt međunarodnih trgovinskih odnosa, ali su njihov neosporno važan segment. Dakle, jasno je da nije lako rešavati pitanja pravne regulative i kontrole MNK, jer ona nema pravni subjektivitet kao celina, već to ima svaka njena članica. Zato deluje da MNK ostaju izvan prava. Obavezna pravila i kontrola na nadnacionalnom nivou ne postoji kao takva. Međutim, kontrola nacionalnih organa vlasti i potreba da se uredi poslovanje MNK, dovela je do kreiranja pravila u različitim oblastima pravne nauke i zakonodavstva (kompanijsko pravo, međunarodno trgovinsko pravo, poresko pravo, računovodstveno pravo, antimonopolsko zakonodavstvo, radno zakonodavstvo, investiciono pravo, bankarsko pravo, berzansko pravo i dr.).

Red je da, ipak, razmotrimo moguća rešenja na međunarodnom nivou, koje je ponudila pravna nauka i praksa, kako bi se zauzdale moćne MNK, ostavivši nacionalne regulative po strani. U literaturi se navodi par ključnih pravaca rešavanja ovog pitanja, istovremeno konstatujući da su pomalo sporna i kontraverzna.¹⁷

Međunarodna regulativa koju stvaraju međunarodne organizacije u literaturi se ocenjuje kao najšira.¹⁸ Multinacionalne kompanije predmet su interesovanja Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: UN) još od 1948. godine.

global-economy-policy-note.pdf ,15.04.2020. U 2017. godini vodećih sto inostranih operacija (prim. prev. poslovanja) multinacionalnih kompanija predstavljalo je 9% inostranih sredstava sveta, 17% inostrane svetske prodaje i 13% inostrane zaposlenosti. Globalne multinacionalne kompanije na vrhu predstavljaju malenih 0,1% od svih procenjenih multinacionalnih kompanija, ali su njihove ukupne prodaje bile ekvivalent od oko 10%svetskog BDP-a. Relativni značaj 10 multionalnih kompanija na vrhu je delimično funkcija globalizacije i delimično koncentracija među njima unutar svih multinacionalnih kompanija. UNCTAD, World Investment Report, United Nations, New York and Geneva, 2018, str.26.

¹⁷ Janet Dine, "Stopping Jurisdictional Arbitrage by Multinational Companies: A National Solution?", European Company Law, Volume 11, Issue no. 2, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2014, str. 77.

¹⁸ Miodrag Sukijasović, op. cit., str. 151.

Ekonomski i socijalni savet UN osnovao je Centar za transnacionalne kompanije i Komisiju za transnacionalne kompanije, koja je usvojila Kodeks ponašanja transnacionalnih kompanija (Code of Conduct Doc. UNO E/C.10.1996.C.2.).¹⁹ Kodeks UN, kao i npr. Smernice Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj multinacionalne kompanije su preporučujućeg karaktera, pri čemu centralno mesto zauzima samo MNK kao jedna vrsta poslovnog entiteta. To je ujedno i osnovni razlog njihovog ograničavajućeg dejstva za kontrolu MNK.²⁰ U osnovi ovih aktivnosti regulisanja ponašanja i kontrole MNK od strane UN, OECD, kao i drugih organizacija, koje su započete sedamdesetih godina 20. veka, jeste uverenje da MNK zbog svoje veličine, imaju ogromnu moć da utiču na nacionalne politike.²¹

Pored toga, značaj ima i UN Global Compact (UN Globalni sporazum), koji predstavlja drugačiju strategiju i poboljšanje globalnog korporativnog upravljanja, bez "tvrdog prava" i bez potrebe za nacionalnom regulativom. Ova inicijativa potekla je od Generalnog sekretara UN Kofi Annana 1999. godine u

¹⁹ Commission on Transnational Corporations, Report on the Special Session (7-18 March and 9-21 May 1983) Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement No. 7 (E/1983/17/Rev. 1), Annex II. The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Current Studies, Series A (New York: United Nations) United Nations publication sales No. E.86.II.A.15, (ST/CTC/SER.A/4), Annex I, <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium//en/13%20volume%201.pdf>; http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20059a2_en.pdf, 16.04.2020.

²⁰ Ivana Ljutić, „Međunarodno pravo, transnacionalne kompanije i nova „Lex mercatoria“, Zbornik radova sa naučne konferencije, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2014, str. 70-71.

²¹ Seymour J. Rubin, „Transnational Corporations and International Codes of Conduct: A Study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development“, Symposium: Codes of Conduct for Transnational Corporations, The American University Law Review, Vol. 30:903 str. 908. Kao prilog svojoj tvrdnji autor navodi sledeće podatke. Godišnji prihod od prodaje kompanije General Motors veći je od bruto nacionalnog proizvoda većine država. Sedamdesetih godina procenjeno je da će u budućnosti oko 300 do 400 MNK kontrolisati 60 do 70% industrijske imovine sveta.

okviru Svetskog ekonomskog foruma u Davosu. On je tada pozvao biznis lidere da se uključe u ovaj sporazum, određivši deset ključnih principa koji se upravo odnose na ljudska prava, prava zaposlenih, zaštitu životne sredine, antikorupcione mere, itd. Vlade država ne igraju značajnu ulogu u primeni ovog instrumenta, već korporacije i njihove aktivnosti. UN Kodeks ponašanja transnacionalnih kompanija i OECD Smernice za multinacionalne kompanije predstavljaju alternativni pristup uvođenju discipline, za mere koje utiču na tok međunarodnih investicija. Kao mehanizam pluralističkog karaktera i kao multilateralni proces, ovi kodeksi ostvaruju ravnotežu između ekonomskih, političkih, etičkih, socijalnih i drugih aspekata regulative stranih investicija, između velikih i malih zemalja, razvijenih i zemalja u razvoju.²² Osnovna svrha ovih kodeksa ponašanja je u obezbeđivanju i uspostavljanju savršene nacionalne kontrole nad MNK, kao i da takva kontrola treba da služi zadovoljenju nacionalnih i međunarodnih interesa. Osnovni nedostatak je njihova preporučujuća pravna snaga, i dobrovoljna implementacija. Iako postoji niz nedostataka ovog pravnog mehanizma kontrole MNK, određujemo ih kao važne, uz napomenu da je u budućnosti neophodno tražiti druge alternativne mehanizme kontrole, poput snažne i efikasne nacionalne regulative.

Globalni sporazum je inicijativa strateške politike namenjene biznisima koji su posvećeni tome da svoje poslovne operacije i strategije usklade sa deset univerzalno prihvaćenih principa u oblasti ljudskih prava, rada, ekologije i borbe protiv korupcije, kao moralna obaveza, bez temelja u regulativi država.

Nadovezujući se na poštovanje principa kreiranih Globalnim sporazumom UN, sledeći koncept koji vredi razmotriti je koncept društveno odgovorne MNK, kao i Ragi (*Ruggie*) inicijativu, opet u okviru UN.

²² Ivana Ljutić, 2014, op.cit., str. 81-82.

Dužnosti MNK prema društvu u sociološkom smislu, analiziraju se upravo u svetlu poštovanja propisa u oblasti zaštite čovekove okoline, bezbednosti i zdravlja zaposlenih, ljudskih prava, nedavanja i neprimanja mita i dr.²³

Društvena odgovornost kompanija u pravnoj literaturi razmatrana je još u sedamdesetim godinama 20. veka. U 21. veku ta debata je nastavljena, ali u novom kontekstu, kontekstu velikih kompanija i njihove društvene odgovornosti, kao i problemima vezanim za MNK i ljudska prava.²⁴ MNK imaju odgovornost za promovisanje i poštovanje ljudskih prava, standarda "dobrog korporativnog upravljanja", međunarodnog prava i društveno odgovornog poslovanja, ali da su dužne da obezbede samoprimeru takvih normi.²⁵ U tom kontekstu, društveno odgovorna MNK je ona MNK koja ispunjava obaveze prema stejkholderima, odnosno društvu, i ona koja ima svest da zloupotreba njene moći može dovesti do ozbiljnih posledica, bilo na pravnom, bilo na ekonomskom terenu. S obzirom da postoje praznine u regulativi MNK, a obavezno nadnacionalno pravo, koje bi ih regulisalo, ne postoji, jedno od rešenja uspostavljanja efektivne kontrole MNK je koncept "međunarodne društvene odgovornosti kompanija".²⁶

²³ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing, 2011 Edition, (OECD Smernice za multinacionalne kompanije), Recommendations for Responsible Business Conduct in a Global Context, Part I, str. 19.

²⁴ Lucien J. Dhooge, „Human Rights for Transnational Corporations“, Journal of Transnational Law & Policy, Vol. 16:2, Spring 2007, str. 197-201, 242, http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol16_2/Dhooge.pdf, 10.05.2020.

²⁵ Gao Yun, „Governance, International Law & Corporate Social Responsibility“, International Labour Organization (International Institute for Labour Studies), Geneva, 2008, str. 168-169, <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/116.pdf>, 10.05.2020.

²⁶ Jennifer A. Zerk, Multinationals and Corporate Social Responsibility-Limitations and Opportunities in International Law, Cambridge University Press, 2006, str. 1.

Tako posmatrano, s obzirom da MNK nema pravni subjektivitet kao celina, već to ima svaka njena članica, deluje kao da one ostaju izvan prava, dok je društveno odgovorna MNK ona MNK u kojoj je svaka članica društveno odgovorna. No, MNK su stožer moći, čime utiču na nacionalni suverenitet, dovodeći ga ponekad i u pitanje, a ostvaruju i uticaj na kulturu.²⁷

Kako je zaštita ljudskih prava primarni princip za MNK, i u prethodno navedenim kodeksima, i kroz koncept društvene odgovornosti, UN su 2005. godine imenovale specijalnog predstavnika Generalnog sekretara za pitanja ljudskih prava i transnacionalnih kompanija Džona Ragija (*John Ruggie*), koji je zaslužan za usvajanje Rukovodećih načela UN o biznisu i ljudskim pravima 2011. godine i sprovođenje čuvenog okvira za biznise i ljudska prava: „*zaštiti, poštuj, otkloni*“ iz 2008. godine, koji je prethodio ovim načelima. Iako ova Rukovodeća načela nisu pravno obavezujuća, prema Ragiju postoji njihov značajan normativni doprinos u razradi postojećih standarda i praksi i za države i za kompanije, te integraciji u logičku celinu, i sagledavanju nedostataka postojećeg režima i njegovim eventualnim poboljšanjima.²⁸ Analizirajući MNK kao globalne institucije, njihovu moć, autoritet i povezanu autonomiju u njegovom čuvenom delu iz 2017. godine Ragi postavlja sledeća pitanja: „Da li društvena odgovornost može da zameni obavezne mere? Kada standardi mekog prava mogu uticati na zakonska pooštavanja, bilo na nacionalnom, bilo na međunarodnom nivou?“²⁹.

²⁷ Ibidem., str. 7.

²⁸ European Commission, Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights - State of Play, Brussels, 2015, str. 3.

²⁹ John Gerard Ruggie, „Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy, Regulation & Governance“, John Wiley & Sons Australia, Ltd. (2017), doi:10.1111/rego.12154, 11.05.2020, str.13-14.

Ragijevo rešenje je veoma prosto, kao i po mišljenju autora, da takva pitanja tek počinju da se rešavaju. To je ujedno i odgovor na pitanje iz naslova rada kako vratiti MNK pod okvir snažne i efikasne regulative.

Nacionalne regulative povezanih društava kao ključ pravne kontrole multinacionalnih kompanija

Pre nego što zaključimo raspravu i analizu o snažnoj i efikasnoj regulativi MNK, postavićemo poslednje pitanje u ovom radu - Zašto pribeći nacionalnim kompanijskim regulativama povezanih privrednih društava? Odgovor nije jedan, ni jednostavan. Međunarodni izvori prava o MNK univerzalnog karaktera, u domenu tvrdog prava, ne postoje kao takvi. U tom smislu, nacionalne regulative povezanih društava ključne su u kontekstu pravne kontrole MNK, kao jedine obavezne u ovom aspektu. MNK, kao celinu, ne kontroliše jedna jurisdikcija, već više, te nije uključena mesna i stvarna nadležnost suda jedne države. Primera radi, kompanijsko pravo ne reguliše *per se* poslovanje MNK, ali sadrži odredbe koje se odnose na grupe kompanija, te se takve odredbe primenjuju na sve kompanije u grupi, bile one domaće ili strane.³⁰ Značaj kompanijske regulative grupe društava, ogleda se u preliminarnoj, odnosno *a priori* pravnoj kontroli TNK, i sistemu sankcija koje predviđa navedena pravna regulativa..

Nacionalni pravni režimi imaju različite pristupe regulativi grupe društava, od fragmentarnog, do sveobuhvatnog regulisanja, ukoliko posmatrano kroz uporednopravni aspekt.³¹

³⁰ O pravu privrednih društava Crne Gore, videti: Branislav Radulović, Privredno pravo, I izdanje, Crna Gora Uprava za kadrove, Podgorica, 2015, str. 12-42.

³¹ Ivana Ljutić, „Corporate Governance in Group of Companies: A Corporate Law Review, Interantional Scientific Conference Proceeding, „Post Crisis

Kompanijsko zakonodavstvo Nemačke uređuje ovo pitanje na sistemski način, te je dovoljno samo navesti čuveni nemački *Konzernrecht*. Zato i navodimo nemačku regulativa i određujemo je kao efikasnu i snažnu, jer su na sistematski način uredili pitanje grupa društava - prava koncerna (nem. *konzernrecht*) još 1965. godine. Relevantna pravila sadržana su u paragrafima 15-19. i 291-328. nemačkog Zakona o akcionarskom društvu (Aktiengesetz- AktG).³² Pored Nemačke, ovakav pristup karakteriše i zemlje u našem okruženju, poput prava Hrvatske i Slovenije, jer su njihova prava zasnovana na nemačkom pravu.³³ Uz gore navedene, Portugal, Italija, Brazil i Tajvan se, takođe, navode u literaturi, kao države koje na sistematski način regulišu grupe društava.³⁴ Od povezanih društava u nemačkom pravu, najznačajnije mesto pripada koncernu (ugovorni i faktički koncern, kao i koncern sa elementima jednakosti). U smislu kontrole MNK, značajna su pravila o zaštiti manjinskih akcionara i zaštiti poverilaca zavisnog društva. Ugovor o upravljanju kreira neoborivu pretpostavku o postojanju odnosa subordinacije i jedinstvene uprave, dok ostali ugovori o povezivanju privrednih društava ne kreiraju neoborivu pretpostavku. Da bi se zaključili ovi ugovori, neophodna je saglasnost skupština svih učesnika (tročetvrtinska većina).³⁵

Recovery“, Belgrade Banking Academy, Institute of Economic Sciences, Belgrade, 2013, str. 530.

³² Nemački zakon o akcionarskom društvima iz 1965. godine (Aktiengesetz, German Stock Corporation Act; dalje u fusnotama: AktG), 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089) 1. Januar 1966: Art. 1 G vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509), 5. August 2009 (Art. 6 G vom 31. Jul 2009), Bundesgesetzblatt, Federal Law Gazette.

³³ Šime Ivanjko, Marijan Kocbek, Korporacijsko pravo: Pravni položaj gospodarskih subjekta, GV Založba, Ljubljana, 2003, str. 825-863; Branko Skerlev, „Povezana društva i pravo koncerna“, Osnove trgovačkog prava, (urednik Ljerkica Mintas Hodak), Mate, Zagreb, 2010, str. 206-230.

³⁴ Mads Andenas-Frank Wooldridge, European Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2009, str. 449, 451.

³⁵ AktG § 293(2).

U nemačkom pravu, što smo već prethodno pominjali, razlikujemo faktički i ugovorni koncern. Ugovorni koncern koji nastaje na osnovu ugovora o vođenju poslova, kao i ugovora o prenosu dobiti, zahteva odobrenje kvalifikovanom većinom (3/4) i kontrolnog i kontrolisanog društva, adekvatno izveštavanje i ispunjenje određenih zahteva revizije, održanja kapitala i dr. Na osnovu ovog ugovora matično društvo daje obavezna uputstva zavisnom društvu, čak, iako su samo u interesu kontrolne kompanije ili neke druge članice grupe, a zavisno društvo ima obavezu njihovog izvršavanja. Upravo zbog ovog nedostatka, prema nemačkoj regulativi, kontrolna kompanija dužna je da "apsorbuje" gubitke koje je ostvarila kontrolisana kompanija, kao i da se primene prateća pravila o zaštiti manjinskih akcionara.³⁶ U ovim ugovorima, prema nemačkom pravu, mora se predvideti godišnja isplata u korist manjinskih akcionara (proporcionalna iznosu akcija u posedu) u zavisnosti od izgleda kontrolisanog entiteta u pogledu budućih profita.³⁷ Šta više, ugovori o upravljanju ili ugovori o prenosu dobiti moraju da uključe ponudu manjinskim akcionarima kontrolisane kompanije da kupe svoje akcije uz adekvatnu kompenzaciju, koja se sastoji od akcija kontrolisanog entiteta (ako je u pitanju akcionarsko društvo ili komanditno društvo na akcije) i koja se u drugim slučajevima zasniva na gotovini (misli se na ponudu).³⁸ Odluka akcionara vezana za prihvatanje ovih ugovora neće biti poništena na osnovu godišnje kompenzacije ili ukoliko je kompenzacija za napuštanje kontrolisane kompanije niska. Ipak, akcionari mogu podneti sudu tužbu da odredi, odnosno presudi adekvatnu kompenzaciju ili vrednost koeficijenta razmene

³⁶ Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, Martin Gelter, Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy, *European Company and Financial Law Review* 4(4), 2007, str. 526, DOI: 10.1515/ECFR.2007.025, 21.04.2020.

³⁷ AktG § 304 (1), (2).

³⁸ AktG § 305 (1)-(4).

akcija (tzv. nem. *Spruchstellenverfahren*, odnosno "*procedura specifikacije nagrade*"). Kod faktičkog koncerna obavezna uputstva, odnosno nepovoljne transakcije, gde nije zaključen neki od ovih ugovora, moguće su samo uz odgovarajuće kompenzacije, a odbor izvršnih direktora ima obavezu izrade izveštaja o odnosima sa povezanim društvom.³⁹ Značajne su odredbe i o reviziji izveštaja, i imenovanju posebnog revizora, kao i odredbe o zaštiti manjinskih akcionara kompanijskog prava.⁴⁰

Do sukoba interesa može lako doći u okviru grupe društava. Na pravu je zadatak da to prepozna i uredi – pravo i snaga umnosti. Ukoliko analiziramo Zakon o privrednim društvima Republike Srbije⁴¹ i uporedimo ga sa odredbama nemačkog prava, određena analogija mogla bi da se primeni u smislu postojanja posebnih pravila za društva povezana kapitalom i pravila za društva povezana posebnim ugovorom. Međutim, nacionalna regulativa nije toliko detaljna, dok sukob interesa rešava članovima 558. i 559. (odgovornost direktora kontrolnog društva i isključenje odgovornosti direktora kontrolisanog društva), upućujući na članove 63. do 80.

Odredbe o fiducijarnoj dužnosti (dužnost lojalnosti), takođe predstavljaju ključne odredbe u kontroli MNK. Direktori su lica koji predstavljaju interese vlasnika, te imaju obavezu lojalnosti društvu (fiducijarnu dužnost), i samim tim fiducijarnu odgovornost. Pored obaveze postupanja u skladu sa interesima vlasnika, dužni su da postupaju u skladu sa interesima kompanije i, još šire, interesima stejkholdera. Kod MNK, posebno naglašavamo postupanje u skladu sa interesima kompanije kao celine (interes grupe). Sve ove odredbe i navedene fiducijarne dužnosti u kontekstu

³⁹ AktG § 311., 313, 314. Za obavezu pokrivanja gubitaka filijale kod ugovornog koncerna videti: AktG § 302.

⁴⁰ AktG § 315.

⁴¹ Zakon o privrednim društvima Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15 i 44/18.

povezanih društava, odnosno MNK, važne su zbog afirmisanja koncepta odgovornosti direktora, odnosno članova odbora direktora i matičnog i zavisnog društva, i samim tim nastanka obaveze naknade štete zavisnom društvu u slučaju povrede nekog od pravila.

Nemačko kompanijsko zakonodavstvo obezbeđuje okvir efektivnog funkcionisanja grupa kompanija, pri čemu je najveći akcenat stavljen na zaštitu manjinskih akcionara i poverilaca filijalnog društva.⁴² Ovo je upravo i najznačajnija zamerka koja se stavlja nemačkom modelu (jer menadžment filijale ne uzima uvek u obzir zajednički interes grupe društava; u određenoj meri ispušteni iz vida ukupni interesi cele grupe, kao i ravnoteža interesa između pojedinačnih kompanija - članica grupe.⁴³), iako se nemačko kompanijsko pravo u literaturi određuje kao veoma restriktivno.⁴⁴

Zakon o privrednim društvima RS posvećuje veliku pažnju povezanim privrednim društvima i, sledstveno, pojedinim aspektima poslovanja MNK. No, srpska regulativa, ne sadrži eksplicitnu definiciju matičnog i zavisnog društva, ali je u smislu ZOPD određen koncept povezanih društava kapitalom i/ili ugovorom i mogu biti organizovana kao grupa društava (koncern), holding, i društva sa uzajamnim učešćem u kapitalu. Takođe, Zakon određuje i pojam kontrolnog učešća u kapitalu, i posebna pravila za društva povezana kapitalom, kao i pravila za društva povezana posebnim ugovorom (naročito: 1. prava i obaveze kontrolnog društva, 2. mere zaštite podređenog društva, 3. obim prenosa dobiti i kompenzacije podređenom društvu, 4. pokrivanje gubitaka podređenog društva od strane

⁴² Zanimljiva su rešenja albanskog kompanijskog prava, koja se u literaturi navode kao veoma dobra, jer su otišla korak dalje od nemačkih. Janet Dine, op.cit., str. 78-80.

⁴³ Jaap Winter, Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 2002, str. 96. Ovakvo ponašanje filijale vodi ka odgovornosti direktora (krivičnoj, kao i građanskoj).

⁴⁴ Mads Andenas-Frank Wooldridge, op. cit., str. 467.

kontrolnog društva, 5. zaštitu ostalih akcionara ili članova podređenog društva i 6. mere zaštite poverilaca po prestanku ugovora). Izuzetno važne odredbe regulative povezanih društava, u kontekstu kontrole MNK, jesu odredbe o zaštiti poverilaca. Kontrolno društvo je tako, prema članu 566. ZOPD, u obavezi da poveriocu kontrolisanog društva, na njegov zahtev, pruži odgovarajuću zaštitu za naplatu njegovih potraživanja. Iako, poboljšana rešenja ZOPD RS doprinose efektivnoj kontroli MNK, nacionalno zakonodavstvo moglo bi u većoj meri slediti detaljniji pristup regulativi povezivanja društava.

Na Devetu direktivu o grupama društava Evropske unije čeka se već četrdeset godina. Navedenih četrdeset godina čekanja kao da ukazuju da je takva ideja napuštena, jer je na njen nacrt uticalo je nemačko pravo. U slučaju njenog usvajanja mnoga pitanja postavljena u ovom radu bila bi suvišna. Srbija bi mogla u potpunosti da se uskladi sa njenim nacrtom, kao što je to učinila Italija, uz analiziranje opravdanosti pozajmljivanja rešenja iz drugih pravnih sistema. No, na taj način se često stvaraju problemi uporedivosti i tumačenja, ali sudovi u kontroli MNK mogu pružiti značajna razjašnjenja, kao i da pokažu veću spremnost prema primeni instituta "probijanja pravne ličnosti". Time države ograničavaju pravilo odvojenog pravnog subjektiviteta MNK odredbama kompanijske regulative, na osnovu primene ustanove "probijanja pravne ličnosti". Primenom ove ustanove ostvaruje se kontrola MNK sudskim putem, posebno u zemljama koje imaju bogatu sudsku praksu i brojne presude u kontekstu utvrđivanja odgovornosti na relaciji matično-zavisno društva.

No, srpsko pravo, kao i druga razvijena svetska zakonodavstva, pitanje povezivanja privrednih društava regulišu fragmentarno. Uloga kompanijskog prava značajna je za pravnu kontrolu MNK i može predstavljati snažnu i efikasnu regulativu. Proces harmonizacije kompanijskog zakonodavstva

u EU, doprineo bi efektivnoj pravnoj kontroli MNK, jer bi se razlike između nacionalnih zakonodavstva eliminisale.

Korporativna mobilnost povratno utiče na korporativno zakonodavstvo, čemu u prilog svedoče poslednji podaci o inostranim korporacijama u EU, naročito od formiranja posebnog oblika transnacionalne kompanije (*societas europea - SE*).⁴⁵ Najznačajnija novina u pogledu kompanijskog prava Srbije, a posredno vezano za regulativu TNK/MNK, predstavlja uvođenje Evropskog akcionarskog društva, tj. SE.⁴⁶ SE je pravna forma, koja omogućava TNK uštedu troškova osnivanja i održavanja filijala, kao i prekograničnih zajedničkih poslovnih poduhvata (*joint ventures*) i spajanja. Na taj način TNK utiču na kreiranje regulative, koja bi trebalo da ih kontroliše, odnosno postaju glavni nosioci arbitražnog postupanja u kompanijskom pravu.

Zaključak

Tačno dvadeset godina nakon poziva Kofi Anana, predloženog na početku rada, pravna situacija u pogledu MNK ostaje nepromenjena. Da li je Štiglic bio u pravu kada je 2007. godine napisao za MNK sledeće: „MNK su kao banditi u starim kaubojskim filmovima. Šerif ih juri samo do državne granice, i kada pređu granicu, znaju da su na sigurnom“.

Države dele autoritet sa međunarodnim organizacijama, sa jedne strane, kao i sa MNK i predstavnicima civilnog društva, sa druge strane. To je okvir opšte procene mekog prava. Na osnovu ove podele, MNK su jedan od ključnih faktora u kreiranju regulative koja treba da ih kontroliše.

⁴⁵ William W. Braton-Joseph A. McCahery-Erik P.M. Veremeulen, How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A comparative Analysis, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No 91/2008, str. 3-8, <https://ssrn.com/abstract=1086667>, 18.04.2020.

⁴⁶ Zakon o privrednim društvima RS, čl. 577a-577š.

Ostaje otvoreno pitanje mehanizma obezbeđenja poštovanja ovakvih normi, kao i sankcija u slučaju neusaglašenosti sa zahtevima mekog prava. Zbog toga činimo predlog da se standardi međunarodnih izvora prava ponašanja MNK inkorporiraju u unutrašnje pravo. Time norme mekog prava postaju norme tvrdog prava, i ostvaruje se efikasna i efektivna regulativa i kontrola MNK. Ako ih MNK poštuju, ovi kodeksi i smernice mogu činiti dobru trgovačku praksu i postati opšti trgovački običaj. Međutim, opšti zaključak koji nam se nameće je da su, u procesu globalizacije, MNK uspele da obezbede svoja prava i steknu veliku ekonomsku moć, te još uvek nisu postale "pravi obveznici".

Pitanje pravne regulative i odnosa između MNK i nacionalnih država još uvek nije jasno određeno. Ovaj odnos u suštini opredeljuje dinamika i snaga procesa globalizacije. Nameće se pitanje da li će se u skorijoj budućnosti izdvojiti posebna regulativa vezano za MNK, i time ostvariti njihova bolja kontrola. Mnogi smatraju da međunarodno pravo ne može da pruži adekvatan okvir regulative MNK, kako bi se sprečili negativni socijalni i ekološki efekti globalizacije, čiji su nosioci MNK. Opravdane su, u određenoj meri, kritike da je važeći pravni okvir nezadovoljavajući.

U svemu tome, ključnu ulogu može da ima zakonodavna, regulatorna i administrativna procedura zemlje domaćina i njihove značajne reforme. Šta države treba da učine na nacionalnom planu povodom snažne i efikasne regulative MNK? Dobar pravac kretanja je razmatranje četrdesetogodišnje debate između EU i njenih država-članica i izveštaja grupe eksperata kompanijskog prava u EU vezanih za poslovanje grupe društava.

Takođe, kreiranje uslova transparentnosti poslovanja i legislativno primoravanje (međunarodni ugovori, sporazumi, nacionalni akcioni planovi i kompanijska regulativa) MNK da budu društveno odgovorne, obezbeđuje zaštitu ljudskih prava, makar u određenoj meri.

To je ujedno i glavni izazov za buduća istraživanja u oblasti pravnog regulisanja MNK, ali i za države da budu odgovorne (politika u rukama država, a ne MNK), te kreiraju i primene nacionalne regulative u skladu sa rukovodećim načelima i principima međunarodnih organizacija (UN) označenih kao meko pravo.

Pravna regulativa koja treba da kontroliše MNK i uspostavi njihovu odgovornost treba da odiše nizom zakonskih barijera, kako proces regulisanja MNK u 21. veku, ne bude slika i prilika tog procesa koji se vezuje za 20. vek.

Summary

On the global economic arena, in the era of increasing globalization trends, multinationals (MNCs) are becoming stronger than individual countries, leaving them without adequate legal regulation and control, while grossly violating human rights. The paper analyses possible directions for creating strong and effective national regulations that could tame and control the MNCs, or impose legal barriers, provided for most by national company laws and pertinent regulation.

The formulation of numerous solutions by the international organizations, spanning in over the forty-year debate on MNCs, as very powerful actors, both economically and politically, makes a significant contribution to the legal and public responsibility of MNCs.

The author concludes that such solutions represent an alternative regulatory approach to the introduction of regulatory discipline, although they are controversial, with the constant search for other alternative mechanisms of the MNC regulation.

The main aim of this paper is to point out both the problems in the MNC regulation and possible solutions, through examples of German legislation (the famous Konzernrecht), and to incorporate such solutions into Serbian

law and legislation, leaving the field open, to solve strong and efficient regulations MNKs are just coming.

Keywords: multinational companies; regulation; state; human right;

Mr Maja RADUNOVIĆ ¹

**(NE) MOGUĆNOST BRODOVLASNIKA DA OGRANIČI SVOJU
ODGOVORNOST ZA POMORSKA POTRAŽIVANJA
u crnogorskom pravnom sistemu
i potreba za reformom zakonodavstva²**

1. Uvod

Za razliku od većine drugih grana prava, pomorsko pravo poznaje i već dugo njeguje institut opšteg (zakonskog) ograničenja odgovornosti. Razlog za to se ogleda u istorijskom prepoznavanju značaja pomorske privrede i reflektovanju želje da se zaštite brodovlasnici i druga lica uključena u operacije broda od potencijalno osakaćujućih finansijskih efekata pomorskih potraživanja.³ Ovo sa razloga što, korišćenjem mogućnosti da ograniče svoju odgovornost za potraživanja trećih lica nastala u vezi sa pomorskim poduhvatima, do propisane maksimalne sume, brodovlasnici često uspiju da očuvaju svoju egzistenciju i nastave poslovanje. U protivnom, ako je odgovornost brodarka neograničena a dodje do većeg

¹ Autorka je magistrirala međunarodno pomorsko pravo na Institutu za Međunarodno pomorsko pravo na Malti, osnovanom od strane Međunarodne pomorske organizacije, a radi kao savjetnica u Privrednom sudu Crne Gore.

² Rad se pretežno zasniva na akademskom projektu implementacije međunarodnih pomorskih konvencija na primjeru izrade nacrtu zakona o ograničenju odgovornosti brodarka, te istraživanju nastalom tim povodom, koji je autorka za potrebe okončanja magistarskih studija na Međunarodnom institutu za pomorsko pravo na Malti (IMO-IMLI) realizovala u maju 2019.godine.

³ W. A. O'Neil, Generalni sekretar Međunarodne pomorske organizacije, u Predgovoru Travaux préparatoires Međunarodne konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja iz 1976.godine i Protokola iz 1996.godine, urednika Frančeska Berlingierija.

pomorskog incidenta, ukupna potraživanja nastala iz incidenta često budu višestruko veća od vrijednosti imovine brodovlasnika i lako mogu dovesti do njegovog bankrotstva. U tom slučaju, zamisliva je situacija da, u konačnom, potraživanja nekih (a možda i većine) povjerilaca ostanu nenamirena u cjelosti.

Očigledno je da princip ograničenja odgovornosti kontrira starom rimskom principu *restitutio in integrum* koji je iznjedrio pravilo o potpunoj reparaciji kao vodeći princip naknade štete. Aktivacijom instituta ograničenja odgovornosti od strane brodovlasnika, njegovi povjerioci mogu postići samo djelimičnu satisfakciju, budući da svoje potraživanje mogu naplatiti samo do maksimalno propisane sume. Upravo iz toga razloga, ograničenje odgovornosti dugo je bilo predmet stroge kritike od strane stručne javnosti, a protivnici ovog instituta najradije ističu da je isti ustanovljen u korist privrede i industrije, a na štetu strana oštećenih u pomorskom poduhvatu.

U 17. vijeku, eminentni međunarodni pravnik Hugo Grocijus tvrdio je da je koncept ograničenja odgovornosti neophodan radi podsticanja razvoja pomorske industrije, dok je primjena koncepta *restitutio in integrum* u ovom kontekstu po mišljenju Grocijusa bila nepravedna i nepoštena prema interesima trgovine.⁴ Grocijusova tvrdnja da ograničenje odgovornosti počiva na principu "prirodne pravde" izazvala je vidno kontraverzne reakcije, međutim, ipak je ovaj institut našao svoje mjesto u holandskim zakonima toga vremena, ali i u Statutu grada Hamburga (1603) i Pomorskog zakonika Švedske (1667). Pomorske ordonanse Luja XIV iz 1681. godine propisivale su da odgovornost brodara za dugove zapovjednika broda prestaje napuštanjem broda (*abandon*), koja je odredba

⁴ C. Haddon-Cave, *Passengers Carried by Sea – Limitation against Passenger Claims: Medieval, Unbreakable and Unconscionable*, rad predstavljen na 37. Konferenciji CMI, 11-17 Februar 2002, CMI Yearbook 2001, str. 235.

kasnije prenijeta u Napoleonov Trgovački zakonik iz 1807.godine, a otuda proširena na međunarodnu pomorsku zajednicu.⁵

U današnjem međunarodnopravnom poretku, ograničenje odgovornosti brodara široko je prihvaćen institut pomorskog prava. Razlog za to se više ne ogleda u političkom aktu podsticanja pomorske privrede koja je od vremena Huga Grocijusa pa do danas napredovala do apsolutne dominacije u međunarodnom prevozu robe⁶, već iza ovoga instituta stoje prije svega razlozi koji pomorski transport čine specifičnim. Naime, pomorska plovidba spojena je sa brojnim opasnostima i rizicima koji je prate, dok je vrijednost broda, tereta i pratećih troškova izrazito visoka. Sa druge strane, odgovornost brodovlasnika za štetu koja nastane u vezi sa pomorskim poduhvatom je objektivne prirode, što će reći da isti odgovara bez obzira na krivicu.

U teoriji se ističe još jedno opravdanje za uvođenje instituta ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja, a odnosi se na specifičnu samostalnost koju uživa zapovjednik broda, kako u nautičkom, tako i u komercijalnom pogledu. Pa budući da zapovjednik broda „izmiče“ kontroli brodovlasnika prilikom plovidbe, smatra se opravdanim da se odgovornost brodovlasnika veže samo za imovinu povjerenu zapovjedniku.⁷

Prvi pokušaji unifikacije pravila o ograničenju odgovornosti brodara načinjeni su od strane Međunarodnog pomorskog komiteta (Comité Maritime International - CMI)

⁵ Norman A Martínez Gutiérrez, *Limitation of Liability in International Maritime Conventions: The relationship between global limitation conventions and particular liability regimes* (London: Routledge 2011) str. 6-7.

⁶ Oko 98% cjelokupne svjetske trgovine danas se odvija preko mora.

⁷ Borislav Ivošević i Časlav Pejović, *Pomorsko pravo* (Uporednopravna studija), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2019., str.707.

usvajanjem teksta Konvencije iz 1924. godine.⁸ Međutim, Konvencija je smatrana prilično neuspješnom, imajući u vidu zaista mali broj ratifikacija odnosno pristupa istoj.⁹ Iako je njena sljedbenica, Konvencija iz 1957.godine, bila uspješnija¹⁰, međunarodna zajednica je uskoro uvidjela potrebu za revizijom iste i dodatnom radu na ovom pitanju na međunarodnom nivou.

Danas važeći režim ograničenja odgovornosti na međunarodnom planu se u pretežnom zasniva na Konvenciji o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja iz 1976.godine, koja je stupila na snagu 01.12.1986.godine, sa Protokolom iz 1996.godine.¹¹ U ovom trenutku, Protokol je najšire rasprostranjen sporazum o globalnom ograničenju odgovornosti brodara.¹²

Važno je ukazati da su granice odgovornosti usvojene Protokolom kasnije izmijenjene putem prećutnih amandmana,¹³ shodno članu 8 Protokola, kada je Pravni

⁸ Međunarodna konvencija o unifikaciji određenih pravila o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih plovila i Protokol o potpisivanju, avgust 1924.godine, stupila na snagu u junu 1931.godine.

⁹ Samo 15 država su potpisale odnosno pristupile ovoj Konvenciji, od kojih je kasnije sedam istu otkazalo.

¹⁰ Međunarodna konvencija o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih brodova, usvojena 10.oktobra 1957.godine, stupila na snagu 31.maja 1968.godine, privukla je 50 strana potpisnica koje su uključivale i najveće pomorske nacije toga vremena (ali bez Sjedinjenih Američkih Država, Grčke i Rusije). Ova konvencija je i dalje na snazi za nekoliko država.

¹¹ Konvencija je nastala kao rezultat zajedničkog rada Međuvladine konsultativne organizacije (Inter-Governmental Consultative Organization – IMCO, danas poznate kao Međunarodna pomorska organizacija - International Maritime Organization – IMO) i Međunarodnog pomorskog komiteta. Protokol je usvojen 02.05.1996.godine, a stupio na snagu 13.05.2004.godine.

¹² Protokol je ratifikovala 61 država, koja predstavlja 69,45% ukupne svjetske flote, informacija dostupna na: <<http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/StatusOfTreaties.pdf>> pristupljeno 28.05.2020.godine.

¹³ eng. tacit amendment – postupak karakterističan za IMO konvencije, zasniva se na principu prećutnog pristanka. Jednostavno govoreći, "prećutno pristajanje" znači "prihvaćeno osim ako je odbijeno". Na taj

komitet Međunarodne pomorske organizacije prihvatio predlog Australije i povećao granice odgovornosti Rezolucijom LEG.5 (99) usvojenom 19. 04. 2012. godine.

Cilj ovog rada je da predstavi pojam ograničenja odgovornosti brodara sa aspekta važećih odredbi međunarodnog prava, analizira trenutne mogućnosti i ograničenja crnogorskog prava kada je u pitanju ovaj institut, te ukaže na značaj pristupanja Crne Gore međunarodnim konvencijama i njihovog implementiranja u domaće zakonodavstvo, iz čega proizilazi i potreba za izmjenom nacionalnog zakonodavstva.

2. Neke bitnije karakteristike međunarodnog pravnog režima ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja

2.1. Međunarodni režim ograničenja odgovornosti – na globalnom nivou

Međunarodnopravni režim ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja na globalnom nivou dominantno se zasniva na Protokolu iz 1996. godine, izmijenjenom Rezolucijom iz 2012. godine. Kako Protokol ima prirodu amandmana, njegove se odredbe mogu razumjeti i pravilno primijeniti jedino ako se iste čitaju i tumače zajedno sa odredbama Konvencije iz 1976. godine. S toga se autorka u ovom poglavlju neće pozivati na pojedine odredbe Konvencije niti Protokola, već će dati njihov konsolidovan prikaz po tematskim cjelinama.

način, izmjene se smrtaju prihvaćenim ukoliko u dogovorenom vremenskom intervalu dogovoren broj ugovornih strana ne prigovori izmjenama. Podrazumijeva se da ovaj skraćeni postupak izmjene konvencija mora biti ugovoren u samoj konvenciji.

2.1(a) Lica ovlašćena na ograničenje odgovornosti

Pravo na ograničenje odgovornosti imaju sljedeća lica:

- brodovlasnici (koji termin označava vlasnika, čarterera, menadžera i operatera pomorskog broda),
- spasioci (termin označava bilo koje lice koje pruža usluge u direktnoj povezanosti sa operacijom spasavanja, uključujući lica koja obavljaju poslove podizanja, uklanjanja, uništavanja ili činjenje bezopasnim broda koji je potonuo, postao olupina, nasukan ili napušten, lica koja vrše poslove uklanjanja, uništavanja ili činjenje bezopasnim tereta sa broda i druga lica koja se ne smatraju odgovornim za mjere preduzete radi odvratanja ili umanjivanja gubitaka za koje osoba koja je odgovorna može ograničiti svoju odgovornost u skladu sa Konvencijom/Protokolom),
- bilo koje lice za čiju je radnju, zanemarivanje ili propuštanje brodovlasnik odgovoran i
- osiguravači brodovlasnika (u mjeri u kojoj osiguranik može ograničiti svoju odgovornost).

2.1(b) Potraživanja u vezi sa kojima se može, odnosno ne smije ograničiti odgovornost

Lica navedena u prethodnom paragrafu mogu ograničiti svoju odgovornost za sljedeća potraživanja:

(a) potraživanja nastala usljed smrti ili tjelesne povrede ili gubitka imovine odnosno imovinske štete (uključujući štete nastale na lučkim postrojenjima, bazenima, prilaznim plovnim putevima i oznakama za plovidbu) koji se dogode na brodu ili u direktnoj povezanosti sa operacijom broda, ili sa spasavanjem broda, kao i izmakla korist koja je nastala kao posljedica navedenog;

(b) potraživanja po osnovu izmakle koristi nastale usljed kašnjenja u prekomorskom prevozu tereta, putnika i prtljaga;

(c) potraživanja po osnovu druge vrste izmakle koristi nastale usljed povrede vanugovornih prava, nastalih u

direktnoj povezanosti sa operacijom broda ili spasavanja broda;

(d) potraživanja nastala usljed podizanja, uklanjanja, uništavanja ili činjenja bezopasnim broda koji je potonuo, postao olupina, nasukan ili napušten, odnosno bilo čega što se nalazi ili se nalazilo na takvom brodu;

(e) potraživanja nastala usljed uklanjanja, uništavanja ili činjenja bezopasnim tereta sa broda;

(f) potraživanja lica koje se ne smatra odgovornim licem u odnosu na mjere preduzete radi sprečavanja ili umanjivanja gubitka za koji odgovorno lice može da ograniči svoju odgovornost, kao i za dalje gubitke izazvane tim mjerama.

Međutim, izuzeta su od prava na ograničenje odgovornosti sljedeća potraživanja:

(a) po osnovu spasavanja, uključujući, ukoliko je primjenljivo, bilo koje potraživanje po osnovu specijalne kompenzacije u smislu čl.14 Međunarodne konvencije o spasavanju na moru iz 1989. godine, sa izmjenama, ili po osnovu doprinosa u zajedničkoj havariji;

(b) po osnovu zagađenja nastalog izlivanjem ulja u smislu Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu nastalu zagađenjem mora uljem iz 1969. godine ili bilo kojeg amandmana odnosno Protokola te Konvencije koji je na snazi;

(c) koja su predmet regulisanja međunarodnog ili nacionalnog pravnog akta koji reguliše odnosno zabranjuje ograničenje odgovornosti za nuklearnu štetu;

(d) u odnosu na vlasnika nuklearnog broda za nuklearnu štetu;

(e) zaposlenih kod brodovlasnika ili spasioca čije se dužnosti odnose na brod ili na operaciju spasavanja, uključujući potraživanja njihovih nasljednika, izdržavanih lica ili drugih lica ovlašćenih na podizanje tužbi u njihovo ime, ukoliko shodno pravu koje reguliše

ugovor o uslugama zaključen između brodovlasnika ili spasioca i tih lica, brodovlasnik ili spasilac nisu ovlašćeni da ograniče svoju odgovornost u odnosu na takva potraživanja, ili ako to pravo dozvoljava ograničenje odgovornosti u iznosu većem od onog predviđenog Protokolom.

2.1(c) Prestanak prava na ograničenje odgovornosti

Pravo na ograničenje odgovornosti prestaje ukoliko se dokaže da je šteta nastala usljed lične radnje ili propuštanja odgovornog lica, sa namjerom da se izazove takva šteta, ili usljed nemara i znanja da će takva šteta najvjerojatnije da nastane.

2.1(d) Granice odgovornosti za pomorska potraživanja

Granice odgovornosti za potraživanja, osim potraživanja putnika, koja nastaju iz svakog pojedinačnog događaja, računaju se na sljedeći način:

(a) odgovornost za potraživanja nastala u vezi sa smrću ili tjelesnom povredom,

(i) 3,02 miliona obračunskih jedinica za brod čija tonaža ne prelazi 2.000 tona,

(ii) za brod čija tonaža prelazi 2.000 tona, na način što se:
za svaku tonu između 2.001 i 30.000 tona dodaje 1,208 obračunskih jedinica;

za svaku tonu između 30.001 i 70.000 tona dodaje 906 obračunskih jedinica i

za svaku tonu preko 70.000 tona dodaje se 604 obračunske jedinice;

(b) za bilo koja druga potraživanja:

(i) 1,51 milion obračunskih jedinica za brod čija tonaža ne prelazi 2.000 tona,

(ii) za brod čija tonaža prelazi 2.000 tona:
za svaku tonu između 2.001 i 30.000 tona dodaju se 604 obračunske jedinice;

za svaku tonu između 30.001 i 70.000 tona dodaju se 453 obračunske jedinice i

za svaku tonu preko 70.000 tona dodaju se 302 obračunske jedinice;

Uočava se da granice odgovornosti nisu određene u valuti već u obračunskim jedinicama. Naime, radi se o Specijalnim pravima vučenja (*eng.*: Special Drawing Rights - SDR) koja imaju ulogu svjetske rezervne valute i definisana su od strane Međunarodnog Monetarnog Fonda. Vrijednost obračunskih jedinica varira, pa se kao relevantna uzima vrijednost na dan osnivanja fonda ograničene odgovornosti, odnosno na dan uplate iznosa ili davanja finansijskog obezbjeđenja u cilju osnivanja fonda.

2.1(e) Primjena Protokola iz 1996. godine

Kako to proizilazi iz samih njegovih odredbi, Protokol iz 1996. godine primjenjuje se kada neko od lica ovlašćenih da ograniče svoju odgovornost pokrene postupak ograničenja odgovornosti pred sudom države - potpisnice Protokola, ili ukoliko zatraži oslobođenje broda ili druge imovine odnosno oslobođenje bilo kog sredstva obezbjeđenja koje se nalazi u nadležnosti države potpisnice.

2.2. *Regionalni međunarodni režim ograničenja odgovornosti - pravo Evropske unije*

Nakon niza pomorskih nezgoda koje su obilježile evropske vode s kraja XX i početkom XXI vijeka, a naročito potonuća naftnih tankera *Erika* i *the Prestige*, Evropska Unija je shvatila da posebnu pažnju treba posvetiti pitanju pomorske sigurnosti i zaštiti strana oštećenih u pomorskom poduhvatu.¹⁴

¹⁴ Massimiliano Musi, The Interrelations Between Compulsory Insurance of Shipowners for Maritime Claims and the Ship-owner's Limitation of Liability: a Case of Lack of Coordination in Italy Among Disciplines of

Sa ciljem unapređivanja kvaliteta pomorske privrede na način što će pojačati odgovornost svih ekonomskih učesnika u pomorskom poduhvatu¹⁵, Evropski Parlament je dana 23. 04. 2009. godine usvojio Direktivu 2009/20/EC kojom je uspostavljeno obavezno osiguranje pomorskih potraživanja od strane brodovlasnika. Međutim, Direktivom se ujedno iskazuje i politička volja Država Članica da pristupe Međunarodnoj konvenciji o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja, izmijenjenoj Protokolom iz 1996. godine, kao i da istu implementiraju u domaća zakonodavstva. Naime, u Preambuli se jasno ističe: "Države Članice su 09.10.2008.godine jednoglasno izjavile da prepoznaju značaj primjene Protokola iz 1996.godine..".

Inače, shodno pravu Evropske unije, direktiva je zakonodavni akt kojim se utvrđuje cilj koji sve države članice EU moraju ostvariti, pri čemu je svaka država slobodna da samostalno odluči o načinu na koji će ostvariti taj cilj. U ovom trenutku, od 27 članica Unije, 23 zemlje su ratifikovale/pristupile Protokolu iz 1996. godine i isti implementirale u nacionalna zakonodavstva.¹⁶ Među preostalim zemljama nalaze se Austrija, Češka i Slovačka, koje kao zemlje koje nemaju izlaz na more u suštini ne bi ni bile u mogućnosti da primijene odredbe Protokola, ali i Italija, u kojoj se već neko vrijeme razmatra pitanje pristupanja ovom međunarodnom režimu.¹⁷

Different, but Complementary Subjects (Maritime and Transport Law Towards Open Horizons) Bologna 2019, str. 6-7.

¹⁵Direktiva Evropskog parlamenta i Savjeta o osiguranju pomorskih potraživanja prema brodovlasniku 2009/20/EC od 23.04.2009, dostupna na:

<<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0128:0131:EN:PDF>>, pristupljeno 28.05.2020.godine.

¹⁶ Informacija o ratifikaciji IMO konvencija od strane zemalja članica dostupna na:

<<http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>, pristupljeno dana 28.05.2020.godine.

¹⁷ Musi, str.20.

3. Važeće norme u Crnoj Gori

Crna Gora nije potpisnica Protokola iz 1996. godine, niti neke od drugih međunarodnih konvencija o ograničenju odgovornosti brodovlasnika. S toga, nacionalno zakonodavstvo predstavlja isključivi izvor prava relevantan za ograničenje odgovornosti za pomorska potraživanja, još od vremena bivše Jugoslavije.

Iako je zakonodavna aktivnost u oblasti pomorstva posljednjih godina pojačana, važeće norme građanskopravne prirode iz oblasti pomorskog prava i dalje se snažno oslanjaju na Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (*"Službeni list SRJ"* br. 12/98, 44/99, 74/99 i 73/2000). Institut i postupak ograničenja odgovornosti brodara regulisani su u članovima 419-462 toga zakona.

Brodar pomorskog broda može da ograniči odgovornost za obaveze koje nastaju u vezi sa plovidbom i iskorišćavanjem broda, propisane u čl.418 ZPUP, a to su potraživanja iz tjelesnih šteta - koja nastaju smrću ili telesnim povredama lica i potraživanja iz materijalnih šteta – koja nastaju iz bilo kod drugog razloga, osim onog koje nastaje iz tjelesnih šteta. Navedena odredba generalne je prirode i uključuje širok krug potraživanja iz šteta koje nastaju nezavisno od krivice brodara (odnosno lica za koje je brodar odgovoran), a tiču se: tjelesnih šteta koje su pretrpjela lica koja se radi prevoza nalaze na brodu i materijalnih šteta na stvarima koje se nalaze na brodu; telesnih šteta koje su pretrpela lica na kopnu ili na vodi, odnosno iz materijalnih šteta na stvarima koje se nalaze van broda i šteta nastalih u vezi sa naređenim pomicanjem, dizanjem ili uništenjem potonulog, nasukanog ili napuštenog broda i stvari koje se nalaze na tom brodu, kao i za štete prouzrokovane od strane broda luci, odnosno pristaništu, lučkim, odnosno pristanišnim objektima i plovnim putevima.

Granice odgovornosti brodara predviđene su članom 419 ZPUP, i to:

1) 650 US dolara u dinarskoj protivvrijednosti po kursu na dan zaključenja ugovora po toni tonaže odnosnog broda, ako je jednim događajem nastalo samo potraživanje iz materijalnih šteta;

2) 2000 US dolara u dinarskoj protivvrijednosti po kursu na dan zaključenja ugovora po toni tonaže odnosnog broda, ako je jednim događajem nastalo samo potraživanje iz tjelesnih šteta;

3) 2000 US dolara u dinarskoj protivvrijednosti po kursu na dan zaključenja ugovora po toni tonaže odnosnog broda, ako su nastali iz jednog događaja potraživanja iz tjelesnih šteta i potraživanja iz materijalnih šteta. Od ovog iznosa, iznos od 1350 US dolara po toni namenjen je isključivo namirenju potraživanja iz tjelesnih šteta, a iznos od 650 US dolara u dinarskoj protivvrednosti po kursu na dan zaključenja ugovora po toni - isključivo namirenju potraživanja iz materijalnih šteta. Ako iznos namijenjen isključivo za namirenje potraživanja iz tjelesnih šteta nije dovoljan za njegovo potpuno podmirenje, neisplaćeni ostatak ovog potraživanja, zajedno sa potraživanjem iz materijalnih šteta, naplaćuje se iz iznosa koji je namijenjen namirenju potraživanja iz materijalnih šteta.

Shodno čl.430, pravo na ograničenje odgovornosti ustanovljeno je u korist brodara, odnosno vlasnika broda, poslovođu broda i naručioca prevoza u brodarskom ugovoru. Pored navedenih lica, shodno čl.431, zapovjednik broda, ostali članovi posade i druga lica koja rade za brodara, ako su odgovorni za potraživanja iz člana 418 toga zakona, takođe mogu da ograniče svoju odgovornost.

Inače, shodno čl.5, st.1, tačka 44 Zakona, "brodar" je fizičko ili pravno lice koje je kao držalac broda nosilac plovidbenog poduhvata, s tim što se pretpostavlja, dok se protivno ne dokaže, da je brodar lice koje je u upisnik brodova upisano kao vlasnik broda.

Brodar gubi pravo da ograniči svoju odgovornost u dva slučaja:

- 1) ako je događaj iz koga su nastala potraživanja prouzrokovao njegovom ličnom krivicom;
- 2) za štete nastale smrću ili telesnom povredom lica koja su u radnom odnosu s brodarom.¹⁸

Postupak ograničenja brodarove odgovornosti ima prirodu vanparničnog postupka koji sprovodi sudija pojedinac stvarno nadležnog suda, a regulisan je u čl.436-462 ZPUP.

4. Razlozi za izmjenu postojećeg zakona, pristupanje Protokolu iz 1996. godine i implementiranje njegovih odredbi u domaće zakonodavstvo

Čak i površnim upoređivanjem relevantnih odredbi međunarodnog i nacionalnog prava uočava se da su odredbe Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi u pogledu ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja nepotpune, zastarjele i što je najvažnije, u potpunosti neprimjenljive.

Prije svega, Zakon ne uzima u obzir značaj spasioca u pomorskim poduhvatima i pitanje odgovornosti koje se veže sa njegovom ulogom. To je prije svega uočljivo kada se ima u vidu krug lica koja su na osnovu Zakona ovlašćena da ograniče svoju odgovornost, među kojima se ne nalazi spasilac, iako je Crna Gora jedna od strana potpisnica Međunarodne konvencije o spasavanju na moru iz 1989.godine, čije je odredbe implementirala kroz svoje zakonodavstvo.

Osim toga, Zakon ne daje mogućnost osiguravaču da ograniči svoju odgovornost za pomorska potraživanja, iako je navedena mogućnost jedna od najznačajnijih izmjena koju je Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja iz 1976.godine unijela u svijet naplate pomorskopravnih potraživanja. Ovo prije svega kada se ima u

¹⁸ Član 423 Zakona.

vidu značaj osiguranja od odgovornosti u pomorstvu i za to specijalizovanih P&I klubova. Uloga i značaj ovog, tzv. *uzajamnog* osiguranja brodovlasnika (*mutual shipowners' insurance*), najviše dolazi do izražaja kod obaveznog osiguranja od odgovornosti kod kojih se oštećena strana može naplatiti od osiguravača direktno. Jer, iako uzajamna osiguranja načelno funkcionišu po principu *pay to be paid*, odnosno vrše refundaciju brodovlasnicima tek kad isti izmire svoje obaveze po osnovu pomorskih potraživanja, izvjesni obligacioni odnosi (naročito oni vanugovorne prirode, kao npr. naknada štete zbog izlivanja gorivnog ulja) daju pravo na direktnu tužbu. Upravo je prednja činjenica navela međunarodnu zajednicu da i samom osiguravaču omogući da ograniči svoju odgovornost u mjeri u kojoj to može učiniti i sami osiguranik. U protivnom, moglo bi se desiti da brodovlasnik ograniči svoju odgovornost do određenog iznosa štete, a da njegov osiguravač bude obavezan na isplatu punog iznosa štete. Takva situacija vodila bi do neosnovanom bogaćenju osiguranika, što bi bilo suprotno principima ne samo pomorskog prava već i prava osiguranja uopšte.¹⁹

Zanimljivo je, pritom, da član 33 Zakona o sigurnosti pomorske plovidbe ("Službeni list CG", br. 62/2013, 6/2014, 47/2015, 71/2017 i 34/2019) propisuje da crnogorski brod od 300 BT ili više, osim ratnih brodova, pomoćnih ratnih brodova ili javnih plovniha objekata koji su u državnoj svojini mora da ima potvrdu o osiguranju odgovornosti za pomorska potraživanja u skladu sa Međunarodnom konvencijom o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja iz 1976, do iznosa osiguranja utvrđenih Protokolom iz 1996 na tu Konvenciju. Dakle, crnogorsko zakonodavstvo (barem "na papiru") poznaje međunarodne propise iz oblasti ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja, te uz to zahtijeva da brod koji vije crnogorsku zastavu posjeduje izvjesne potvrde o

¹⁹ Vidi: Ivošević i Pejović, str.721.

ograničenju odgovornosti (koje uzgred same Konvencije ne poznaju), uprkos činjenici da pravo države zastave broda ne sadrži takve norme, ni nacionalnog, ni međunarodnog porijekla.

Sasvim je razumljiva i opravdana težnja zakonodavca da slijedi i implemetira odredbe evropskih direktiva, međutim čini se da je prilikom implementacije Direktive 2009/20/EC (vidi poglavlje 2.2., str.6) zakonodavcu promakla suština te Direktive, a to je da podstakne Države Članice EU koje nisu pristupile važećem međunarodnom režimu ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja, da to i učine.

Nadalje, vrste potraživanja za koja se može ograničiti odgovornost nisu specificirane, već su odredbe ZPUP u tom dijelu ostale previše opšte i nedorečene. Kada se iste uporede sa Protokolom iz 1996.godine, uočava se da posebna pažnja nije poklonjena izmakloj koristi kao bitnom elementu naknade štete u slučaju pomorskih incidenata. Zakon poznaje samo tjelesne štete i materijalne šteta na stvarima, što će reći da pravo na ograničenje odgovornosti postoji samo kada se potraživanje tiče stvarne štete, ali ne i izmakle koristi. Direktnom primjenom ukazane odredbe u praksi, moglo bi doći do situacije gdje će brodovlasnik uspjeti da ograniči svoju odgovornost, primjera radi, za materijalnu štetu pričinjenu privrednim subjektima kao trećim licima, ali da isti bude dužan da u cjelosti naknadi dobit koju su ta treća lica izgubila usljed nastale materijalne štete.

Osim navedenog, uprkos činjenici da je izmakla korist (sprječavanje povećanja nečije imovine) prepoznata kao ravnopravni vid štete u Zakonu o obligacionim odnosima Crne Gore ("Službeni list CG", br. 47/2008, 4/2011 i 22/2017)²⁰, može se reći da su njeno dokazivanje i realizacija u smislu važećih zakonskih odredbi i domaće sudske prakse otežani i sa manjim izgledima za uspjeh. Otuda bi naglašavanje ovog vida

²⁰ Čl.149 Zakona.

štete, inače prilično svojstvene pomorskim incidentima, te njeno izričito prepoznavanje u zakonskim odredbama koje regulišu pomorska potraživanja u generalnom smislu, moglo biti od pozitivnog uticaja na obezbjeđivanje pravne sigurnosti, a samim tim i brzinu sprovođenja postupka ograničenja odgovornosti brodovlasnika i namirenja potraživanja njegovih povjerilaca.

Međutim, kao najspornije odredbe ZPUP se svakako ističu one o granicama odgovornosti. Prije svega, iz razloga što su iznosi relevantni za obračun dati u američkim dolarima, odnosno, u njihovoj protivrijednosti u valuti nevažećoj u Crnoj Gori – dinarima. Osim toga, sami jedinično određeni novčani iznosi (po toni broda) su nerealni i inkompatibilni sa vrijednostima i cijenama današnjeg doba (650 US, 2000 US). Kako to proizilazi iz prethodnog teksta, međunarodna zajednica je odavno²¹ napustila princip vezivanja granica odgovornosti za određenu valutu, te uspostavila režim Specijalnih prava vučenja, čime se značajno utiče na ekonomsku sigurnost i veću uniformisanost pravila na međunarodnom nivou.

Jasno je da, sve i da se materijalnopravne odredbe o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja pokažu kao funkcionalne i dovoljne, to svakako nije od značaja sve dok se ne izmijene potojeće granice odgovornosti koje čine srž prava na ograničenje odgovornosti. Jer, odredbe čl. 419 ZPUP kojima su propisane granice odgovornosti i koje su i dalje na snazi, zbog svoje zastarjelosti i nepraktičnosti, u praksi su apsolutno neprimjenljive, pa se time onemogućava ovlašćeno lice da ograniči odgovornost pred crnogorskim sudom.

Bez obzira na stalnu potrebu za usklađivanjem prava sa realnim vremenom, životnim tokovima i privredno-ekonomskim kretanjima, razlozi prevaziđenosti određenih odredaba ZPUP

²¹ Jedan od razloga za donošenje Konvencije iz 1976.godine je upravo prevazilaženje starog sistema obračuna granica koji je zbog vezanosti za određenu valutu bio nestabilan i lako postajao neprimjenljiv.

nisu jedini koji pozivaju i urgiraju promjene. Takav „pritisak“ potiče i od međunarodne zajednice. I to ne samo od strane Evropske Unije čiju je Direktivu iz 2009. godine Crna Gora, kao kandidat za punopravno članstvo u Uniji, dužna da u cjelosti implementira, već su po sredi i obaveze koje je Država preuzela prema međunarodnoj pomorskoj zajednici. Naime, Crna Gora je potpisnica Bunker konvencije iz 2001. godine donijete u okrilju Međunarodne pomorske organizacije koja takođe poziva strane ugovornice da, ukoliko to već nisu učinile, ratifikuju Protokol Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja iz 1996. godine.²²

Zaključna razmatranja

U prethodnim poglavljima ukazano je na značaj postojanja prava na ograničenje odgovornosti za pomorska potraživanja u međunarodnom i nacionalnim pravnim sistemima. Iako bi zemlje-vlasnice tereta (*cargo-owning nations*) mogle isticati da su odredbe Protokola iz 1996. godine ustanovljene u interesu brodovlasničkih zemalja (*ship-owning nations*), činjenica je da ograničenje odgovornosti pogoduje svim subjektima pomorskopravnog poduhvata, ali i šire, budući da je očuvanje pomorske privrede u interesu cjelokupne međunarodne trgovine.²³ Osim toga, režim obaveznog osiguranja od odgovornosti za određena pomorska potraživanja predstavlja jedan od principa savremenog pomorskog prava, bez kojeg nije moguće zamisliti sigurnu plovidbu svjetskim morima i uostalom, ulazak u većinu

²² Valja ukazati da je Međunarodna konferencija za odgovornost i kompenzaciju za štetu nastalu izlivanjem brodskim gorivom proizvela Rezoluciju o ograničenju odgovornosti LEG/CONF 12/18 od 27.03.2001.godine radi dodatnog podsticanja ugovornih strana Bunker konvencije da ratifikuju Protokol iz 1996.godine, te da odjave nevažeće konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja.

²³ Između ostalog, pomorski transport i dalje predstavlja jedan od najjeftinijih vidova međunarodnog prevoza robe.

međunarodnih luka. S toga ne čudi pritisak koje međunarodne grupe P&I klubova vrše u pravcu implementiranja odredaba Protokola.

Pored opšteg interesa koji Crna Gora kao obalska država i država zastave broda treba da prepozna u režimu ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja, naročito se ističe još jedan. Naime, Protokol Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorska potraživanja iz 1996. godine ne pravi razliku između brodova na koje se primjenjuju njegove odredbe. Ovo će reći da Crna Gora, kao buduća luka nautičkog turizma, ima naročit interes da pristupi predmetnom međunarodnom režimu i isti primijeni i na jahte, čime bi zaasigurno povećala interesovanje stranih vlasnika i operatera jahti i superjahti da borave u crnogorskim vodama i na svojim brodovima viju crnogorsku zastavu. Uostalom, za subjekte pomorskog transporta, uključujući i vlasnike plovila za razonodu, sport i rekreaciju, pravna sigurnost, na koncu, predstavlja najvažniji kriterijum prilikom odabira jurisdikcije kojoj isti žele da podvrgnu svoje plovilo.

Osim navedenog, a kako je to već ukazano, pristupanje Protokolu iz 1996. godine čini neizostavni dio evropskih integracija Crne Gore i harmonizacije njenih propisa sa pravom Evropske unije. Ovdje je važno podsjetiti da, ratifikacijom međunarodnih ugovora odnosno pristupanjem istima, država ugovornica preuzima međunarodne obaveze i po tom osnovu postaje odgovorna na međunarodnom planu: prema drugim državama i prema međunarodnoj zajednici. Navedenu odgovornost prati obaveza da implementira preuzete međunarodne obaveze u domaće zakonodavstvo, budući da puko potvrđivanje međunarodnih sporazuma bez adekvatnih propisa nacionalnog prava kojima bi se međunarodne obaveze pretočile u pravo koje obavezuje državne organe i građane stvara konflikt u samom pravnom poretku države. Jer, iako se odredbom čl.9 Ustava Crne Gore jasno daje primat potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim

pravilima međunarodnog prava nad domaćim zakonodavstvom, u praksi crnogorskih državnih organa, a naročito sudova, nije se naročito pokazala sklonost ka neposrednoj primjeni međunarodnih propisa u slučajevima kad isti odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva, iako je prednje jasno predviđeno citiranom ustavnom odredbom. U konačnom, nacionalni sudovi imaju najveću ulogu u kontroli i primjeni ne samo unutrašnjeg, već i međunarodnog prava, zbog čega je, pored podizanja svijesti o značaju međunarodnog prava (naročito u pomorskim sporovima), potrebno imati jasne i tačne propise, kao i pravilno predviđene sudske procedure za zaštitu prava subjekata koji pomoć potraže pred crnogorskim sudovima.

Međutim, poslednji i možda najvažniji argument ovoga rada stavlja u drugi plan potrebu za usklađivanjem domaćeg prava sa savremenim međunarodnim tokovima, o kojoj je prethodno bilo riječi. Prije svega, crnogorski pravni sistem ne smije dozvoliti situacije u kojima domaće pravo poznaje određene institute pravne zaštite, sa detaljno obrazloženom sudsom procedurom za njihovo ostvarivanje, ali koje je odredbe Zakona nemoguće primijeniti u praksi. Sve dok ozbiljna pažnja zakonodavca ne bude posvećena uređenju građanskih odnosa u pomorskom pravu i pitanju ograničenja odgovornosti za pomorska potraživanja, postojaće uznemirujuća i opravdana bojazan da će lice koje je u smislu odredbi Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi ovlašćeno da ograniči svoju odgovornost za pomorska potraživanja, kada se jednom obrati domaćem nadležnom sudu inicirajući navedeni postupak, naići na "zatvorena vrata", budući da sudovi, u potpunosti bez svoje krivice, neće raspolagati niti jednim pravnim mehanizmom zaštite prava toga lica.

Summary

The aim of this paper is to draw attention towards the limitation of liability for maritime claims. First, it introduces a reader to the core of this legal institute and its justifications. Afterwards it gives a brief overview of the 1996 Protocol to International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, as a currently dominating international legal regime for limitation of liability for maritime claims.

Then it analyzes possibilities and limitations of Montenegrin law in force, when it comes to this legal institute, pointing out the importance of Montenegro's accession to international conventions and their implementation in domestic legislation. In concluding remarks, the author wraps up the current position of Montenegrin rules on limitation of liability from the practical point of view, highlighting implications of having outdated legislation.



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNIK”

PRILOZI

Prof dr Mersad MUJEVIĆ¹

RAZVOJ JAVNIH NABAVKI U EVROPSKOJ UNIJI I NJIHOVA VEZA SA CRNOM GOROM

Evropska unija je jedinstvena ekonomska i politička unija, međuvladina i nadnacionalna zajednica evropskih država sa „novim pravnim poretkom u okviru međunarodnog prava, u čiju su korist države članice, i ako u ograničenom obimu, ograničile svoj suverenitet; jedan poredak čiji pravni subjekti nijesu samo države članice, nego i pojedinci“². Presuda se zasniva „na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavini prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Te su vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem preovladava pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca“.³

Ključne riječi; direktiva, javne nabavke, pluralizam, unutrašnje tržište, konkurencija

Uvod

EU i ako je 1958 godine formirana kao isključivo ekonomska unija, danas pokriva veliki broj područja kao što su migracije, pravosuđe, unutrašnje tržište, energiju, carine, konkurenciju, zaštitu životne sredine i brojne druge oblasti.

¹ Vanredni profesor Univerziteta u Novom Pazaru i dugogodišnji Direktor Uprave za javne nabavke Crne Gore

² Presuda Suda EU, Predmet 26/62, 1963, 1-Van Gend&Loos

³ Prečišćena verzija Ugovora o funkcionisanju EU, SG C 202, od 07.06.2016.godine, str. 1-388. član 2

Dakle, veliki je broj oblasti u kojima EU ima isključivu nadležnost (npr. carinska unija, tržišna konkurencija, monetarna politika), dok u određenim oblastima EU nadležnost dijeli sa državama članicama (npr. unutrašnje tržište, zaštita potrošača, zaštita životne sredine, saobraćaj i dr).

Razmatranje evropskih i nacionalnih zakonskih okvira otkriva osnovna načela koja se primjenjuju na javne nabavke. Od svojih početaka, jedan od glavnih ciljeva EU bilo je stvaranje jedinstvenog tržišta koje će eliminisati prepreke u razmjeni proizvoda i usluga između država članica EU. Stvaranje jedinstvenih tržišta nabavki znači uklanjanje svih trgovinskih prepreka koje proizilaze iz konteksta javnih nabavki⁴.

Kada je riječ o oblasti javnih nabavki, važno je naglasiti da Ugovor iz Rima od 1957 godine, kao i sve njegove naknadne izmjene, ne sadrži izričite odredbe za javne nabavke. Međutim, Rimski ugovor, kao primarni izvor prava EU, sadrži nekoliko osnovnih načela koja su ključna za javne nabavke, a to su:

- a) zabrana diskriminacije po osnovu državljanstva,
- b) sloboda kretanja roba,
- c) slobodno kretanje usluga i
- d) pravo na osnivanje.

Takođe, određena načela u kontekstu javnih nabavki je razvio i Sud EU u svojoj praksi, kao što su:

- a) jednak tretman,
- b) transparentnost,
- c) proporcionalnost i
- d) uzajamno priznavanje.

Rimskim ugovorom je takođe ostavljena mogućnost detaljnijeg definisanja navedene oblasti sekundarnim zakonodavstvom.

⁴ Amira Lazović „Kratki prikaz razvoja javnih nabavki od prvih direktiva do danas“ - Javne nabavke, časopis ZAM consulting, Sarajevo, februar 2019;

Koliko su bitna osnovna načela vidljivo je iz uvodne tačke broj 1 Direktive 2014/24/EU u kojoj se kaže da dodjela ugovora od strane ili u ime nadležnih tijela država članica mora biti u skladu sa načelima Ugovora o funkcionisanju EU, naročito sa načelom slobodnog kretanja robe, slobode osnivanja i slobode pružanja usluga, kao i sa načelima koja iz toga proizilaze, poput načela jednakog tretmana, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti.

Poštovanje pravnih načela Ugovora o funkcionisanju EU i opštih pravnih načela koja se odnose na javne nabavke u kontekstu EU je uslov koji je protkan kroz cijeli proces nabavke, od izrade tenderske dokumentacije, tehničkih specifikacija preko izbora postupaka javne nabavke, postupka pregleda i ocjene ponuda, izbora ponuđača do dodjele ugovora. Nepridržavanje ovih osnovnih načela može ugroziti cjelokupan postupak javne nabavke. Nakon upotrebe svih dostupnih pravnih lijekova u državama članicama, kako u postupcima javnih nabavki, tako i u drugim vrstama postupaka, subjekti se kao konačnoj instanci za zaštitu prava obraćaju Sudu EU. Upravo je taj Sud tijelo, koje je protumačilo osnovna načela i koji to i nadalje čini u svim svojim presudama. Gotovo i da nema presude u kojem se bar jednom ne spominje jedno od osnovnih načela, a potom i onih koja iz njih proizilaze.

Osnovni pravni instrumenti djelovanja u oblastima u kojima EU dijeli nadležnost sa državama članicama jeste direktiva kao dio sekundarnog zakonodavstva EU. Direktiva je obavezujuća za svaku državu članicu kojoj je upućena, u pogledu rezultata koje je potrebno postići, a izbor načina i metoda postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima. Direktiva se mora prenijeti u nacionalna zakonodavstva država članica u rokovima utvrđenim u tekstu direktiva, kako bi rješenja iz iste vrijedila u državama

članicama⁵. U tom smislu, države članice su slobodne da izaberu način i metode preuzimanja cilja i rezultata direktive sve dok je nacionalni propis se potpunosti ne uskladi sa tekstom direktive.

Međutim, Sud EU je utvrdio da direktiva, ipak, može biti direktno primjenjivana u državama članicama, tj. može imati direktno dejstvo ukoliko su određeni preduslovi ispunjeni, i to:

- a) rok za implementaciju istekao,
- b) relevantne odredbe direktive nijesu ili su pogrešno implementirane,
- c) odredbe su dovoljno određene i bezuslovne⁶.

U oblasti javnih nabavki u EU, direktive su osnovni propis kojima je ova oblast definisana kako bi procedure i pravila istih bile uređene na što je moguće sličniji način u državama članicama. Ipak, važno je naglasiti da se pravila utvrđena direktivama primjenjuju na postupke javnih nabavki iznad određene vrijednosti (praga) propisane direktivama, i ako su države članice slobodne da i za postupke ispod vrijednosti propisane direktivama u svom nacionalnom zakonodavstvu propišu važenje istih pravila.

Prve direktive

Direktive liberalizacije

Na nivou EU, zakonodavna aktivnost u pogledu uređenja javnih nabavki se počela razvijati donošenjem dva opšta programa u kojima je prepoznata bojazan postojanja diskriminacije u javnim nabavkama. Ovi programi su se odnosili samo na radove s obzirom na to da su donešeni na

⁵ Mersad Mujević „Pravni okvir sistema javnih nabavki iz 2012. sa upustvom za primjenu“ Uprava za javne nabavke Crne Gore, Centralna narodna biblioteka Crne Gore, strana 13-27 Podgorica 2012. godine ;

⁶ ES, Predmet 148/78, /1979/ Tullio Ratti; ES, Predmet C – 91/92, /1994/ Paola Faccini Dori

osnovu odredaba koje su se odnosile na pravo na osnivanje i slobodu pružanja usluga. Oba programa su implementirana nizom direktiva. U tom smislu su 60-tih godina donešene tzv. direktive liberalizacije 64/427/EEZ, 64/428/EEZ i 64/429/EEZ koje su imale za cilj eliminaciju ograničenja i diskriminatorskih odredbi.

U kontekstu javnih nabavki to je značilo zabranu isključenja, ograničenja ili nametanja uslova u nacionalnim propisima državljanima drugih država članica u smislu podnošenja ponuda ili zahtjeva za učešće u svojstvu ugovarača ili podugovarača u ugovorima koje dodjeljuje država ili drugo pravno lice na koje se primjenjuju javno pravo.

Direktive koordinacije

Institucije EU 70-tih godina su usvojile tzv. direktive koordinacije. Prva od tih direktiva je direktiva Vijeća 71/305/EEZ od 26. 07. 1971 godine, vezana za koordinaciju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima. Direktiva 71/305/EEZ je, između ostalog, imala za cilj razvoj efikasne konkurencije i u tom smislu neophodno je bilo da se omogući oglašavanje na nivou Zajednice⁷. U tom smislu, u članu 12 navedene direktive propisana je obaveza objave obavještenja o nabavci u Službenom glasniku Evropske zajednice (danas EU) na službenim jezicima Zajednice tako da je samo originalni tekst autentičan.

Bitno je naglasiti da ovo pravilo vrijedi i danas u važećim direktivama. Dodatno, navedena direktiva je sadržavala i odredbe koje se odnose na nediskriminaciju u pogledu kvalifikovanosti kandidata, kao i u pogledu tehničke specifikacije, minimalne vremenske rokove i objektivne kriterijume za procjenu ponuda. Nakon donošenja direktive o

⁷ Marian Lemke, „Uvod u direktive o javnim nabavkama EU“, Program podrške EU sistemu javnih nabavki u BiH-II faza, Srajevo 2007;

radovima, režim javnih nabavki je proširen donošenjem direktive Vijeća 77/62/EEZ od 21. 12. 1976 godine, vezano za koordinaciju postupaka za dodjelu ugovora o robama. Odredbe za dodjelu ugovora o robama su skoro identične procedurama koje su utvrđene za ugovore o radovima.

Javne nabavke na unutrašnjem tržištu

Nekoliko godina kasnije, tačnije 1985 godine, donešena je Bijela knjiga Evropske komisije o završetku unutrašnjeg tržišta u kojoj je između ostalog, utvrđena neophodnost završetka unutrašnjeg tržišta do kraja 1992 godine. U samom dokumentu je konstatovano da javne nabavke predstavljaju ogroman udio u BDP te da države članice uglavnom rezervišu ugovore za svoju državnu teritoriju, što predstavlja jednu od evidentnih prepreka završetku stvarnog unutrašnjeg tržišta. Takođe je ukazano na to da je liberalizacija javnih nabavki u oblasti javnih usluga vitalna za razvoj ekonomije Zajednice. U tom smislu, sam dokument je sadržavao akcioni plan i vremenski raspored za otvaranje tržišta javnih nabavki koja nijesu bila pokrivena direktivama 71/305/EEZ i 77/62/EEZ.

S obzirom na to da navedene direktive nijesu sadržavale nikakve posebne odredbe koje bi obezbjeđivale efikasnu primjenu istih, praksa je pokazala neophodnost propisivanja efikasnih pravnih lijekova na nivou Zajednice. U tom smislu je donešena Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21. 12. 1989. godine, o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na zaključivanje ugovora o javnim nabavkama roba i radova.

Cilj navedene direktive je bila potreba osiguranja transparentnosti i nediskriminacije prilikom sprovođenja postupaka javnih nabavki utvrđenim navedenim direktivama i omogućavanje efikasnijih pravnih lijekova u slučaju kršenja zakonodavstva, a u cilju postizanja određenih efekata.

Kolika je zaista bila opredijeljenost država članica za dovršetkom unutrašnjeg tržišta, može se vidjeti iz potpisivanja Jedinog evropskog akta u julu 1987. godine, koji je imao za cilj da jedan novi zamah evropskoj integraciji i dovršetku unutrašnjeg tržišta (područja bez unutrašnjih granica na kojem postoji slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala) do 01. 01. 1993. godine. Istim je otvoren put ka daljoj političkoj integraciji te ekonomskoj i monetarnoj uniji sadržanim u Ugovoru o funkcionisanju EU. U samoj preambuli ovog akta iskazana je i odlučnost potpisnika u pogledu transformacije njihovih veza u cjelini, sa ciljem stvaranja EU.

Slijed navedenih koraka je rezultirao potpisivanjem 07.02.1992 godine, Ugovora iz Maastrichta, koji je stupio na snagu 01. 11. 1993. godine. Ovim Ugovorom je uspostavljena EU i označena jedna nova etapa u integrisanju naroda Evrope u sve čvršću uniju u kojoj se odluke donose što je bliže moguće građanima.

U tom kontekstu, budući da je uspostavljena EU, a u cilju dovršetka unutrašnjeg tržišta, donešene su nove direktive u oblasti javnih nabavki koje će zamijeniti predhodno donešene direktive, ali i nove koje će regulisati oblast javnih nabavki u segmentima koji nijesu bili obuhvaćeni do tada, tj. slijedi dalja liberalizacija javnih nabavki. U tom smislu, a imajući u vidu Bijelu knjigu Evropske komisije, donešena je direktiva Vijeća 92/50/EEZ od 18. 06. 1992 godine o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim uslugama.

U samoj preambuli direktive konstatovano je da je „unutrašnje tržište područje bez unutrašnjih granica na kojem je obezbijeđeno slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala“, iz čega proizilazi neminovnost usklađivanja postupaka nabavki u državama članicama za dodjelu ugovora o javnim uslugama. Dakle, pored predhodno regulisanih ugovora o radovima i robama, sada je segment javnih usluga bio pokriven propisima na nivou EU. Ova direktiva je sadržavala skoro identične odredbe direktiva o radovima i

robama, izuzev određenih specifičnosti koje su se odnosile na dva režima nabavke usluga u zavisnosti o kojim uslugama je riječ.

Pored javnih usluga, oblast vodosnadbijevanja, energije, saobraćaja i telekomunikacija, tzv. komunalni sektor, do tada nije bila regulisana na nivou Zajednice. Glavni razlog njihovog izuzimanja je bio taj što subjekti koji pružaju takve usluge u nekim državama članicama spadaju pod javno pravo, a u drugim pod privatno, da kupovinu u tim sektorima se ne obavljaju na osnovu konkurencije, nego zbog postojanja isključivih prava koje su im dodijelile nacionalne vlasti. Da nepostojanje konkurencije na nivou Zajednice u ovim oblastima proizilazi iz različitih načina na koje nacionalne vlasti mogu uticati na ponašanje tih subjekata, uključujući učešće u njihovom kapitalu i zastupanje u upravnim, rukovodnim ili nadzornim tijelima tih subjekata.

Ipak imajući u vidu Bijelu knjigu Evropske komisije te neophodnost završetka unutrašnjeg tržišta na nivou Zajednice je prvi put donešena Direktiva Vijeća 90/531/EEZ o postupcima nabavke za pravne osobe koja djeluju u sektorima vodoprivrede, energetike, saobraćaja i telekomunikacija. Navedena direktiva je utvrđivala fleksibilniji režim nabavki u odnosu na važeće direktive u oblasti javnih radova i roba imajući u vidu da ovi subjekti djeluju u drugom okruženju. S obzirom na uspostavljanje EU, direktiva je kasnije zamijenjena Direktivom Vijeća 93/38/EEZ od 14. 06. 1993. godine o usklađivanju postupaka nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetike, saobraćaja i telekomunikacija.

Budući da je oblast vodosnadbijevanja, energetike, saobraćaja i telekomunikacija postala predmet regulisanja propisa na nivo EU, neophodno je bilo donošenje propisa koji je obezbijediti efikasnu pravnu zaštitu. U tom smislu je donešena Direktiva Vijeća 92/13/EEZ od 25. 02. 1992. godine o usklađivanu zakona i drugih propisa o primjeni pravila

Zajednice u postupcima nabavke subjekata koji djeluju u komunalnom sektoru.

U oblastima koje su već bile regulisane do tada, donešena je Direktiva Vijeća 93/37/EEZ od 14. 06. 1993. godine o usklađivanju postupaka za zaključivanje ugovora o javnim radovima koja je zamijenila predhodno donešenu Direktivu 71/305/EEZ, te Direktivu Vijeća 93/36/EEZ od 14. 06. 1993. godine o usklađivanju postupaka za zaključivanje ugovora o javnoj nabavci robe koja je zamijenila Direktivu Vijeća 77/62/EEZ.

Poboljšanje funkcionisanja unutrašnjeg tržišta je bilo od vitalnog značaja za EU, te je Evropska komisija u novembru 1997. godine objavila prvo izdanje „Scoreboarda/Semafora“ koje je sadržavalo set indikatora o primjeni i sprovođenju propisa u oblasti unutrašnjeg tržišta. U tom smislu, indikatori su pokazali da su javne nabavke jedno od ključnih područja gdje rezultati ne odgovaraju očekivanjima. Indikatori su pokazali da je transpozicija direktiva u oblasti javnih nabavki u državama članicama najslabija i da je samo 55,6% direktiva ispravno transponirano u svim državama članicama.

Komisija je 1996. godine izdala Zelenu knjigu - Javne nabavke u EU kako bi isprovocirala debatu o politici javnih nabavki. Evropska komisija je primila skoro 300 prijedloga od raznih učesnika na tržištu javnih nabavki. Konačan zaključak je bio, potreba simplifikacije pravnog okvira i njegovo prilagođavanje digitalnom vremenu, uz zadržavanje stabilnosti njegove osnovne strukture i izbjegavanje nepotrebnih promjena, uključujući dalji legislativni razvoj na novou Zajednice kao i na nacionalnom nivou.

S obzirom na navedeno, institucije EU su 2004. godine usvojile dvije nove direktive i to:

1. Direktiva evropskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. 03. 2004. o usklađivanju postupaka za zaključivanje

ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavci robe i ugovora o javnim uslugama i

2. Direktiva 2004/17/EZ evropskog parlamenta i Vijeća od 31. 03. 2004. o usklađivanju postupaka nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetike, saobraćaja i poštanskih usluga.

Neke od ključnih izmjena koje su utvrđene Direktivom 2004/18/EZ, tzv. direktiva za klasični sektor, jeste konsolidacija predhodne tri direktive u jednu (robe, radove i usluge), praćenje strukture predhodnih direktiva, kodifikacija prakse Suda EU, eksplicitno odobravanje ekoloških i socijalnih aspekata, uvođenje novog postupka – kompetitivni dijalog, simplifikacija i viši stepen proceduralne logike, uvođenje mehanizma elektronske nabavke, uvođenje odredaba koje se odnose na „zelene javne nabavke“ i dr. Što se tiče Direktiva za komunalni sektor, ista je pokrila i sektor poštanskih usluga, unešene su nove obaveze u pogledu pružanja informacija ponuđačima, proširenja izuzeća i dr.

S obzirom na to da su duži niz godina u primjeni bile direktive o pravnim lijekovima za klasični i komunalni sektor, došlo se do zaključka da je nemoguće uvijek garantovati usklađenost sa propisima, da je prekasno djelovanje suda u smislu zakašnjele reakcije, odsustva roka mirovanja, te u konačnom neefikasna pravna zaštita. U tom smislu, evropski zakonodavac je uočio potrebu da se ojača garancija transparentnosti i nediskriminacije kao i potrebu za efikasnijim sankcijama za nezakonitu direktnu dodjelu ugovora. Rezultat navedenog je usvajanje Direktive 2007/66/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 11. 12. 2007 godine, o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi sa poboljšanjem efikasnosti postupaka pravne zaštite koji se odnosi na zaključivanje ugovora o javnim nabavkama.

Navedenom direktivom su izvršene bitne izmjene koje su rezultat prakse Suda EU i odnose se na minimalni rok

mirovanja i nevaženje ugovora u slučaju nezakonite direktne dodjele ugovora/nepoštovanje roka mirovanja.

Sektor odbrane i bezbjednosti je 2009. godine doživio promjenu na način da je donešena direktiva na nivou EU koja je regulisala ovu oblast. Naime, riječ je o Direktivi 89/2009//EZ, Evropskog parlamenta i Vijeća od 13. 07. 2009. godine o usklađivanju postupaka nabavke za određene ugovore o radovima, ugovore o nabavci roba i ugovore o uslugama koje zaključuju javni naručioci ili naručioci iz oblasti odbrane i bezbjednosti, te izmjeni direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ.

U recitalu 4 preambule ove direktive konstatuje se da je „uspostavljanje prilagođenog zakonodavnog okvira preduslov za stvaranje evropskog tržišta odbrambene opreme. U oblasti nabavke to uključuje koordinaciju postupaka za zaključivanje ugovora koji ispunjavaju bezbjedonosne zahtjeve država članica i obaveza koje proizilaze iz Ugovora o funkcionisanju EU“. Ova direktiva propisuje fleksibilniji i poverljiviji režim nabavki koji se odnosi na nabavku vojne opreme i povezanih radova i usluga koji su predhodno bili isključeni iz Direktive za klasični sektor. Na sve druge ugovore dodijeljene na polju odbrane i bezbjednosti i dalje se primjenjuje Direktiva za klasični sektor.

Važeće direktive

Zbog nižeg nivoa rasta i produktivnosti u odnosu na druge razvijene zemlje, u EU je pokrenuta „Strategija Evropa 2020 - strategija za pametan, održiv i inkluzivan rast“, u kojoj su javne nabavke prepoznate kao jedna od ključnih mjera za razvoj politike jedinstvenog evropskog tržišta koje broji više od 500 miliona potrošača i na koje se svake godine troši oko 14% BDP-a EU. U tom smislu, u cilju revizije i modernizacije direktiva iz 2004 godine, Evropski parlament i Vijeće su, na prijedlog Evropske komisije, usvojili novi paket direktiva o javnim nabavkama koje predstavljaju „četvrtu generaciju“

direktiva iz ove oblasti. Novi paket podrazumijeva sljedeće direktive:

1. Direktiva 2014/24/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. 02. 2014. godine, o javnim nabavkama i o stavljanju van snage Direktive 2004/18/EZ,
2. Direktiva 2014/25/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. 02. 2014. godine, o nabavci subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetike, saobraćaja i poštanskih usluga i stavljanju van snage Direktive 2004/17/EZ.

U recitalu 2 preambule Direktive 2014/24/EU kao razlog donošenja nove direktive navedeno je sljedeće: „javne nabavke su od ključne važnosti u Strategiji Evropa 2020...“ kojima se obezbjeđuje najefikasnije korišćenje javnih sredstava. U tu svrhu pravila o javnim nabavkama trebala bi se revidirati i unaprijediti kako bi se povećala efektivnost javne potrošnje, ...olakšalo učestvovanje malih i srednjih preduzeća i kako bi se dobavljačima omogućilo da bolje iskoriste javne nabavke pri postizanju zajedničkih društvenih ciljeva. Takođe, postoji potreba za pojašnjenjem osnovnih pojmova i koncepata kako bi se obezbijedila pravna sigurnost i uzeli u obzir određeni aspekti povezane, dobro utvrđene sudske prakse Suda EU“. Može da se zaključi da je uveden novi cilj, a to je održivost. Takođe je donešena i direktiva o koncesijama, i to; Direktiva 2014/23/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. 02. 2014. godine o dodjeli ugovora o koncesija.

Rok za transpoziciju navedenih direktiva u nacionalna zakonodavstva država članica je 18. 04. 2016. godine. Bitno je da se naglasi da su, pored donešenih osnovnih direktiva koje uređuju ovu oblast, institucije EU usvojile i druge direktive koje imaju uticaj na javne nabavke.

Veza između javnih nabavki u EU i CG

Proces pridruživanja CG EU je dio procesa stabilizacije i pridruživanja, odnosno političkog okvira EU prema zemljama

zapadnog Balkana uspostavljenog u maju 1999. godine. Proces je uspostavljen na prijedlog Evropske komisije, a konačan cilj istog jeste integracija CG, i ostalih zemalja procesa, u EU. Kako bi mjerila napredak i CG u procesu pridruživanja, Evropska komisija je uspostavila nekoliko instrumenata, ali najvažniji je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu Sporazum).

Potpisivanjem Sporazuma 15. 10. 2007. godine, prvi put je uspostavljen formalni, ugovorni odnos između evropske zajednice i njihovih država članica, sa jedne strane, i CG, sa druge strane, sporazum na javne nabavke se odnosi i bliže određuje obaveze po istom u čl 76 – javne nabavke⁸. Sporazum je stupio na snagu 01. 05. 2010. godine i CG je u obavezi da

⁸ 1. Zajednica i Crna Gora smatraju da je poželjan cilj da se počne sa dodjeljivanjem javnih ugovora na osnovu nediskriminacije i reciprociteta, posebno u skladu sa pravilima STO. 2. Od stupanja na snagu ovog sporazuma, crnogorskim preduzećima, bez obzira da li su osnovana u Zajednici ili nijesu, biće omogućen pristup procedurama dodjele ugovora u Zajednici prema pravilima o nabavkama Zajednice, pod uslovima ne manje povoljnim od uslova koji se primjenjuju na preduzeća Zajednice. Navedene odredbe će se, takođe, primjenjivati na ugovore iz oblasti komunalnih usluga, nakon što Vlada Crne Gore usvoji zakonodavstvo kojim se u tu oblast uvode pravila Zajednice. Zajednica će periodično provjeravati da li je Crna Gora stvarno donijela takvo zakonodavstvo. 3. Od stupanja na snagu ovog sporazuma privrednim društvima Zajednice, koja su osnovana u Crnoj Gori prema odredbama Poglavlja II, Glava V, omogućiće se pristup procedurama dodjeljivanja ugovora u Crnoj Gori pod uslovima ne manje povoljnim od uslova koji se primjenjuju na crnogorska privredna društva. 4. Od stupanja na snagu ovog sporazuma privrednim društvima Zajednice, koja nijesu osnovana u Crnoj Gori, omogućiće se pristup procedurama dodjeljivanja ugovora u Crnoj Gori pod uslovima ne manje povoljnim od uslova koji se primjenjuju na crnogorska privredna društva. 5. Savjet za stabilizaciju i pridruživanje će periodično ispitivati mogućnost da Crna Gora za sva privredna društva Zajednice uvede pristup procedurama dodjeljivanja ugovora. Crna Gora će godišnje izvještavati Savjet za stabilizaciju i pridruživanje o mjerama koje je preduzela kako bi se povećala transparentnost i obezbijedila efikasna sudska revizija odluka donesenih u oblasti javnih nabavki. 6. Kada je riječ o osnivanju privrednih društava, poslovanju, pružanju usluga između Zajednice i Crne Gore, kao i o zapošljavanju i kretanju radne snage, povezanim sa izvršavanjem javnih ugovora, primjenjuju se odredbe čl. 49 do 64.

uskлади svoje zakonodavstvo sa pravnom stečevinom EU. Pridruživanje će se postepeno odvijati i biće u potpunosti ostvareno u toku tranzicionog perioda od najviše pet godina. U nekim oblastima ti rokovi su i kraći.

S obzirom na proces usklađivanja Crna Gora je u julu 2006. donijela Novi Zakon o javnim nabavkama koji je bio u velikoj mjeri usklađen sa glavnim načelima sistema javnih nabavki Evropske unije. Međutim, u njemu još uvijek postojalo nekoliko oblasti koje nijesu usklađene sa relevantnim direktivama Evropskog Savjeta i/ili sa međunarodnom dobrom praksom, kao što je domen komunalnih usluga, odbrane i bezbjednosti i dr.

Ono što je uslijedilo u daljem zakonodavnom razvoju javnih nabavki u Crnoj Gori je poseban izazov, usklađivanje crnogorskih propisa iz oblasti javnih nabavki sa paketom novih direktiva koje je EK objavila u maju 2014. godine i njihovom punom primjenom u praksi. Države članice su u obavezi da prenesu direktive u roku od dvije godine, dakle do maja 2016. godine. Tri nove direktive (*komunalna, klasična i direktiva o koncesijama*) podržavaju ekonomski rast i smanjenje deficita ubrzavanjem procedure javnih nabavki, umanjujući troškove učešća u toj proceduri, i čineći ga manje birokratskim, a pri tom jačajući položaj malih i srednjih preduzeća.

Pregovori u Poglavlju 5 Javane nabavke su otvoreni 18. 12. 2013. godine na Međuvladinoj konferenciji, i za Crnu Goru je Evropska komisija (EK) tom prilikom definisala tri sveobuhvatna i kompleksna završna mjerila, za čije je ispunjenje bilo potrebno isplanirati i preduzeti niz aktivnosti, predvidjeti set zakonskih izmjena, strateških dokumenata i izvještaja kako bi se pratio napredak u cjelokupnom sistemu, naime radi se o sljedećim mjerilima⁹;

⁹ Strategija razvoja sistema javnih nabavki u Crnoj Gori za period 2016 – 2020. godine, Podgorica 2015, www.ujn.gov.me ;

1. CG mora uskladiti čitav zakonodavni sistem javnih nabavki sa pravnom tekovinom EU u svim oblastima, sa posebnim fokusom na oblast koncesija, javno - privatnog partnerstva i nabavke u oblasti odbrane i bezbjednosti,
2. CG mora postaviti adekvatne administrativne i institucionalne kapacitete na svim nivoima i preduzeti adekvatne mjere da obezbijedi primjenu zakona prije pristupanja EU.

Ovo posebno podrazumijeva:

- 2.1. Implementaciju Strategije za razvoj sistema javnih nabavki za period 2011-2015 i akcionih planova za njeno sprovođenje u cilju jačanja administrativnih kapaciteta, uključujući adekvatne obuke na svim nivoima.
- 2.2. Pripremu praktičnih alatki za nadgledanje (*uključujući administrativna pravila, instrukcije, priručnike i standardna ugovorna dokumenta*).
- 2.3. Jačanje kontrolnih mehanizama koji su neophodni kako bi se osiguralo da sistem bude pouzdan, uključujući dobar nadzor i pojačanu transparentnost faze izvršenja javnih ugovora zasnovanih na sistematičnoj procjeni rizika sa prioritetom kontrole ranjivih sektora i procedura.
- 2.4. Efikasno funkcionisanje sistema pravne zaštite, uključujući pravnu zaštitu u oblasti koncesija, javno privatnog partnerstva i oblasti odbrane i bezbjednosti
- 2.5. Mjere/aktivnosti vezane za prevenciju i borbu protiv korupcije i sukoba interesa u oblasti javnih nabavki kako na državnom tako i na lokalnom nivou.
3. CG mora pokazati dobar bilans rezultata fer i transparentnog funkcionisanja sistema javnih nabavki koji obezbjeđuje vrijednost za novac, konkurenciju i efikasnu zaštitu od korupcije.

Aktivnosti na ispunjenju završnih mjerila su brojne i sve su ili otpočele ili isplanirane, definisane rokovima i date Vladi CG na informisanje.

Neke aktivnosti podrazumijevaju:

- a) Donošenje novog Zakona o javno privatnom partnerstvu,
- b) Donošenje novog Zakona o javnim nabavkama, čiji je rok utvrđivanja na Vladi CG, prema planovima, I kvartal 2017. godine, a koji će biti usklađen sa novim paketom Direktiva iz 2014. godine koje uređuju ovu oblast,
- c) Uspostavljanje elektronskog sistema javnih nabavki,
- d) Izrada Strategije razvoja sistema javnih nabavki za period 2016-2020. godine.

Ovo poglavlje je u manjoj ili većoj mjeri povezano osim sa dolje pomenutim Poglavljima i još sa Strategijom reforme javne uprave za period 2016-2020 kao i sa programom reforme Upravljanja javnim finansijama iz decembra mjeseca 2015. godine, što je sistem dodatno činilo jako teškim, i to sa:

Poglavljem 22 Regionalna politika i koordinacija strukturnih instrumenata;

Poglavljem 23 Pravosuđe i temeljna prava;

Poglavljem 31 Vanjski odnosi;

Poglavljem 32 Finansijski nadzor;

Poglavljem 33 Finansijske i budžetske odredbe.

Jasnoća definisanih mjerila u potpunosti je programska opredjelenja CG poistovjetila njegovim ispunjavanjima pa je krajem 2019. godine Parlamet CG usvojio Novi Zakon o javnim nabavkama¹⁰, Novi Zakon o JPP¹¹ i Izmjene i dopune zakona o koncesijama¹², koji su u dobroj mjeri prenijeli pravila Direktiva EU iz 2014. godine, donijeta je Nova Strategija sa AP 2016.

¹⁰ Službeni list CG, broj 74/2019 od 30.12.2019

¹¹ Službeni list CG, broj 73/2019 od 27.12.2019

¹² Službeni list CG, broj 73/2019 od 27.12.2019

godine sa rokom implementacije do 2020. godine. Početkom mjeseca oktobra potpisan je ugovor o dodjeli sredstava, a u okviru prvog Projekta „Implementacija elektronskog sistema javnih nabavki u Crnoj Gori“ za čiju je realizaciju opredijeljeno 1,65 miliona eura.

Važno je istaknuti da je Crna Gora u oktobru 2013. godine otpočela aktivnosti u pregovaračkom procesu na pristupanju Sporazumu o vladinim nabavkama, u skladu sa obavezama preuzetim članstvom u WTO i politikom otvorenog tržišta javnih nabavki. Jula 2015. godine, predajom ratifikacionih instrumenata, Crna Gora je postala punopravna članica Sporazuma i time ispunila veoma važnu međunarodnu obavezu.

U predstojećem periodu potrebno je preduzeti sljedeće aktivnosti a koje nijesu dovoljno prepoznate u novim normativnim rješenjima

U cilju sveobuhvatnijeg jačanja sistema javnih nabavki, pored uspostavljanja novog zakonodavnog okvira u Crnoj Gori koji je u toku, od posebne važnosti za sistem javnih nabavki je jačanje njegove praktične primjene.

Uspostavljanje i jačanje dobre prakse može se ostvariti jačanjem administrativnih kapaciteta naručioca kroz tehničku opremljenost i kadrovsku osposobljenost, povećanjem broja zaposlenih na poslovima javnih nabavki, uspostavljanjem službi za javne nabavke, boljom organizacijom samih naručilaca, obukama i jačanjem profesionalizma, povećanjem motivisanosti zaposlenih na poslovima javnih nabavki, većim stepenom praćenja realizacije ugovorenih nabavki. Zatim, dalji razvoj ključnih institucija u sistemu javnih nabavki u skladu sa ključnim planskim dokumentima i Strategijom razvoja sistema javnih nabavki.

Kako su organizovani naručioci, kako vrše planiranje javnih nabavki, sprovode nabavke male vrijednosti i hitne nabavke, kako prate realizaciju ugovora, problemi sa kojima se susreće pokazuju rezultati istraživanja Uprave za javne

nabavke kao i istraživanja pojedinih NVO. Na pitanje da li imaju organizovanu nabavnu službu, 85% ispitanika je odgovorilo da nema, a 15 % da ima koja je najčešće u sastavu drugih organizacionih jedinica naručioca. Važno je istaći da ove službe najčešće broje 2-5 zaposlelih službenika i da najveći obim poslova vrše službenici za javne nabavke.

Boljom organizacijom unutar naručioca, jačanjem specijalističkog znanja iz oblasti javnih nabavki naručioci bi efikasnije, efektivnije vršili javnu funkciju, te racionalnije trošili opredijeljena finansijska sredstva za javne nabavke.

Radi stvaranja uslova za inovacije u javnim nabavkama, veće zapošljavanje i razvoj MiSP potrebno je uvesti pojačanu edukaciju ovih privrednih subjekata sa ciljem poboljšanja njihove sposobnosti u javnim nabavkama, kao i edukaciju naručilaca u smislu kako da kreiraju predmet javne nabavke kako bi omogućili bolji pristup MiSP¹³.

U cilju smanjenje broja neuspjelih postupaka, bilo da su obustavljeni ili poništeni od strane Državne komisije za kontrolu postupaka javnih nabavki, zahtijeva dodatne obuke naručilaca i ponuđača. Naime, monitoringom odluka o obustavi postupka javne nabavke, najčešći razlog obustavljanja postupka je to što u postupku javne nabavke nije dostavljena nijedna ponuda i/ili nijedna ispravna ponuda, zatim što je naručilac prije isteka roka za podnošenje ponuda ocijenio da je neophodno bitno izmijeniti tendersku dokumentaciju i prestanka potrebe za predmetom javne nabavke.

U narednom periodu potrebno je posebnu pažnju posvetiti istraživanju tržišta, time će naručilac bolje definisati predmet nabavke, njegovu procijenjenu vrijednost a naročito tehničke karakteristike i specifikacije u cilju svrsishodnosti predmeta nabavke, pri tom uzimajući u obzir aktuelnu

¹³ Vodič za podsticanje većeg učešća malih i srednjih preduzeća na tržištu javnih nabavki u Crnoj Gori, Projekt Svjetske banke i Uprave za javne nabavke „Poboljšanje sistema javnih nabavki u Crnoj Gori“;

ponudu na tržištu. Time bi se smanjio ne samo broj postupaka koji se obustavljani jer su prispjele ponude bile neodgovarajuće i neprihvatljive, već i broj postupaka koji je obustavljen jer nije prispjela nijedna ponuda.

Za jačanje konkurencije u postupcima javnih nabavki, potrebno je dodatno identifikovati faktore koji ograničavaju konkurenciju i jasno razdvojiti one koji proizilaze iz postupaka javnih nabavki, od onih koji su odraz postojeće tržišne konkurencije tj. eksternih faktora na koje sam naručilac obimom tražnje ne može da utiče. Takođe je potrebno ažurirati plaćanje koje direktno utiče na visinu same ponude, a dalje na uštedu u trošenju javnih sredstava.

Portal javnih nabavki je od ključnog značaja za transparentnost javnih nabavki. Da bi se ostvarili dodatni pozitivni efekti od transparentnosti potrebno je unaprijediti rad istog, a prije svega funkciju pretraživanja kako bi zainteresovane strane brzo i lako mogle da dođu do informacija. Projekat e-javne nabavke će zasigurno pomoći u unaprijeđenju istog u uspostavljanja potpunog elektronskog oglašavanja u javnim nabavkama, time ojačati značajnu funkcije organa koji vodi politiku javnih nabavki u Crnoj Gori.

Praćenje i kontrola izvršenja ugovora je od velikog značaja za javne nabavke. To je aktivnost kojoj u narednom periodu treba posvetiti posebnu pažnju, kako jačanjem kontrole unutar naručilaca tako i jačanjem eksterne kontrole u skladu sa zakonom.

Dalje je neophodno intenzivnije raditi na monitoringa različitih aktivnosti i koraka obuhvaćenih „ciklusom javne nabavke“ („red flags“ u javnim nabavkama).

Obaveza identifikovanja rizika i jačanja mehanizama praćenja i kontrole u čitavom „ciklusu javne nabavke“, a posebno u fazi realizacije ugovora, određena je mjerilom za zatvaranje Poglavlja 5. Kada tome dodamo da je realizacija ugovora od posebnog značaja za jačanje regularnosti i suzbijanju korupcije u javnim nabavkama i da je ova faza vrlo

slabo bila kontrolisana do sada, proizilazi da se ovoj oblasti treba posvetiti ti posebna pažnja i u narednom periodu.

Krajnje zabrinjavajuće stanje kod planiranja javnih nabavki naručilaca. Planiranje javnih nabavki podrazumijeva više radnji koje naručilac preduzima u cilju pripreme i sprovođenja postupka javne nabavke i kasnijeg zaključenja i realizacije ugovora.

Te radnje su:

- a) utvrđivanje potreba za nabavkom i istraživanje tržišta,
- b) predviđanje sredstava usvajanjem budžeta ili finansijskog plana, kao i donošenje plana nabavki koji sadrži dinamiku sprovođenja nabavki, vrstu postupka, procijenjenu vrijednost i ostale potrebne elemente.

Kroz utvrđivanje potreba za nabavkom naručilac se, aktivnom komunikacijom unutar svojih organizacionih djelova (kao što su tehnička, finansijska, pravna služba, služba komercijale i dr), opredjeljuje šta će nabavljati u jednoj godini. Pri tom, naručilac se rukovodi analizom nabavki i potreba u prethodnom periodu, trenutnim potrebama i stanjem zaliha, analizom aktuelnog stanja na tržištu, kao i godišnjim i srednjoročnim planovima poslovanja. Veoma je važno da tom prilikom naručilac realno i objektivno utvrdi potrebe sa stanovišta poslova koji su mu dati u nadležnost, ali i sastanovišta raspoloživih kadrovskih i tehničkih kapaciteta. Što se tiče poslova koje obavlja naručilac, trebalo bi uzeti u obzir ne samo ono što je navedeno u propisima i odlukama nadležnih organa kojima su određeni ti poslovi, već i godišnje i srednjoročne planove poslovanja. U fazi planiranja javnih nabavki posebnu pažnju bi trebalo posvetiti pravovremenosti i načinu planiranja. Kod naručilaca veoma je prisutan problem kašnjenja u pravljenju planova nabavki i neadekvatno planiranju smislu da se planira više ili manje nego što je potrebno. Taj problem ima za posledicu da se ili prevelika

sredstva angažuju i ostaju neiskorišćena, ili da se naknadno uoče potrebe koje nisu bile predviđene u vrijeme planiranja, što nameće potrebu sprovođenja pregovaračkih postupaka "po hitnosti" ili dovodi do toga da naručilac nema na raspolaganju potrebnu robu a ili usluge.

Zaključujemo da većina naručilaca ne ispunjava osnovne preduslove dobrog planiranja kao što su:

- a) praćenje zaliha,
- b) upravljanje lancem snabdijevanja i
- c) dobro poznavanje potreba korisnika.

Praksa pokazuje da se mala ili gotovo nikakva pažnja ne poklanja pitanju svrsishodnosti nabavki. Kod specifikacije potreba koju pravi korisnik u okviru naručioca i dostavlja službi za javne nabavke zbog planiranja, najčešće nedostaje jasno pisano obrazloženje koje treba da služi kao osnova za procjenu svrsishodnosti nabavke. Takođe je uočeno da nedostaje model za pisanje obrazloženja koji bi sadržao elemente koji jasno pokazuju kako data nabavka doprinosi ekonomičnoj i efikasnoj realizaciji cilja naručioca, odnosno njegovih poslovnih planova¹⁴

Sprovođenje nepotrebnih nabavki, kao i nabavki koje po obimu i tehničkim karakteristikama prevazilaze realne potrebe naručioca, dovodi do nepotrebnog, odnosno nesvrsishodnog trošenja javnih sredstava, ali može ukazivati i na težnju da se određenim licima omogući da ostvare protivpravnu imovinsku korist. Pojava sprovođenja nepotrebnih javnih nabavki doprinosi, prije svega, nedovoljna interna i eksterna revizija svrsishodnosti javnih nabavki. Veoma važno je da se ta kontrola uspostavi u narednom periodu sa adekvatnim kapacitetom nadležnih institucija.

¹⁴ Mersad Mujević, Mednarodni kongres javnega naročanja, 06 in 07 junija 2016, Portorož, Slovenija, "Ekonomika javnih nabavki". Uradni list Republike Slovenije doo Ljubljana, Vzp. stv.nasl. 284877824, strana 44-73 Biltena, <http://www.uradni-list.si/uradni-list>;

Pored navedenog, sprovođenju nesvrshishodnih nabavki doprinosi i nepostojanje odluka ili internih akata naručilaca koji bi sadržali standarde koji određuju zbog čega će se, kakvog kvaliteta i količina nešto nabavljati.

Uprkos tome što su Zakonom o javnim nabavkama dosta precizno navedene obaveze svih učesnika u lancu javnih nabavki i što je u taj dokument uvršten dio direktiva EU, mogućnosti zloupotrebe su brojne za one "kreativne" ponuđače i naručioce (*npr. sukob interesa*). Pridruživanje EU je proces koji je Crna Gora počela parafiranjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. EU sada mora Crnoj Gori da pomogne tj. crnogorskom društvu da se adaptira u skladu sa zahtjevima EU jer bi proširenje EU na zapadni Balkan bilo pobjeda i za EU, a ne samo za CG. Smatram da je to EU potrebno jer želi da stabilizuje i modernizuje ovaj dio Evrope.

Rezime

Autor u radu ukazuje na to da bez obzira što su nova zakonodavna rješenja koja prate politiku javnih nabavki počevši od Zakona o javnim nabavkama, Zakona o javno privatnom partnerstvu, Zakona o koncesijama dosta precizno naveli obaveze svih učesnika u lancu javnih nabavki i što je u taj dokument uvršten dio odredbi direktiva EU, mogućnosti zloupotrebe su brojne naročito ako se uzme aspekt nedovoljne posvećene pažnje u dijelu zakona koji se odnose na međunarodnu dobrom praksom, presudama Suda EU, pomenuću nedovoljnu jasnost normi koje se tiču izuzeća, sukoba interesa, odbrane i bezbjednosti, komunalnih usluga, djelatnosti direktno podložna tržišnoj konkurenciji, nabavci društvenih i drugih posebnih usluga i dr.

Pridruživanje EU je proces koji je Crna Gora počela parafiranjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. EU sada mora Crnoj Gori da pomogne tj. crnogorskom društvu da

se adaptira u skladu sa zahtjevima EU jer bi proširenje EU na zapadni Balkan bilo pobjeda i za EU, a ne samo za CG. Smatram da je to EU potrebno jer želi da stabilizuje i modernizuje ovaj dio Evrope.

Summary

The author points out that regardless of the fact that the new legislative solutions that follow the public procurement policy, starting with the Law on Public Procurement, the Law on Public-Private Partnership, the Law on Concessions, stated quite precisely the obligations of all participants in the public procurement chain. document included part of the provisions of EU directives, the possibilities of abuse are numerous, especially if we take the aspect of insufficient attention in the part of laws related to international good practice, judgments of the Court of Justice, I mention insufficient clarity of norms concerning exemption, conflict of interest, defense and security, utilities, activities directly subject to market competition, procurement of social and other special services, etc.

EU accession is a process that Montenegro began by initialling the Stabilization and Association Agreement. The EU must now help Montenegro. Montenegrin society to adapt in accordance with EU requirements, because EU enlargement to the Western Balkans would be a victory for the EU, and not only for Montenegro. I think that the EU needs it because it wants to stabilize and modernize this part of Europe.

Petar Brudar ¹

ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA NA TRŽIŠTU KROZ UPOTREBU ALGORITAMA²

Rastuća digitalizacija i tehnički razvoj utiču na nastanak novih tržišta i promenu postojećih. Kako bi izdržala pritisak konkurencije u takvim okolnostima, preduzeća se sve više oslanjaju na kompjuterske programe u vođenje poslovanja. Algoritmi, koji pokreću kompjuterske programe, pružaju preduzećima mogućnosti koja su nezamisliva na tradicionalnim, fizičkim tržištima. Dok su nekada preduzećima bili potrebni dani ili nedelje da usklade svoje cene sa promenama na tržištu, na digitalnom tržištu vreme usklađivanja meri se u sekundama. Uz to, algoritmi za određivanje cena omogućavaju preduzećima da odrede individualne cene za svakog pojedinačnog kupca usled čega može doći do potrošnje celokupnog potrošačkog viška. Konačno, algoritmi za pretragu kontrolišu dostupnost internet sadržaja i pristup internet tržištima.

Algoritmi imaju veliki nivo autonomije u svom radu i sposobnost da samostalno rešavaju određene probleme. Često su programirani samo sa jednim ciljem, a to je maksimizacija dobiti. Kako algoritmi nemaju nikakva moralna ograničenja niti poseduju svest o protivpravnosti svojih radnji, mogu li onda oni odlučiti da se maksimalna dobit može ostvariti

¹ Autor je alumnista Nemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) i stipendista Fondacije Konrad Adenauer (KAS).

² Članak predstavlja prevedenu, obrađenu i dopunjenu verziju master rada na temu "Beurteilung eines Einsatzes von Algorithmen unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung" odbranjenog 31.03.2020. godine na Fakultetu za pravne i ekonomske nauke Univerziteta u Bonu.

zloupotrebom dominantnog položaja i ko snosi odgovornost za takve radnje.

Ovaj rad analizira moguće zloupotrebe dominantnog položaja upotrebom algoritama za određivanje cena i algoritama za pretragu i bavi se pitanjem, da li je važeća zabrana zloupotrebe dominantnog položaja podobna da takve zloupotrebe spreči ili je potrebna reforma zakonodavstva, odnosno ustaljenih kriterijuma za primenu zabrane zloupotrebe.

Upotreba algoritama obrađena je sa stanovišta zabrane zloupotrebe dominantnog položaja i relevantne prakse u evropskom i nemačkom pravu konkurencije uz kratak osvrt na implikacije ovog pitanja na pravo Crne Gore.

Pojam, funkcionisanje i vrste algoritama

Grubo rečeno, algoritam je set radnji koji je tako konstruisan da obrađuje izvesne ulazne podatke i prikazuje izlazne podatke kao rezultat. Svaka radnja u algoritmu mora prethodno biti jasno definisana.³

Prema relevantnoj literaturi i praksi, dve vrste algoritama nalaze se u fokusu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja.⁴ To su algoritmi za određivanje cena i algoritmi za pretragu.

Funkcionisanje algoritama za određivanje cena zasniva se na veštačkoj inteligenciji (VI) i mašinskom učenju.

³ Uopredi Cormen et al., *Algorithmen – Eine Einführung*, München 2013, str. XIII.

⁴ Nemačka savezna kancelarija za kartel (BKartA), *Fallbericht v. 29.05.2018*, Az. B9-175/17, str. 1 i dalje; Evropska komisija, *Sažetak odluke od 26.07.2017*, C (2017) 4444 – Google Shopping, Rn.1; Nemačka komisija za monopol (Monopolkommission), *Algorithmen und Kollusion*, 3. jul 2018, Rn. 203; *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für Digitalwirtschaft, septembar 2019, str. 4.

Pojednostavljeno, VI je opšti pojam koji obuhvata istraživanje i pravljenje algoritama.⁵ Mašinsko učenje su tehnike kroz koje algoritmi ostvaruju programirane ciljeve.⁶ Postoje tri konvencionalna modela mašinskog učenja. To su nadgledano, nenadgledano i pojačano učenje. Za praktičnu primenu algoritama za određivanja cena od posebne važnosti su nadgledano i nenadgledano učenje.

Kod nadgledanog učenja algoritmi su programirani da na osnovu datih informacija predvide određenu vrednost.⁷ Primenom nadgledanog učenja algoritmi mogu da određuju dinamične cene, tako što posmatraju promene u ponudi i tražnji i na osnovu tih informacija određuju optimalnu cenu za preduzeće koje primenjuje algoritam. Iako u konceptu dinamičnih cena nema ničega novog – odnos ponude i tražnje oduvek je bio važan faktor za određivanje cena – novina je, međutim, to da algoritmi mogu trenutno reagovati na promenu ponude i tražnje i u skladu sa tim da menjaju cene proizvoda.⁸ Putem nenadgledanog učenja algoritmi su programirani da obrade mnoštvo podataka u cilju pronalaženja obrazaca i struktura u njima,⁹ a mogu i da analiziraju podatke o potrošačima i kupcima. Kupci se dele na osnovu svog ponašanja. Oni sa sličnim osobinama se grupišu zajedno, a svakoj grupi kupaca se određuje različita cena za iste proizvode i usluge. Ovaj postupak se naziva određivanje individualnih cena. Idealno za svako preduzeće bilo bi kada bi ovim postupkom mogla da se odredi individualna cena za

⁵ Uporedi McCarthy et al., A Proposal on Artificial Intelligence, 31.10.1955, str. 2.

⁶ OECD (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, str. 9.

⁷ Schwalbe, in: Festschrift für Dirk Schroeder, Köln 2018, str. 748.

⁸ Razlika između fizičkog i digitalnog tržišta je u tome što su potrebni sati ili dani da bi se promenila cena robe u prodavnici, dok se na digitalnom tržištu cena može menjati u sekundi. Uporedi, Ohlhausen, Should we fear things that go beep in the night?, U.S. Federal State Commission, 23.05.2017, str. 3;.

⁹ OECD (2017), (Fn. 6), str. 9.

svakog pojedinačnog kupca i da ta cena odgovara kupčevoj rezervacionoj ceni. Savršena individualizacija cena uz pomoć nenadgledanog učenja međutim nije moguća, jer algoritmi grupišu kupce na osnovu naloga koji su dati od programera, a programeri ne mogu naložiti algoritmu da za svakog kupca pojedinačno odredi najveću moguću cenu (rezervacionu cenu) koju je pojedinac spreman da plati za jedan proizvod, jer bi za to bilo potrebno da programeri znaju misli svakog pojedinačnog kupca. Moguće je pak da algoritmi vrše sve veću diferencijaciju između kupaca i potrošača deleći ih u sve manje grupe.¹⁰

Savršena cenovna individualizacija bila bi teoretski moguće primenom algoritama koji koriste duboko učenje (*Deep Learning*). Radi se o posebnoj tehnici mašinskog učenja gde je ljudski faktor eliminisan.¹¹ Kao što je već rečeno, algoritam je set radnji koji je tako programiran da na osnovu ulaznih podataka predstavi izlazne podatke kao rezultat. Ulazne vrednosti su određene od strane čoveka. Algoritmi su pomoću dubokog učenja pak u stanju da sami otkriju ulazne vrednosti koje su neophodne za ostvarivanje zadatog cilja. Ali kako ulazne vrednosti nisu date od strane programera, oni ne mogu da analiziraju proces odlučivanja algoritama koji koriste duboko učenje te su dobijeni rezultati praktično neupotrebljivi.¹²

¹⁰ Ezrahi/ Stucke, *Virtual Competition*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2016, str. 102.

¹¹ LeCun, et.al., *Deep Learning*, Nature Vol. 521 od 28.05.2015, str. 436; Goodfellow, et.al., *Deep Learning*, MIT Press, 2016, str. 13.

¹² Slikoviti primer da je postupak dolaženja do nekog odgovora mnogo važniji od samog odgovora jeste fiktivni kompjuter Deep Thought iz knjige "Autostperski vodič kroz galaksiju". Deep Thought je najsavršeniji kompjuter napravljen da bi dao odgovor na konačno pitanje života, svemira i svega. Odgovor koji je Deep Thought dao je, jednostavno, broj 42, što bez poznavanja postupka koji bi objasnio značenje odgovora, samo po sebi, ne govori mnogo. Uporedi Vestager, *Algorithms and Competition*, 16. 03.2017, dostupno

Sa druge strane, funkcionisanje algoritama za pretragu je znatno jednostavnije. Njihov rad se odvija u tri faze. U prvoj fazi posebni kompjuterski programi tzv. *Webcrawler* pretražuju internet i skupljaju podatke.¹³ Ti podaci se u drugoj fazi unose u indeks pretrage.¹⁴ U poslednjoj fazi se podaci iz indeksa rangiraju po relevantnosti za zadatu pretragu i prikazuju kao rezultat pretrage.¹⁵

Rangiranje se odvija na osnovu određenih kriterijuma. Ti kriterijumi su brojni i poznati su operateru mašine za pretragu. Njegov zadatak je da garantuje da isti kriterijumi za rangiranje važe za svaki pretragu.¹⁶

Kao zaključak u pogledu rada algoritama važno je istaći da su oni vezani za naloge koje dobijaju od programera i da se njihovo funkcionisanje može razumeti i analizirati. Prema tome, organi za zaštitu konkurencije mogu ispitati da li je rad algoritama u skladu sa propisima koji regulišu konkurenciju na tržištu.

Određivanje cena putem algoritama i zabrana zloupotrebe dominantnog položaja

Zabrana zloupotrebe dominantnog položaja regulisana je na nivou Evropske unije (EU) u članu 102 Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU). U nemačkom pravu zabrana je propisana u § 19 Zakona protiv ograničenja konkurencije (GWB). Odnos između evropske zabrane zloupotrebe dominantnog položaja i zabrane zloupotrebe na nivou države

https://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_17.html; OECD (2017), (Fn. 6), str. 11.

¹³ Siegmund, Suchmaschinenalgorithmen im Kartellrecht der EU und der USA, str. 44.

¹⁴ Sieber, in: Hoeren/ Sieber/ Holzmagel, MultimediaR-Hdb, Teil 1, München 2019, Rn. 101.

¹⁵ Siegmund, (Fn. 13), str. 56

¹⁶ Paal, ZRP 2015, 34, 35; Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem?, Bonn 2015, str. 11.

članice EU regulisan je u čl. 3 Uredbe Saveta EU broj 1/2003. Primena ove dve zabrane je direktna i načelno nezavisna jedna od druge, ali kada se nacionalna zabrana primenjuje na zloupotrebe koje su zabranjene članom 102 UFEU, primenjivaće se istovremeno i evropska zabrana. Takođe, zabrana u nacionalnom zakonodavstvu može samo biti strože formulisana od zabrane iz čl. 102 UFEU.¹⁷ Prema tome, suštinski, zabrana na nivou EU ima veću pravnu snagu od nacionalnih zabrani.

Uzimajući u obzir uslove za primenu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja, prvo se mora definisati relevantno tržište algoritama za određivanje cena, kao i to, postoji li dominantan položaj na takvom tržištu. Potom se proverava da li je kroz radnje algoritama učinjena zloupotreba dominantnog položaja.

Relevantno tržište ima tri komponente: proizvodnu, geografsku i vremensku.¹⁸

Relevantno tržište proizvoda obuhvata proizvode i usluge čija je supstitucija mala i koji se sa aspekta učesnika suprotnog tržišta, na osnovu njihovih osobina, cene i predviđene upotrebe, smatraju podobnim za zadovoljenje istovetnih potreba.¹⁹ Relevantno tržište proizvoda se određuje na osnovu koncepta potrebe tržišta (*Bedarfsmarktkonzept*). Ovaj koncept podrazumeva da se supstitucija proizvoda određuje uvek sa aspekta učesnika suprotnog tržišta. Prema tome, tržište na strani ponude čine svi oni proizvodi i usluge koji se sa stanovišta učesnika suprotnog tržišta, dakle tržišta tražnje – a to su kupci – smatraju za funkcionalno zamenljive. Sa druge strane, tržište tražnje čine svi oni kanali distribucije

¹⁷ Schmidt u: Immenga/Mästmecker, Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 1, München 2012, VO 1/2003 Art. 1, Rn. 7.

¹⁸ Bechtold u: Bechtold/ Bosch, GWB Kommentar, München 2018, § 18, Rn. 5.

¹⁹ Kling/ Thomas, Kartellrecht, München 2016, § 6, Rn. 20.

koji se sa stanovišta učesnika tržišta ponude (ponudioca, odnosno dobavljača) smatraju zamenljivim.²⁰

Supstitucija sa aspekta kupca izračunava se primenom SSNIP testa. Radi se, naime, o proveru da li bi malo ali značajno povećanje cene u iznosu od 5% do 10% imalo za posledicu da kupci prelaze na kupovinu drugog proizvoda. Ako ni pored poskupljenja proizvoda kupci ne bi prešli na kupovinu drugog proizvoda, onda taj proizvod i proizvod čija je cena povećana čine dva odvojena tržišta.²¹

Relevantno geografsko tržište je prostor na kome konkurenti nude svoje proizvode i usluge i na kome su tržišni uslovi u dovoljnoj meri homogeni da se jasno razlikuje od susednih prostora.²² Okolnosti koje treba uzeti u obzir su troškovi transporta, carine, struktura tržišta i navike kupaca. Za definisanje relevantnog geografskog tržišta važe isti kriterijumi kao i za definisanje relevantnog tržišta proizvoda.²³ Tendencija je da se relevantno geografsko tržište usko određuje. Međutim, zbog prirode digitalnog tržišta moguće je zamisliti da se ono u konkretnim slučajevima određuje geografski znatno šire, kao na primer zajedničko evropsko tržište ili čak kao svetsko tržište.²⁴

Vremenska komponenta relevantnog tržište zahteva da preduzeće koje vrši zloupotrebu dominantnog položaja ima dominantan položaj tokom celog vremena vršenja zloupotrebe.

Prilikom definisanja relevantnog tržišta koje je u vezi sa upotrebom algoritama za određivanje cena, moraju se razlikovati dva tržišta.

Sa jedne strane, to je tržište oko algoritama za određivanje cena. Proizvodi na ovom tržištu su algoritmi kao

²⁰ Kling/ Thomas, (Fn. 19) § 6, Rn. 22 i dalje.

²¹ Evropski sud pravde, presuda od 14.02.1978, Rs. 22/76, Slg. 1978, 207, Rn. 22/33 – United Brands.

²² Evropska Komisija, Bekanntmachung, ABL. EG 1997, Nr. C 372, Rn. 2.

²³ Kling/ Thomas, (Fn. 19) § 6, Rn. 34.

²⁴ Kling/ Thomas, (Fn. 19), § 6, Rn. 35; Evropski sud pravde, presuda od 16.12.1975, Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663, Rn. 371/371 – Suiker Unie.

takvi i ono se može bez problema utvrditi primenom koncepta potrebe tržišta i SSNIP testa.²⁵

Sa druge strane, postoji tržište sa algoritmima za određivanje cena. Ovde su konkurentni primarno ponuđači određenih proizvoda i usluga, a algoritmi su samo sredstvo koje koriste za određivanje cena. Primena SSNIP testa na ovakvim tržištima nailazi na poteškoće. Postavlja se pitanje kako utvrditi povećanje cene od 5% do 10% kada ne postoji jedinstvena cena, već su individualno određene. U takvoj situaciji je potrebno ispitivanje rada algoritama, što je tehnički izvodljivo, pa primena SSNIP testa nije isključena.²⁶

Sledeća pretpostavka za primenu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja je postojanje dominantnog položaja. U nemačkom pravu postojanje dominantnog položaja je regulisano u § 18 stav 1 GWB. Dalje, u § 18 stav 3 GWB naveden je udeo u tržištu kao glavni indikator za utvrđivanje dominantnog položaja. Ipak, za konačnu ocenu potrebno je sagledati sve okolnosti jednog tržišta, jer je moguće da jedan učesnik na tržištu i pored učešća od 100% nema dominantan položaj, ako je taj udeo kratkog vremenskog trajanja i ako ne postoje barijere ulaska na tržište za druge konkurente.²⁷

Na tržištima sa i oko algoritama nije retka situacija da neki učesnik nema dominantan položaj uprkos velikom tržišnom udelu. Tržišna moć učesnika na jednom digitalnom tržištu zavisi od podataka o kupcima, drugim konkurentima, ponudi, tražnji i ostalim tržišnim podacima kojima raspolaže.²⁸ Ocena moći zasnovana na podacima je komplikovana, jer podaci imaju izrazito dinamičan karakter, pa je takva moć često kratkog daha. Takođe, većina podataka na digitalnom tržištu lako je dostupna, što snižava troškove novim

²⁵ Hennemann, ZWeR 2018, 161, 162.

²⁶ Paal, GRUR 2019, 43, 46.

²⁷ Evropska komisija, odluka od. 18.3.1998, Nr. 1113, Fall IV/M – Nortel/Norweb, Tz. 25.

²⁸ Hennemann, (Fn. 25), 161, 170.

konkurentima za ulazak na tržište. To znači da tržišna moć u slučaju tržišta zasnovanog na algoritmima može, zbog tehničkog razvoja, novih dostignuća i rasta transparentnosti, lako i brzo da pređe sa jednog na drugog preduzeće.²⁹ Za tržište na kojem je prelazak moći relativno lak kaže se da ima izražene efekte nagiba (*tipping effects*).³⁰

Poslednji uslov za primenu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja je postojanje radnje koja predstavlja zloupotrebu. Zloupotreba dominantnog položaja zabranjena je u član 102 stav 1 UFEU i § 19 stav 1 GWB u formi opšte norme, koja je u članu 102 stav 2 UFEU i § 19 stav 2 GWB konkretizovana kroz tipične primere za koje se smatra da predstavljaju zloupotrebu. Tako član 102 stav 2 *lit. a* UFEU i § 19 stav 2 tačka 1 GWB predviđaju da će zloupotreba postojati u slučaju nametanja nepravičnih kupovnih ili prodajnih cena, odnosno uslova poslovanja.³¹

Dinamične cene

U ovom smislu interesantan je slučaj Lufthanza (*Lufthansa*) gde je ispitivano da li bi određivanje dinamičnih cena moglo biti okarakterisano kao nametanje nepravičnih cena. Naime, nakon stečaja kompanije Er Berlin (*Air Berlin*), Lufthanza je postala monopolista na nekim unutar-nemačkim

²⁹ Primera radi, Majkrosoft, firma koja primarno proizvodi operativne sisteme za PC i laptop računare, pre desetak godina bila je globalno najuspešnija kompanija u oblasti interneta i računarskih softvera. Danas je i dalje uspešna, ali u 2019. godini je po dobiti bila iza Gugla i Epla. Razlog za to je razvoj pametnih telefona i androida koji u svojoj upotrebi zamenjuju PC i laptop računare. Uporedi House of Lords, Inquiry on Online Platforms and The EU Digital Single Market, od 26. oktobra 2015. godine, dostupno na <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/oral/23790.html>.

³⁰ Paal, (Fn. 26), 43, 47.

³¹ Bulst, in: Langen/ Bulte, Kartellrecht, Kommentar, München 2018, Art. 102 AEUV, Rn. 157.

rutama letenja. Istovremeno je Lufthanza povećala cene karata primenom algoritama za određivanje cena.³² Iako je nemačka savezna služba za zaštitu konkurencije (BKartA) odlučila da ne pokrene postupak za zaštitu od zloupotrebe dominantnog položaja protiv Lufthanze, ovaj slučaj pokazuje da algoritmi za određivanje cena mogu biti obuhvaćeni zabranom zloupotrebe dominantnog položaja jer su termini „nametanje“ i „nepravične cene“ previše uopšteni i podložni fleksibilnom tumačenju.

Praksa pokazuje da su organi za zaštitu konkurencije uzdržani prilikom izricanja sankcija za zloupotrebu dominantnog položaja nametanjem nepravičnih cena na tržištima koja nisu vezana za upotrebu algoritama.³³ Razlog za to je što su kriterijumi za procenu da li je neka cena nepravična previše apstraktni i neprecizni, pa postoji realna opasnost da se neka cena okarakterise kao „nepravična“ iako ona to nije. Sankcionisanje takve radnje imalo bi suprotne efekte na tržište, jer, umesto zaštite, organi bi narušili konkurenciju. Promenljiva struktura tržišta i veliki nivo inovativnosti koji ih karakterise govori u prilog tome da organi za zaštitu konkurencije treba da budu još uzdržaniji od intervencija na digitalnom tržištu. Primena zabrane na algoritme za određivanje cena može imati negativne efekte na inovaciju pa samim tim i na konkurenciju.³⁴ Takođe, vredan je pomena zaključak BKartA da se Lufthanza ne može osloboditi odgovornosti za zloupotrebu tvrdeći da su algoritmi određivali cene, autonomno, bez ljudskog uticaja.³⁵

³² BKartA, (Fn. 4), str. 3.

³³ U praksi su se retki slučajevi sretali samo u farmaceutskom sektoru. Vidi Evropska komisija, Saopštenje od 15.05.2017. Kartellrecht: Kommission nimmt Preisgestaltung von Aspen Pharma für Krebsarzneien unter die Lupe, dostupno na https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1323.

³⁴ Baro, Business Week 1998, 20, 20; Kommission Wettbewerb 4.0, (Fn. 4), str. 22.

³⁵ BKartA, (Fn.4), str. 4.

Individualne cene

Osim određivanja dinamičnih cena algoritmi su pronašli svoju upotrebu i kod određivanja individualnih cena. Individualne cene vode cenovnoj diskriminaciji.

Razlikuju se tri vrste cenovne diskriminacije: *diskriminacija prvog stepena*, gde prodajna cena odgovara rezervacionoj ceni svakog individualnog kupca; *diskriminacija drugog stepena*, gde je cena za isti proizvod ili uslugu različita zbog neke posebne osobine proizvoda (npr. sedišta pored prozora u avionu je skuplje od sedišta u sredini); konačno, kod *diskriminacije trećeg stepena* cena zavisi od neke osobenosti kupaca (npr. jeftinije bioskopske karte za studente ili penzionere).

Cenovna diskriminacija sama po sebi nije zabranjena.³⁶ Štaviše, sa ekonomskog i sociološkog aspekta je poželjna jer doprinosi blagostanju tako što proizvodi i usluge postaju dostupni široj grupi korisnika.³⁷

Ono što je problematično jeste da algoritmi čine izglednijom cenovnu diskriminaciju prvog stepena, odnosno idealnu cenovnu diskriminaciju. Kada bi algoritmi bili u stanju da izračunaju maksimalnu cenu koju je svaki kupac pojedinačno spreman da plati, moglo bi doći do iscrpljenja celokupnog potrošačkog viška. Potrošački višak je razlika između maksimalne cene koju su potrošači spremni da plate i cene koju su zaista platili. Prema tradicionalnim ekonomskim teorijama glavni zadatak konkurencije je upravo maksimizacija potrošačevog viška.³⁸ Postavlja se pitanje, da li onda upotreba algoritama za određivanje cena oduzima konkurenciji jednu važnu ulogu.

³⁶ Uporedi, BGH, presuda od 18.04.1958, Rs. I ZR 158/56, GRUR 1958, 487, 489 – Antibiotica.

³⁷ Varian, Grundzüge der Mikroökonomik, Berlin/ Boston, 2016, str. 516.

³⁸ Zimmer, in: Festschrift für Dirk Schroeder, Köln 2018, 999, 1007.

Sa pravnog aspekta, cenovna diskriminacija je zabranjena kao tipičan primer zloupotrebe dominantnog položaja u članu 102 stav 2 *lit. c* UFEU i § 19 stav 1 tačka 1 GWB. Međutim, radi se o cenovnoj diskriminaciji trgovinskih partnera. Cenovna diskriminacija potrošača nije predviđena kao tipični primer zloupotrebe u evropskom, niti u nemačkom pravu. Ona bi se svakako mogla podvesti pod opštu zabranu zloupotrebe dominantnog položaja iz člana 102 stav 1 UFEU ili § 19 stav 1 GWB. Brojni razlozi ipak govore da individualno određivanje cena ne bi trebalo sankcionisati kao zabranu zloupotrebe dominantnog položaja.³⁹

Pre svega, ne treba zaboraviti da idealna cenovna diskriminacija tehnički nije moguća. Ali čak i da, zahvaljujući tehničkom napretku, algoritmi nekada budu u stanju da izračunaju rezervacionu cenu za svakog individualnog potrošača, nije verovatno da će doći do iscrpljivanja celokupnog potrošačkog viška. Pritisak tržišta teraće konkurente da određuju niže cene od onih koje je individualni kupac spreman da plati.⁴⁰ U suprotnom, konkurent može da izgubi svoj udeo na tržištu. Ne treba zaboraviti da su digitalna tržišta izuzetno inovativna i promenljive strukture.

Dalje, nije verovatna cenovna diskriminacija ni između trgovinskih partnera. Nije u interesu onoga ko ima dominantan položaj na jednom uzvodnom tržištu (npr. proizvođač) da diskriminiše nekoga od učesnika na nizvodnom tržištu (npr. prodavci u maloprodaji). Naprotiv, u njegovom interesu je da na nizvodnom tržištu bude što veća konkurencija, jer na taj način on ima više kanala za plasiranje svojih proizvoda na nizvodnom tržištu.⁴¹

Konačno, individualno određivanje cena može da podstakne konkurenciju. Kako u slučaju individualnih cena ne

³⁹ Uporedi OECD, Executive Summary of the Roundtable on Price Discrimination, 9. februar 2018, str. 2.

⁴⁰ Zimmer, (Fn. 38), 999, 1008.

⁴¹ OECD, (Fn. 39), str. 4.

postoji jedna uniformna cena, učesnicima na tržištu je teže da prate kretanje cena proizvoda svojih konkurenata, pa su i manji izgledi da će konkurenti međusobno zaključivati sporazume o cenama ili se usaglašeno ponašati.⁴²

Iz navedenog proizilazi da je u slučaju individualnog određivanja cena najbolje prepustiti tržištu da se samo reguliše. To ne znači da organi za zaštitu konkurencije treba da ostanu potpuno pasivni. Naprotiv, potrebno je da neprestano nadgledaju tržište, ali da reaguju samo u slučaju trajnijeg narušavanja tržišne ravnoteže. Analize tržišta, međutim, pokazuju da u slučaju da do takvog narušavanja dođe, verovatnije je da je ono nastalo kao rezultat usaglašene prakse, postojanja barijera ulaska ili regulatornih restrikcija nego kao posledica primene cenovne diskriminacije.⁴³

Treba na samom kraju napomenuti i predloge da se zloupotreba putem cenovne diskriminacije može sprečiti povećanjem transparentnosti, tako što bi kupci bili obavešteni da cena koju plaćaju predstavlja individualizovanu cenu.⁴⁴ Sa takvim zahtevima treba biti oprezan, jer povećanje transparentnosti negativno utiče na inovaciju. Prilikom regulacije algoritama uvek mora da se ostvari ravnoteža između potreba pravne zaštite, sa jedne, i podsticaja za inovacijom, sa druge strane.

Primena zabrane zloupotrebe dominantnog položaja na tržišta sa algoritmima za pretragu

O funkcionisanju algoritama za pretragu već je bilo reči na početku rada. Treba napomenuti da oni čine sastavne delove mašina za pretragu, a od mašina za pretragu zavisi koji će sadržaj sa interneta biti dostupan. Pritom, postoje različite vrste mašina za pretragu. Razlikuju se opšti pretraživači

⁴² Competition & Market Authority, Pricing Algorithms, 08.10.2018, str. 5.

⁴³ OECD, (Fn 39), str. 3.

⁴⁴ Uporedi OECD, (Fn.39), str. 5; Paal, (Fn. 26), 43, 49.

interneta, koji pretražuju celokupnu sadržinu interneta (kao što je, na primer, Gugl), od specijalizovanih pretraživača za pojedinu oblast na internetu, kao što su pretraži za elektronsku trgovinu ili društvene mreže.⁴⁵

S obzirom da se sve veći broj preduzeća okreće internet poslovanju, vidljivost na internetu postaje presudna za njihov uspeh.⁴⁶ Time istovremeno raste moć operatera mašina za pretragu jer oni kroz prijem u indeks algoritama kontrolišu pristup tržištu, a kroz rangiranje strukturu tržišta. Otuda ne čudi povećana aktivnost tela za zaštitu konkurencije vezana za algoritme za pretragu.⁴⁷

Međutim, radi se o tržištu sa posebnim osobinama i efektima koji zahtevaju određenu izmenu uobičajenih kriterijuma za primenu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja.

Zbog toga je već na prvom koraku, prilikom definisanja relevantnog tržišta, potreban novi pristup. Pre definisanja proizvodne, geografske i vremenske komponente relevantnog tržišta, mora se izvršiti još jedno dodatno razgraničenje.

Višestрана tržišta

Tržišta sa algoritmima za pretragu su višestрана tržišta. Višestрана tržišta povezuju interese dve ili više grupe korisnika.⁴⁸ Ova osobenost proizilazi iz osnovne funkcije mašina za pretragu, a to je posredovanje. Naime, pretragom i

⁴⁵ Franklin, Amazon vs. Google: Decoding the World's Largest E-commerce Search Engine, moz, 03.09.2019, dostupno na <https://moz.com/blog/amazon-vs-google>.

⁴⁶ Introna/Nissenbau, Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matter, The Information Society, 2000, str. 171.

⁴⁷ Tela za zastitu konkurencije Nemačke i Francuske objavila su zajednički izveštaj u kome je ispitivan uticaj Gugla kao dominantnog učesnika na tržištu mašina za pretragu i Fejsbuka kao dominantnog učesnika na tržištu društvenih mreža. Vidi Autorité de la concurrence i BKartA, Competition Law and Data, 10. maj 2016, str. 4.

⁴⁸ Hoppner, WRP 2012, 625, 626.

prikazivanjem internet sadržaja mašine za pretragu posreduju između internet korisnika, koji traži određeni sadržaj i nudioca internet sadržaja.⁴⁹ Na terenu platformi⁵⁰ za elektronsku trgovinu korisnici bi bili kupci koji koriste pretragu u cilju traženja određenog proizvoda ili usluge, a nudioci sadržaja bili bi prodavci, odnosno pružaoci usluge.

Za primenu zabrane zloupotrebe dominantnog položaja u slučaju višestranog tržišta, bitno je da se višestrano tržište usko posmatra. Stoga treba prvo uočiti sve delove višestranog tržišta i međusobno ih razdvojiti. Izolovano posmatranje delova višestranog tržišta onemogućava previd postojanje dominantnog položaja.⁵¹ Suprotno tome, ukoliko bi se višestrano tržište analiziralo kao jedinstvena celina, moguće je da bi se tržišna moć koju preduzeće ima na jednom delu tržišta mogla neutralisati slabim položajem istog preduzeća na drugom delu tržišta. To bi prikazalo pogrešnu sliku o stvarnoj tržišnoj moći preduzeća.

Posmatranjem tržišta sa mašinama za pretragu uočava se, kao jedan njegov deo, tržište korisnika koji koriste mašinu za pretragu u cilju pronalaženja relevantnog rezultata. Interesantno je da korisnici ne plaćaju operateru nikakvu naknadu za rezultat pretrage, ali to nikako ne znači da su

⁴⁹ Uporedi Paal, GRUR Int. 2015, 998, 999.

⁵⁰ Pojam platforme je veoma široko definisan, a njegova upotreba u tehničkim naukama je prilično neprecizna i često zavisi od konteksta. U kontekstu prava konkurencije onlajn platforma bi bila elektronska usluga koja omogućava kontakt između dve ili više nezavisne grupe korisnika. U tom smislu nema značajne razlike između mašina za pretragu i onlajn platforme. Funkcija i priroda usluge je ista, jedino što se kada se govori o platformama misli na pretragu određenog sadržaja, kao što je platforma za trgovinu, učenje, upoznavanje i slično. Uporedi OECD (2019), An introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/53e5f953-en>, str. 19-21.

⁵¹ Schweizter/ Haucap/ Kerber/ Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für Marktmächtige Unternehmen, Dice Consult 2018, str. 95.

mašine za pretragu besplatne. Umesto novcem, korisnici plaćaju svojom podacima.⁵²

Drugi deo tržišta čine nudiodi internet sadržaja. Njihov interes je ulazak u indeks pretrage, kako bi njihov sadržaj, odnosno proizvodi ili usluge bile dostupne korisnicima. Po pravilu ni oni ne plaćaju nikakvu naknadu operateru mašine za pretragu za uslugu indeksiranja.

Nameće se logično pitanje kako se onda mašine za pretragu finansiraju. Odgovor se krije u oglašivačima, kao trećoj grupi čiji su interesi zastupljeni na višestranom tržištu. Dakle, što je veći sadržaj dostupan preko jedne mašine za pretragu, veći je broj korisnika koji će je koristiti. Korisnici svakom pretragom ostavljaju podatke o svojim preferencijama, navikama, životnom dobu, kupovnoj moći i ostale podatke koji imaju komercijalnu vrednost na tržištu oglašivača. Interes operatera mašine za pretragu je da ima što više korisnika jer će to privući više oglašivača koji će hteti da plate za reklamiranje preko mašine za pretragu.⁵³

Konačno postoji i četvrti deo tržišta gde se konkurencija odvija između različitih operatera mašina za pretragu.

Relevantno tržište mašina za pretragu

Nakon što su razgraničeni svi delovi tržišta sa algoritmima, sledeći korak u primeni zabrane zloupotrebe dominantnog položaja jeste definisanje relevantnog tržišta proizvoda, geografskog i vremenskog tržišta mašina za pretragu.

Već je rečeno da se relevantno tržište proizvoda određuje kroz koncept potrebe tržišta. Dakle primenom SSNIP testa izračunava se da li bi malo, ali značajno povećanje cena proizvoda ili usluga imalo za posledicu da se kupci odlučuju za

⁵² Paal, (Fn. 49), 998, 1000.

⁵³ Schweitzer/ Haucap/ Kerber/ Welker, (Fn. 51), str. 95.

kupovinu drugog proizvoda odnosno usluge – supstituta, koji približno isto zadovoljava njihove potrebe.

Kako međutim izračunati malo, ali značajno povećanje cene usluge korišćenja mašina za pretragu, kada korisnici ne plaćaju cenu u novcu za rezultat pretrage? Rešenje ovog problema zahteva određenu izmenu SSNIP testa.

Postoje različiti faktori – kao što su na primer relevantnost rezultata pretrage, brzina ili obim indeksa mašine za pretragu – koji utiču na odluku korisnika o tome koju će mašinu za pretragu da koriste.⁵⁴ Prema tome, umesto promene cene treba ispitati da li bi malo ali značajno pogoršanje kvaliteta mašine za pretragu imalo za posledicu da korisnici pređu na drugu mašinu za pretragu.⁵⁵ Ovakav test se naziva SSNDQ test.⁵⁶

Kritičari SSNDQ testa ističu da on nije primenljiv u praksi jer korisnici ne poseduju dovoljno informacija o radu algoritama za pretragu da bi mogli da primete pogoršanje u kvalitetu mašine za pretragu.⁵⁷ Iako korisnicima nedostaje dovoljno podataka da ocene kvalitet pretrage, tela za zaštitu konkurencije, međutim, raspolažu resursima da analiziraju rad algoritama i da ispituju da li eventualno pogoršanje kvaliteta pretrage utiče na ponašanje korisnika.

Ono što korisnici sami mogu da primete jeste da se mašine za pretragu međusobno razlikuju u zavisnosti od toga koju potrebu kupaca primarno teže da zadovolje. Tako, na jednoj strani, postoje mašine za opštu pretragu koje nisu

⁵⁴ Evropska komisija, odluka od 27.06.2017, Case AT. 39740 – Google Shopping, Rn. 160.

⁵⁵ Heinemann, (Fn.16), str. 25; Hoffer/ Lehr, NZKart 2019, 10, 15.

⁵⁶ Reč je o skraćenici za malo ali značano neprelazno smanjenje kvaliteta (Small but significant non-transitory decrease in the quality). Pojam je prvi put definisan u Gebicka/ Heinemann, Social Media & Competition Law, in: World Competition vol. 32, 2014, 149, 158.

⁵⁷ Uporedi Bracha/ Pasquale, Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search, in: Cornell Law Review 2008, str. 1183; Paal, (Fn. 49), 998, 1000.

usmerene u određenom pravcu, već teže da prikažu široki spektar nekategorisanih rezultata.⁵⁸ Na drugoj strani, postoje specijalizovane mašine za pretragu koje su usmerene na pretragu određenog sadržaja, kao što su avionski letovi, upoređivanje cena, hoteli, restorani, internet prodaja i slično.⁵⁹ Ove dve vrste mašina za pretragu razlikuju se i po svom radu. Mašine za opštu pretragu pretražuju internet, sa ciljem da korisnicima prikažu što brže najrelevantniji sadržaj. Specijalizovane mašine pak koriste brojne filtere kako bi usmerile korisnike ka određenim ponudama, a neretko mogu zahtevati novčanu naknadu za svoje usluge. Iz navedenog proizilazi da algoritmi za opštu i algoritmi za specijalizovanu pretragu čine različita tržišta.⁶⁰

Relevantno geografsko tržište za algoritme uobičajeno se određuje kao nacionalno tržište. Razlog je u tome što zbog jezičkih ograničenja, navika korisnika i sklonosti kupaca nacionalna tržišta čine celovito tržište sa homogenim tržišnim uslovima.⁶¹ Osim toga, i same mašine za pretragu su prilagođene državama.⁶²

Dominantan položaj operatera mašina za pretragu

Kao i u slučaju algoritama za određivanje cena, tržišta sa algoritmima za pretragu su dinamična, imaju promenljivu strukturu i veliki nivo inovativnosti. Njihov veliki udeo na tržištu ne znači sam po sebi postojanje dominantnog položaja

⁵⁸ Interesantan primer je Ekozija (Ecosia) kao mašina za pretragu koja 80% svoje dobiti od oglašivača donira za pošumljavanje. Vidi <https://www.ecosia.org/>.

⁵⁹ Heinemann, (Fn. 16), str. 25.

⁶⁰ Evropska komisija, odluka od 27.06.2017, Case AT. 39740 – Google Shopping, Rn. 166 i dalje.

⁶¹ Evropska Komisija, (Fn. 22), Rn. 8.

⁶² Gugl ima poseban domen za svaku državu kao što je, na primer, google.de za Nemačku ili google.me za Crnu Goru.

jer udeo može lako preći u korist drugog konkurenta (*tipping effect*).⁶³

Ipak, zbog složenosti tržišta mašina za pretragu, određivanje dominantnog položaja zahteva dodatna objašnjenja i analize faktora koji se ne javljaju na ostalim digitalnim tržištima.

Mašine za pretragu su, kao što je već istaknuto, višestрана tržišta koja spajaju interese dve ili više različitih grupa korisnika. Međutim iako su grupe nezavisne, korisnici utiču jedni na druge, tako što korist koju jedan korisnik uživa od mašina za pretragu zavisi od ponašanja drugih korisnika. Ova pojava se naziva efekat mreže.⁶⁴

Kod mašina za pretragu postoje pozitivni efekti mreže, budući da korist koju jedan korisnik mreže uživa od mašina za pretragu raste sa porastom broja nudioca sadržaja. Isto važi i u suprotnom smeru. Što je više korisnika, to za nudioca sadržaja znači da će njegovi produkti ili usluge biti šire dostupni. Konačno i interes samog operatera mašina za pretragu jeste da ima što više učesnika na svim delovima višestranog tržišta jer tako raspolaže sa većom bazom podataka, ima širi indeks pretrage i konačno privlači više oglašivača.⁶⁵

Efekti mreže otežavaju novim mašinama za pretragu ulazak na tržište jer, kako bi njihovi algoritmi bili efikasni, potrebno je da imaju više indeksiranog sadržaja, a da bi imali više sadržaja potrebno je da imaju više korisnika. Sa druge strane, već etablirani operateri, slično kao kod ekonomije obima, na osnovu već razvijene baze korisnika lako privlače

⁶³ Uporedi: Evropska komisija, Odluka od 07.10.2011, Case No COMP/M.6281 – Microsoft/ Skype, Rn. 109.

⁶⁴ Dewenter/ Rösch/ Tierschüren, NZKart 2014, 387, 391.

⁶⁵ OECD (2019), (Fn. 50), str. 22.

nov sadržaj i nove korisnike što dodatno jača njihovu tržišnu moć.⁶⁶

Imajući u vidu značaj digitalizacije i složenost odnosa na internet tržištima, nemački zakonodavac je 2017. godine izmenio GWB i u § 18 stav 3a tačka 1. do 5. GWB izričito propisao kriterijume koji se imaju razmotriti pri utvrđivanju tržišne moći jednog preduzeća na višestranom tržištu i pri postojanju efekata mreže. Ti kriterijumi su direktni i indirektni efekti mreže, mogućnost promene usluge sa stanovišta korisnika, veza između ekonomije obima i efekta mreže, mogućnost pristupa tržišno relevantnim podacima i uticaj inovacija na konkurenciju.

Višestrana tržišta i efekti mreže nisu izričito novelirani u pravu EU, ali je u praksi Evropske komisije naglašen značaj ispitivanja njihovog uticaja na tržišnu moć operatera mašina za pretragu. Evropska komisija je u slučaju Gugl Šoping utvrdila da efekti mreže predstavljaju barijere ulasku na tržište mašina za pretragu.⁶⁷

Na drugoj strani, postoje mišljenja da vertikalna tržišta i efekti mreže nemaju tako veliki uticaj na tržišnu moć operatera mašine za pretragu. Ovde se kao argumenti ističu brzina i transparentnost interneta, navodeći da je konkurencija mašini za pretragu udaljena „samo na jedan klik“.⁶⁸

Korisnici zaista mogu jednim klikom miša da promene mašinu za pretragu, ali oni to u praksi ne čine. Istraživanja pokazuju da kada korisnici nisu zadovoljni rezultatom pretrage, oni ne menjaju mašinu za pretragu, već menjaju upit

⁶⁶ Evans/ Schmalensee, The Industrial Organization of Markets, in: Competition Policy International, Volume 3, Number 1, Spring 2017, str. 166.

⁶⁷ Evropska komisija, odluka od 27.06.2017, Case AT. 39740 – Google Shopping, Rn. 314.

⁶⁸ Brauneck, GRUR Int (2018), 103, 108.

pretrage.⁶⁹ Korisnici veruju mašini za pretragu koju su navikli da koriste što jača njen položaj na tržištu.

Zloupotreba

Funkcija mašina za pretragu je da posreduju između korisnika i nudioca internet sadržaja. Operateri se, međutim, ne zadržavaju isključivo na posredovanju već istovremeno prave internet sadržaj, nudeći svoje proizvode i usluge.⁷⁰ Ovakva konstrukcija naziva se vertikalna integracija tržišta⁷¹ i ima za posledicu da operateri mašina za pretragu mogu da zloupotrebe svoj dominantni položaj na tržištu mašina za pretragu, kao uzvodnom tržištu, kako bi ojačali svoj položaj na tržištu proizvoda i usluga koje se nude preko interneta, kao nizvodnom tržištu.

Algoritmi za pretragu daju operaterima moć kontrole nad internet tržištima i zamisliva su tri scenarija kako može doći do zloupotrebe.

Prva situacija odnosi se na privilegovano rangiranje sopstvenih proizvoda i usluga. U već spominjanom slučaju, Evropska komisija je utvrdila da je Gugl zloupotrebio svoj dominantan položaj na tržištu mašina za opštu pretragu tako što je svoju uslugu za upoređivanje cena, Gugl Šoping (*Google Shopping*), privilegovano rangirao u odnosu na konkurente i time poboljšao svoj položaj na tržištu upoređivanja cena.⁷²

Praktično, zloupotreba se sastojala u tome što, kada bi neki korisnik u Guglovom pretraživaču tražio određeni proizvod (na primer sportske patike), kao prvi rezultat izašao bi Gugl šoping sa uporednim prikazom cena različitih prodavaca

⁶⁹ House of Lords, (Fn. 29), str. 6

⁷⁰ Hoffer/ Lehr, (Fn. 56), 10, 11.

⁷¹ BKartA, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach Cota und Asics – wie geht es weiter?, oktobar 2018, str. 6

⁷² Evropska komisija, Sažetak odluke od 26.07.2018, broj C (2017) 4444 – Google Shopping, Rn. 9.

patika.⁷³ Kako je navika korisnika da kliknu na prvi rezultat pretrage,⁷⁴ raste broj korisnika Gugl Šopinga, a, zahvaljujući efektima mreže, i dobit koju Gugl Šoping ostvaruje na tržištu upoređivanja cena.⁷⁵

Kritičari ove odluke navode da privilegovanje sopstvenih usluga nije prepoznat kao slučaj zloupotrebe dominantnog slučaja u pravu konkurencije.⁷⁶ Takođe ističu da je rangiranje uvek u određenoj meri subjektivan proces koji zavisi od brojnih faktora, a kao odlučujući ističu poverenje u kvalitet usluge. Činjenica da se radi o istoj firmi predstavlja garanciju kvaliteta. Gugl ima više poverenja u kvalitet svoje usluge za upoređivanje cena nego u konkurentske uslugu i zato Gugl Šoping rangira kao prvi rezultat pretrage.⁷⁷

Ni član 102 UFEU, niti § 19 stav 2 GWB zaista ne sadrže privilegovanje sopstvenih usluga kao uobičajeni primer zloupotrebe dominantnog položaja, međutim, primeri su dati samo *exempli causa*. Privilegovanje sopstvene usluge može da se podvede pod opštu normu zabrane zloupotrebe.⁷⁸ Potrebno je, međutim, da u svakom konkretnom slučaju postoje jasni i proverljivi kriterijumi na osnovu kojih se privilegovanje sopstvene usluge kvalifikuje kao zloupotreba dominantnog položaja.

⁷³ Chowdhury, The Google case: Shop till you drop (off the screen), Oxera, March 2018, dostupno na <https://www.oxera.com/agenda/google-shopping-case/>

⁷⁴ Istraživanja pokazuju da korisnici mašina za pretragu četiri puta više klikću na prvi rezultat pretrage u odnosu na drugi. Razlika je još veća u odnosu na niže rezultate pretrage. Vidi. Nathenson, Internet Infoglut and Invisible Ink: Spamindex Search Engines with Metatags. Harvard Journal of Law & Technology, Volume 12, Number 1, Fall 1998, str. 45.

⁷⁵ Ostali značajni konkurenti na tržištu upoređivanja cena su Coupons, BizzRate, Shopzilla.

⁷⁶ O'Donoghue/ Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU, Oxford, Portland, 2013, str. 261.

⁷⁷ Brauneck, (Fn. 69), 103, 110.

⁷⁸ Evropska komisija, Odluka od 27.06.2017. Case AT – Google Shopping, Rn. 335.

Cilj algoritama nije ostvarivanje apsolutne objektivnosti prilikom rangiranja, već da prikažu najrelevantniji rezultat na osnovu kriterijuma koji su unapred dati prilikom programiranja algoritama. Guglovi algoritmi koriste preko 200 kriterijuma od kojih je poverenje u usluge sopstvenih proizvoda samo jedan od njih.⁷⁹

Prema tome, situacija kada operater mašine za pretragu rangira sve nudioce usluga upoređivanja cena po jednim kriterijumima, a svoju uslugu mimo kriterijuma pokazuje kao prvi rezultat pretrage, može se kvalifikovati kao zloupotreba.

Druga situacija kada može doći do zloupotrebe odnosi se na mašine za specijalizovanu pretragu platformi za elektronsku trgovinu. Radi se o zloupotrebi kombinovanom primenom algoritama za pretragu i algoritama za određivanje cena. Naime, preduzeće koje je operater platforme za onlajn trgovinu kroz algoritme prikuplja ekonomski relevantne podatke o kupcima, ali i nudiocima proizvoda i usluga. Te podatke koristi da kroz određivanje predatorskih cena za svoje proizvode i usluge istisne ostale konkurente sa tržišta nudioca proizvoda i usluga.⁸⁰

Dokazivanje predatorskih cena zavisi od odnosa proizvodnih troškova i prodajne cene proizvoda, što u slučaju tržišta mašina za pretragu nije lako izračunati. Zbog efekta mreže, ne mora da znači da se radi o predatorskim cenama čak ni kada operater neke svoje proizvode nudi besplatno. Gubici sa jednog dela tržišta mogu se nadoknaditi ostvarivanjem dobiti na drugom delu tržišta.⁸¹

⁷⁹ Ostali kriterijumi su, pored ostalih, koliko je jedan internet sajt povezan sa drugim sajtovima, broj korisnika koji posećuju sajt, vreme koje provode na sajtu i tako dalje. Heinemann, (Fn. 16), str. 11.

⁸⁰ Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale L.J. (2016), str. 713.

⁸¹ Salaschek/ Serafimova, WuW 2019, 118, 122.

Moguće je, takođe, da zbog ekonomije obima operater ima manje transportne troškove od ostalih učesnika na tržištu nudioca proizvoda i usluga.⁸²

Teškoća određivanja predatorskih cena razlog je zašto za sada nema sudske prakse u ovom pogledu, ali to ne znači da, uz preciziranje standarda za primenu, zabrana predatorskih cena ne bi mogla da se primeni na algoritme.

Konačno, poslednji slučaj zloupotrebe odnosi se na funkciju mašina za pretragu kao kontrolora internet tržišta. Kako vidljivost na internetu za nudioce roba i usluga zavisi od prijema u indeks mašine za pretragu, može li onda operater mašine za pretragu odbijanjem indeksiranja svojih konkurenata sa tržišta nudioca proizvoda i usluga da izvrši povredu zloupotrebe dominantnog položaja?

Radi se o tzv. doktrini osnovnih objekata (*essential facility doctrine*), koja podrazumeva da preduzeće koje poseduje određeno postrojenje ili infrastrukturu mora da dozvoli svojim konkurentima sa nizvodnog ili uzvodnog tržišta da koriste te objekte, ako od korišćenja tih objekata zavisi pristup nizvodnom ili uzvodnom tržištu.⁸³ Neopravdano odbijanje pristupa je u § 19 stav 2 tačka 4 GWB propisano kao tipičan primer zloupotrebe dominantnog položaja.

Evropski sud pravde je u svojoj praksi definisao tri uslova za primenu zabrane zloupotrebe u slučaju odbijanja pristupa osnovnim objektima. Odbijanje mora da bude podobno da spreči bilo kakvu konkurenciju na nizvodnom tržištu, zatim mora biti objektivno opravdano i, konačno, ne sme postojati nikakva stvarna ili potencijalna zamena objektu.⁸⁴

⁸² Karad, ZWeR 4/2015, 342, 350;

⁸³ Bechtold, (Fn. 18), § 19, Rn. 66.

⁸⁴ Evropski sud pravde, presuda od. 26.11.1998, Rs. C7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner, Rn. 41.

Doktrina osnovnih objekata nastala je radi omogućavanja pristupu železničkim mostovima i pomorskim lukama za konkurente sa uzvodnih i nizvodnih tržišta. Međutim, zbog značaja koje mašine za pretragu imaju za pristup internet tržištima, postavlja se pitanje da li algoritmi za pretragu predstavljaju osnovne objekte i da li Gugl kao nosilac dominantnog položaja na tržištu mašina za opštu pretragu ima obavezu da omogući pristup indeksima svojih mašina za pretragu svim nudiocima proizvoda i usluga na internetu.⁸⁵

Pogled na uslove za primenu doktrine osnovnih objekata pledira za negativan odgovor. Iako Gugl ima dominantan položaj na tržištu mašina za opštu pretragu, ne radi se o nezamenljivoj mašini sa pretragu, već postoji mnoštvo konkurentskih mašina koje omogućavaju pristup internet tržištima. Prema tome Gugl može da obje pristup svojim algoritmima za pretragu bez opravdanja.⁸⁶

Ipak, to što Gugl ne predstavlja osnovni objekat, ne isključuje mogućnost primene opšte zabrane zloupotrebe dominantnog položaja u slučaju odbijanja pristupa Guglovom indeksu za pretragu.⁸⁷

Ocena

Zahvaljujuću širokoj formulaciji, zabrana zloupotrebe dominantnog položaja može da se primeni na sve oblike zloupotrebe upotrebom algoritama za pretragu. Međutim, potrebno je prilagođavanje kriterijuma za primenu zabrane osobenostima tržišta sa mašinama za pretragu.

⁸⁵ Uparedi Siegmund, (Fn. 13), str. 435; Heinemann, (Fn. 16), str. 39; Paal, (Fn. 49), 998, 1003; Brauneck, (Fn. 69), 103, 108; Hoffer/ Lehr, (Fn. 56), 10, 17.

⁸⁶ Monopolkommission, Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik, Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013), Rn. 36.

⁸⁷ Künstner, GRUR 2019, 36, 41.

Regulacija je dugotrajan proces.⁸⁸ Internet tržišta su tek na početku svog razvoja. Organi za zaštitu konkurencije treba da posmatraju njihov razvoj i da u slučaju sumnje ispituju mašine za pretragu. U tom smislu, za pohvalu je što Evropska komisija prati svako postupanje Gugla i ne ustručava se da u slučaju zloupotrebe izriče visoke kazne.⁸⁹

Isto tako, algoritmi za pretragu kao ključni faktor za pokretanje internet trgovine, imaju pozitivno dejstvo na društveno blagostanje. Proizilazi da organi za zaštitu konkurencije ne bi smeli kroz preteranu regulaciju da ograniče inovativnost mašina za pretragu.

Protiv radikalnih intervencija u regulisanju algoritama za pretragu govore i formalnopravni razlozi. Zabrana zloupotrebe dominantnog položaja u evropskom pravu stupila je na snagu 25. marta 1957. godine u članu 86. Ugovora iz Rima i od tada nikada nije menjana.⁹⁰ Promena evropskih ugovora zahteva saglasnost svih država članica. To je komplikovan postupak koji bi zahtevao veliki politički napor.⁹¹ Moguća je pak izmena zabrane na nacionalnom nivou, kao što su u § 18 stav 3a GWB propisani posebni kriterijumi za utvrđivanje dominantnog položaja na internet tržištima, ali zbog veće pravne snage evropske zabrane, promene u nacionalnom zakonodavstvu moguće su samo u okvirima koje propisuje član 102 UFEU.

⁸⁸ House of Lords, Online Platforms and the Digital Single Market, 10th Report of Session 2015-16, Rn. 378.

⁸⁹ U periodu od 2016. do 2020. tri puta je kažnjen za povredu dominantnog položaja i morao je da plati ukupno 8, 25 milijardi evra na ime kazni. taz, Google schwer bestraft, članak od 20.03.2019, dostupno na <https://taz.de/EU-Kommission-will-erneut-Milliarden/!5579462/>.

⁹⁰ Ugovorom iz Amsterdama od 1. Januara 1999. godine promenjena je samo numeracija i član 86. postaje član 82 Ugovora o evropskoj ekonomskoj zajednici. Ugovorom iz Lisabona od 1. decembra 2009. godine član 82. postaje član 102. UFEU, što je aktuelna numeracija, ali kroz revizije ugovora zabrana se sadržinski nije menjala. Kling/ Thomas, (Fn. 19), § 1 Rn. 6 i dalje.

⁹¹ Künstner, (Fn. 87), 36, 41.

Zabrana dominantnog položaja u pravu Crne Gore

Predmet ovog rada je analiza zabrane zloupotrebe dominantnog položaja upotrebom algoritama sa aspekta evropskog i nemačkog prava konkurencije. Zabrana zloupotrebe dominantnog položaja u pravu Crne Gore regulisana je u članu 15 Zakona o zaštiti konkurencije. Zabrana sadrži u stavu 1 opštu zabranu zloupotrebe, a u stavu 2 primere tipičnih zloupotreba dominantnog položaja koji su sadržinski identični primerima iz člana 102 stav 2 UFEU.

Agencija za zaštitu konkurencije Crne Gore do sada se u svojoj praksi nije bavila zabranom zloupotrebe dominantnog položaja ni upotrebom algoritama za određivanje cena ni upotrebom algoritmima za pretragu.⁹² Razlozi za to su što relativno mali broj preduzeća u Crnoj Gori koristi onlajn koncepte poslovanja⁹³ i što Crna Gora predstavlja malo tržište.

Digitalizacija je, međutim, nezaustavljiv proces. Prema nekim mišljenjima sva tržišta će pre ili kasnije postati digitalna.⁹⁴ Uz to, ulaskom Crne Gore u EU, crnogorsko tržište će postati deo evropskog zajedničkog tržišta, tako da će pitanje zloupotrebe dominantnog položaja upotrebom algoritama sigurno u budućnosti biti od značaja u Crnoj Gori. Primera radi, Evropska komisija je u slučaju Gugl Šoping utvrdila da Gugl ima dominantan položaj tako što je posebno ispitala svako nacionalno tržište države članice.

⁹² Agencija za zaštitu konkurencije se pretežno bavila zloupotrebom dominantnog položaja na tržištu lučkih usluga i usluga transporta i skladištenja naftnih derivata. Vidi <http://www.azzk.me/jml/index.php/author-login/zloupotreba-dominantnog-poloza>.

⁹³ Ministarstvo za informaciono društvo i telekomunikacije, Strategija razvoja informacionog društva Crne Gore do 2020. godine, Podgorica, 2016, str. 44.

⁹⁴ Vestager, Answers to the European Parliament, Questionnaire to the Commission-Designate Margrethe Vestager, 2019, str. 4

Dalje, član 102 UFEU će se neposredno primenjivati u pravu Crne Gore.⁹⁵ Agencija za zaštitu konkurencije i sudovi u Crnoj Gori pored nacionalnih propisa moraće direktno da primenjuju član 102 UFEU kada se radi o slučaju zloupotrebe koje može da utiče na zajedničko evropsko tržište.

Prema tome, sve što je navedeno o kontroli zloupotrebe dominantnog položaja upotrebom algoritama sa stanovišta člana 102 UFEU ima neposredni značaj za pravnu praksu u Crnoj Gori.

Zaključak

Tri zadatka nametnula su se u vezi sa regulisanjem algoritama i zabrane zloupotrebe dominantnog položaja. Najpre, pojam algoritmi treba da bude demistifikovan. Funkcionisanje algoritama u potpunosti je određeno od strane čoveka i može biti analizirano.

Zatim, postojeća zabrana zloupotrebe dominantnog položaja je dovoljno široko formulisana da može obuhvatiti sve slučajeve zloupotrebe putem algoritama. Njena primena pak mora biti prilagođena osobenostima tržišta određenog algoritmima. Potrebna je standardizacija kriterijumima za primenu zabrane zloupotrebe dominantnog i to je zadatak koji stoji u budućnosti pred organima za kontrolu konkurencije.

Konačno, prilikom same primene zabrane zloupotrebe dominantnog položaja poželjan je uzdržan pristup. Organi za zaštitu konkurencije trebalo bi da posmatraju rad algoritama i da reaguju samo u slučajevima kada narušena tržišna ravnoteža ne može da se ispravi sama od sebe.

⁹⁵ Usklađivanje propisa iz zaštite konkurencije Crne Gore sa pravom EU je sadržano u poglavlju broj 8 pregovora o pristupanju Crne Gore EU. Reč je o poslednje otvorenom poglavlju. Vidi <https://www.eu.me/mn/8/item/28-poglavlje-8-konkurencija>.

Zato je potrebna saradnja između pravnika, ekonomista i informatičara. Uostalom da bi se nešto moglo biti pravno regulisati, mora se prvo razumeti.⁹⁶

Summary

In this article, the author asserts possibilities of abusing a dominant position on a market by implementing algorithms from the aspect of a ban on abuse of a dominant position in the EU and German Law. Two types of algorithms are relevant for the topic, whose technical functioning has been rudimentary explained. The price-setting algorithms demand, by the setting of dynamic and individual prices, new approaches in examinations of criteria for application of a ban on abuse of a dominant position. The use of search algorithms leads to the creation of a multisided market and to the appearance of network effects and vertical integration, which enable new forms of abuse such as self-privilege.

Given the fact that algorithms are not able to act autonomously and that a ban on abuse of dominant position is wide and vague phrased, it is suitable to cover every possible abuse done by algorithms. However, competition authorities should remain reserved in the application of the ban and their future task is to standardize and adjust requirements for the application of a ban to features of algorithmic driven markets.

⁹⁶ Uporedi, Herberger, NJW 2018, 2825, 2829.

Mr Vidak LATKOVIĆ ¹

IZVRŠENJE NA NEPOKRETNOSTI

Izvršenje na nepokretnostima, kao jedno od sredstava izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja predviđeno Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju², pored izvršenja na novčanim sredstvima na računima izvršnih dužnika, bilo fizičkih ili pravnih lica, predstavlja najčešće korišćeno *sredstvo* izvršenja, odnosno nepokretnosti kao objekti prava svojine izvršnog ili založnog dužnika predstavljaju najčešći *predmet* izvršenja u našoj izvršnoj praksi. Nepokretnosti ili nepokretne stvari su zemljište, zgrade i drugi objekti koji su sa zemljištem trajno spojeni, ako zakonom nije drukčije određeno³. Izvršenje na nepokretnostima je uređeno glavom XIV ZIO, odnosno čl. 154 do 201 ZIO. Važno je istaći da ne postoji propisana minimalna vrijednost potraživanja kao uslov za određivanje izvršenja na nepokretnostima, što postoji u nekim uporednim pravnim praksama (npr. u Republici Hrvatskoj je minimalna tražbina 20,000.00 kuna).

Opšta pravila

Članom 154 ZIO predviđene su izvršne radnje na nepokretnostima i to kao sljedeće četiri radnje: (1) upis rješenja o izvršenju u katastar nepokretnosti, (2) utvrđivanje vrijednosti nepokretnosti, (3) prodaja nepokretnosti i (4)

¹ Autor je predsjednik Komore javnih izvršitelja i javni izvršitelj za područje Osnovnog suda u Cetinju.

² Zakon je objavljen u "Sl. list CG", br. 36/2011, 28/2014, 20/2015, 22/2017, 76/2017 - odluka US i 25/2019, u daljem tekstu "ZIO".

³ Zakon o svojinsko-pravnim odnosima, "Sl. list CG", br. 19/2009 od 13.3.2009. godine.

namirenje izvršnih povjerilaca iz iznosa dobijenog prodajom. Ovako definisane izvršne radnje, osim istih kao nužnih u izvršenju na nepokretnostima, predstavljaju i logičan i obavezan redosljed sprovođenja istih na način što će postupajući organ (javni izvršitelj ili sud izuzetno kod predmeta koji su zaprimljeni kada je sud bio stvarno nadležan izvršni organ, a nijesu na zahtjev izvršnog povjerioca ustupljeni na dalje postupanje javnom izvršitelju) prvo donijeti rješenje o izvršenju, zatim rješenje o utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti, nakon čega će po pravosnažnosti prethodnog rješenja, donijeti zaključke o prodaji, dodjeljivanju i predaji nepokretnosti, te zaključak o namirenju. Naravno, u zavisnosti da li je rješenje o izvršenju kao prva odluka u postupku donijeta na osnovu izvršne isprave ili mjenice (suspenzivno dejstvo prigovora) sa jedne strane ili na osnovu drugih vjerodostojnih isprava (bez suspenzivnog dejstva prigovora) sa druge strane, javni izvršitelj (ne)će sačekati pravosnažnost, odnosno izvršnost rješenja o izvršenju (protek roka za dobrovoljno ispunjenje novčane obaveze od 3 ili 8 dana od dana dostavljanja rješenja dužniku).

Predmet izvršenja

Prilikom faze pripremanja predmeta u kojoj utvrđuje da li postoje uslovi da se odredi izvršenje, javni izvršitelj dužan je da utvrdi postojanje prava svojine na nepokretnosti u vlasništvu izvršnog dužnika i to na način što je zakonom obavezan izvršni povjerilac da uz predlog za izvršenje na nepokretnosti podnese i izvod iz katastra nepokretnosti kao dokaz o tome da je nepokretnost upisana kao svojina izvršnog dužnika. Takođe, predviđa se da ako je pravo na nepokretnosti upisano u katastar nepokretnosti na drugo lice, a ne na izvršnog dužnika, izvršni povjerilac je dužan da podnese ispravu koja je podobna za upis prava svojine izvršnog dužnika, dok se list nepokretnosti ili isprave za upis prava

svojine, na zahtjev izvršnog povjerioca, mogu pribaviti i *ex officio*. U ovom slučaju upis će izvršiti, na zahtjev javnog izvršitelja, organ uprave nadležan za upis u katastar nepokretnosti.

U dosadašnjoj izvršnoj praksi nerijetko se javljala situacija u kojoj se kao predmet izvršenja javljalo pravo korišćenja, a shodno ranijoj praksi u kojoj su prava svojine na zemljištu bili upisani kao društvena svojina (opštine), a pravo korišćenja na stvarne vlasnike (fizička lica), pa se postavljalo pitanje da li su ta prava bila podobna za promet, odnosno prodaju u izvršnom postupku. Čak su se i ta prava korišćenja ugovarala kao *objekat hipoteke* u pojedinim slučajevima. Sudska praksa je kroz odlučivanje o prigovorima na rješenja o izvršenju kojim je određeno izvršenje na tim pravima korišćenja zapravo potvrdila stavove javnih izvršitelja da se i na tim pravima može određivati i sprovoditi izvršenje, ali sa tim ograničenjem da se samo pravo korišćenja na zemljištu može prenijetu kupcu, dok bi na objektu sticao pravo svojine koje je posjedovao njegov pravni prethodnik. Na kraju bi novi sticalac imao mogućnost da pravo korišćenja transformiše u pravo svojine na zemljištu shodno odredbama čl. 419 Zakona o svojinsko pravnim odnosima.

Izvršenje na nepokretnostima određuje se i na idealnom dijelu nepokretnosti na kojoj je izvršni dužnik suvlasnik (pravo susvojine). Dakle, u toj situaciji se izvršenje određuje na idealnom dijelu nepokretnosti izvršnog dužnika, s tim što se uz saglasnost svih suvlasnika, osim izvršnog dužnika, izvršenje može odrediti i prodajom cijele suvlasničke nepokretnosti trećem licu ili nekom od suvlasnika. Ovo iz razloga što je u praksi često veoma teško prodati idealni dio nepokretnosti pa se na ovaj način omogućava prodaja cjelokupne nepokretnosti koja bi svakako bila tržišno atraktivnija u odnosu na idealni dio. U tom slučaju će se iz cijene ostvarene prodajom nepokretnosti ostali suvlasnici namiriti prije namirenja izvršnog povjerioca i prije naknade troškova izvršnog

postupka, srazmjerno vrijednosti svog suvlasničkog dijela. Dakle, prvi. Ovo znači da se derogiraju pravila o namirenju iz čl. 187 i 188 ZIO kako bi se prvenstvo namirenja dalo upravo suvlasnicima nepokretnosti na ime potraživanja koje ostvaruju po osnovu svojih idealnih djelova i srazmjerno njima. Prodajom nepokretnosti ne dira se u pravo preče kupovine suvlasnika, što znači da je organ koji sprovodi prodaju, bilo javnim nadmetanjem ili neposrednom pogodbom, dužan prilikom zaključivanja javnog nademetanja, odnosno neposredne pogodbe po posljednjoj prihvaćenoj kuporodajnoj cijeni, odnosno dogovorenoj cijeni, nepokretnost ili njen idealni dio ponuditi imaocima zakonskog i ugovornog prava preče kupvine, pa ukoliko isti ne prihvate kupovinu po toj cijeni, javni izvršitelj bi tek onda dodijelio nepokretnost najpovoljnijem ponuđaču, odnosno ponuđaču iz neposredne pogobe.

Izvršenje na predmetu prava zajedničke svojine ZIO ne predviđa kao takvo, stoga postavlja se pravno i praktično pitanje da li se može odrediti i sprovesti izvršenje na objektu zajedničke svojine. Smatram da autorke dr Stanković i dr Račić u svom udžbeniku *“Vanparnično procesno pravo i pravo izvršenja i obezbjeđenja”* pravilno zaključuju “da bi se sprovelo izvršenje na stvari koja je u zajedničkoj svojini nužno je da se ta nekretnina podijeli. Ukoliko bi se nekretnina koja je u zajedničkoj svojini podijelila na suvlasničke dijelove, tek tada bi izvršni povjerilac mogao tražiti izvršenje na nepokretnosti koja je u susvojini.”⁴ Dakle, moglo bi se sprovesti izvršenje tek nakon izvršene diobe zajedničke stvari, to jeste na idealnom dijelu suvlasnika.

Zakonodavac je propisao da predmet izvršenja ne može biti poljoprivredno zemljište zemljoradnika u površini do 10 ari, kao i da se ovo izuzeće ne odnosi na izvršenje radi

⁴ Dr Gordana Stanković i dr Ranka Račić: *Vanparnično procesno pravo i pravo izvršenja i obezbjeđenja*, 2019, Pravni fakultet Univerziteta Mediteran, Podgorica, str. 399.

ostvarenja novčanih potraživanja obezbijeđenih ugovornim založnim pravom na nepokretnostima (hipotekom).⁵ Takođe, Zakonom o zaštiti kulturnih dobara je ograničeno izvršenje isključivo na kulturnim dobrima u privatnoj svojini, dok je na onima u državnoj svojini zabranjeno.

Načelo srazmjere (proporcionalnosti)

Javni izvršitelj *može* odrediti da se izvršenje sprovede na drugoj nepokretnosti, a ne na onoj na kojoj je izvršni povjerilac predložio izvršenje ili drugom sredstvu izvršenja (npr. pokrtnim stvarima), ako postoji znatna nesrazmjera između vrijednosti nepokretnosti i iznosa potraživanja, a druga nepokretnost ili sredstvo izvršenja su dovoljni za ostvarivanje potraživanja.⁶

Dakle, imajući u vidu da upisom rješenja o izvršenju izvršni povjerilac stiče založno pravo i time se može namiriti i u situaciji ako nepokretnost stekne treće lice, izvršni povjerilac je dodatno osigurao namirenje svog potraživanja već stečenim založnim pravom i na nepokretnosti na kojoj je predložio izvršenje, a koju je javni izvršitelj promijenio zbog postojanja znatne nesrazmjere, pa tako može računati da ukoliko se ne namiri prodajom druge nepokretnosti ili nekim drugim sredstvom izvršenja, može se namiriti u svako vrijeme i prodajom predložene nepokretnosti izvršnog dužnika. Tumačenjem ove odredbe zaključuje se da će javni izvršitelj *ex officio* odrediti izvršenje drugim sredstvima ili na drugoj nepokretnosti. Odredbama ZIO nije izričito predviđeno da li

⁵ Ibid, „Ovo zakonsko rješenje ima ratio u činjenici da je zemljoradniku ovo osnovni izvor prihoda. Izuzimanje od izvršenja se ne odnosi na izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja obezbijeđenog ugovornim založnim pravom na nepokretnosti. Ukoliko je hipoteka konstituisana na poljoprivrednom zemljištu zemljoradnika, ono će biti predmet izvršenja i izvršni dužnik se ne može pozvati na pravila o isključenju od izvršenja jer je on dobrovoljno zasnovao hipoteku na tom zemljištu.”

⁶ Shodno članu 157 ZIO.

promjenu predmeta izvršenja može zahtijevati i sam izvršni dužnik, a kako isto nije zabranjeno, smatram da bi javni izvršitelj mogao odlučiti o promjeni predmeta izvršenja i na predlog izvršnog dužnika, ukoliko postoji znatna nesrazmjera između vrijednosti nepokretnosti i iznosa potraživanja, a druga nepokretnost je dovoljna za namirenje potraživanja izvršnog povjerioca. Ovo je veoma važna odredba našeg zakona koja potvrđuje jedno od osnovnih načela izvršne procedure, a to je načelo proporcionalnosti (srazmjere) koje je propisano kao takvo i imperativnom opštom odredbom u čl. 10 ZIO⁷, a koje i Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) potvrđuje kao imanentno izvršnom postupku, između ostalog i kroz presudu Vaskrsić protiv Slovenije⁸. Shodno navedenom, Osnovni sud u Cetinju navodi da je javni izvršitelj prailno odlučio kada je promijenio sredstvo izvršenja ex officio (umjesto nepokretnosti odredio je na penziji izvršnog dužnika) usljed činjenice da “očigledno postoji znatna nesrazmjera između vrijednosti nepokretnosti (18,000 eura) i iznosa potraživanja (2,820.38 eura).⁹ Nadalje, načelo srazmjere kao takvo se našlo i u Pravnom stavu Vrhovnog suda Crne Gore Su. I br. 198-3/19 od 16.10.2019. godine u kojem sud navodi da “prilikom sprovođenja izvršenja prodajom nepokretnosti ... nadležni organ je dužan da vodi računa o pravilnoj primjeni načela proporcionalnosti uspostavljanjem balansa između cilja kojem se teži i sredstva izvršenja kojim se potraživanje prinudno ostvaruje, te da o svojoj odluci navede, jasne, pravilne i dovoljne razloge.”¹⁰

⁷ “Izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja i obezbjeđenja takvog potraživanja odrediće se i sprovedi u obimu koji je potreban za namirenje, odnosno obezbjeđenje tog potraživanja.”

⁸ Slučaj Vaskrsić protiv Slovenije - br. 31371/12, presuda ESLJP od 25.04.2017. godine.

⁹ Rješenje Osnovnog suda u Cetinju IP br. 44/2017 od 11.04.2017. godine

¹⁰ Dostupno na <https://www.javni-zvrstitelji.me/images/2020/16.10.2019.%20Proporcionalnost%20kod%20izvr%C5%A1enja.pdf>

Upis rješenja o izvršenju

Imajući u vidu da se nakon pripremne faze predmeta i određivanja izvršenja postupak nastavlja sprovođenjem, to znači da prva izvršna radnja jeste upis rješenja o izvršenju. Upisu rješenja o izvršenju, javni izvršitelj pristupa po službenoj dužnosti: a) bez odlaganja (odmah) - kada je rješenje o izvršenju donijeto na osnovu izvršne isprave ili na osnovu mjenice kao vjerodostojne isprave, a po isteku roka za dobrovoljno ispunjenje obaveze od tri dana, a prije pravosnažnosti rješenja (prigovor nema suspenzivno dejstvo) ili b) po pravosnažnosti rješenja o izvršenju donijetog na osnovu vjerodostojne isprave – ukoliko je izjavljen prigovor, nakon odluke suda po prigovoru kada je potvrđeno (opravosnaženo rješenje o izvršenju), odnosno ukoliko nije izjavljen prigovor po njegovoj izvršnosti (protekom roka za dobrovoljno ispunjenje obaveze ukoliko ista nije ispunjena u roku od osam dana).ž

U katastar nepokretnosti izvršiće se upis rješenja o izvršenju, odnosno drugi odgovarajući upis u skladu sa propisima o upisu prava na nepokretnostima u katastar nepokretnosti. Procesne posljedice upisa rješenja o izvršenju su pravo na namirenje i pravo na pristupanje postupku izvršenja. Shodno Zakonu o državnom premjeru i katastru nepokretnosti upis se vrši prema vremenskom redoslijedu podnošenja zahtjeva za upis. Važno je naglasiti da upisom izvršni povjerilac stiče pravo da svoje potraživanje namiri iz nepokretnosti i u slučaju da treće lice kasnije stekne na istoj nepokretnosti pravo svojine (založno pravo)¹¹, kao i da izvršni

¹¹ Dr Stanković i dr Račić (2019:401): “Promjena vlasnika na nepokretnosti nakon upisa rješenja o izvršenju ne sprječava da se postupak izvršenja nastavi protiv novog vlasnika kao izvršnog dužnika ali samo u visini vrijednosti nepokretnosti. Radnje koje su preduzete prije promjene vlasnika ostaju na snazi, s tim da novi vlasnik ne može preduzeti radnje koje ne bi mogao preduzeti prethodni vlasnik – auktor. Da bi se nastavilo izvršenje prema novom vlasniku kao sukcesoru izvršni povjerilac mora podnijeti predlog za nastavljjanje postupka, a javni izvršitelj mora donijeti rješenje o

povjerilac koji nije ranije stekao založno pravo stiče pravo da se iz nepokretnosti namiri prije lica koje je kasnije steklo na toj nepokretnosti založno pravo ili pravo na namirenje. Drugačije (jasnije) rečeno, izvršni povjerilac koji nije imao stečeno založno pravo upisom rješenja stiče prvenstvo namirenja u odnosu na hipotekarne i izvršne povjerioce koji su kasnije stekli ovo parvo (prvi u vremenu, prvi u pravu). Važno je naglasiti i da ova odredba omogućava promet nepokretnosti koja je predmet izvršenja, s tim da novi sticalac mora trpjeti izvršenje na stečenoj nepokretnosti (teret prati nepokretnost).

Takođe, zakonodavac je regulisao i pristupanje ranije započetom postupku izvršenja kao imperativnu obavezu za svakog kasnijeg izvršnog povjerioca na način što je propisao da se poslije upisa rješenja o izvršenju *ne može* za namirenje drugog potraživanja istog ili drugog izvršnog povjerioca sprovesti poseban postupak izvršenja na istoj nepokretnosti, već da će izvršni povjerilac za čije je potraživanje kasnije određeno izvršenje na istoj nepokretnosti *stupiti* u već pokrenuti postupak izvršenja, i to najkasnije do donošenja zaključka o dodjeli nepokretnosti kupcu u slučaju prodaje putem neposredne pogodbe, odnosno do donošenja zaključka o predaji nepokretnosti u slučaju prodaje javnim nadmetanjem. Ovo je veoma korisna odredba i onemogućava da više javnih izvršitelja istovremeno sprovede prodaju iste nepokretnosti, a pri tom je obavezan onaj koji sprovodi prodaju da prilikom namirenja vodi računa o prvenstvu namirenja svih izvršnih i založnih povjerilaca, kao i imaoca službenosti i tereta koji se brišu predajom nepokretnosti.

Ono što je važno naglasiti jeste da se shodno Pravnom stavu Vrhovnog suda Crne Gore Su I br. 148-8/15 od 15.06.2015. godine kao vrijednost potraživanja uzima isključivo potraživanje izvršnog povjerioca u čiju se korist

tome. Bez obzira na to što ZIO nije ovo predvidio, to je jedini mogući način nastavljanja postupka izvršenja.”

sprovodi prodaja, a ne i onih koji su pristupili, što u praksi stvara brojne nepogodne posljedice za ostale založne i izvršne povjerioce, a ovo posbeno na trećoj i svakoj narednoj prodaji kada početna cijena zavisi od visine potraživanja.¹² Ovdje je korisno pomenuti da se u praksi dešava da izvršni povjerilac prvog reda (u čiju korist bi trebalo da se sprovodi prodaja i kojem su kasniji povjerioci pristupili) nije zainteresovan za sprovođenje prodaje usljed postojanja ranije upisanih prava na namirenje hipotekarnih povjerilaca (koji mogu biti i kasniji izvršni povjerioci takođe), a čijim namirenjem isti ne bi mogao namiriti i svoje potraživanje. Iz tog razloga se ne pristupa utvrđivanju vrijednosti i prodaji nepokretnosti (npr. na snazi je odlaganje izvršenja ili izv. povjerilac ne postupa po zaključku da uplati predujam) čime potencijalno izvršni povjerilac prvog reda sprečava kasnije izvršne povjerioce da namire svoja potraživanja prodajom. Iako su dugo vremena postojali oprečni stavovi, smatram da se mora dozvoliti kasnijim izvršnim povjeriocima (koji su pristupili) da mogu voditi prodaju u svojim predmetima. Ova pravna situacija bi se mogla riješiti donošenjem posebnog procesnog rješenja kojim bi se odredilo sprovođenje izvršenja prodajom u tom kasnijem predmetu, a imajući u vidu izjašnjenje izvršnog povjerioca prvog reda koji nije zainteresovan za prodaju (ili čak činjenica da ne postupa po zaključku o predujmu bi se mogla uzeti kao odsutajanje od prava vođenja prodaje). U prilog ovom tumačenju je i stav Privrednog suda Crne Gore zauzet u Rješenju I br. 124/19 od 18.09.2019. godine.¹³

¹² Str. 1: „Na trećem javnom nadmetanju nepokretnost se ne može prodati ispod visine potraživanja izvršnog povjerioca po čijem predlogu se sprovodi izvršenje. Potraživanja izvršnih povjerilaca koji su pristupili u već pokrenuti postupak izvršenja, kao ni potraživanja založnih povjerilaca ne uzimaju se u obzir za određivanje vrijednosti ispod koje se ne može prodati nepokretnost.“

¹³ Str. 3: „Sud je cijenio navode izvršnog dužnika da se izvršni povjerilac nalazi na 7. redu upisanog tereta i da ne može zahtijevati preduzimanje radnje (zahtjev za procjenu vrijednosti predmetne nepokretnosti), već to

Javni izvršitelj će licu zainteresovanom za kupovinu nepokretnosti dozvoliti da u prikladno vrijeme razgleda nepokretnost. Članom 63. ZIO je propisano da “kad izvršnu radnju treba sprovesti u prostoriji koja je zaključana, a izvršni dužnik nije prisutan ili ne pristaje da otvori prostoriju, javni izvršitelj će otvoriti prostoriju u prisustvu dva punoljetna građanina”. Dakle, iako je javni izvršitelj nesporno ovlašćen da prinudno otvori prostoriju prilikom preduzimanja izvršne radnje (recimo ispražnjenja od lica i stvari), postavlja se pitanje da li se pod pojmom izvršne radnje ovdje može smatrati i omogućavanje razgledanja nepokretnosti, imajući u vidu da ta radnja nije predviđena kao izvršna radnja u postupku sprovođenja izvršenja na nepokretnosti, osim u dijelu iseljenja izvršnog dužnika iz člana 183 ZIO.

U dosadašnjoj praksi javnih izvršitelja postavilo se i pitanje da li je javni izvršitelj obavezan sačekati konačnost i pravosnažnost rješenja o upisu zabilježbe upravnog organa zaduženog za poslove vođenja katastarske evidencije (Uprava za nekretnine) ili je dovoljan samo upis zabilježbe rješenja o izvršenju u predmetni list nepokretnosti koji se sprovodi prije pravosnažnosti rješenja. Kako ZIO isto nije propisao, a kako Zakon o upravnom postupku (čl. 125) propisuje da žalba ne odlaže izvršenje rješenja o upisu zabilježbe u katastru nepokretnosti, smatram opravdanim tumačenje da je sami upis zabilježbe rješenja dovoljan uslov za pristupanje narednoj izvršnoj radnji. Ovo iz razloga što bi suprotno tumačenje bilo protivno proklamovanom osnovnom načelu hitnosti izvršnog postupka. Nadalje, sama upravna stvar (postupak ili kasnije upravni spor) bi odugovlačio izvršenje i uticao na dalje odluke u izvršnom postupku kao građanskopravnom (sudskom) postupku, pa ni takav uticaj ne bio bio oprovadan.

pravo isključivo ima izvršni povjerilac koji se nalazi na 1. mjestu, ali je našao da isti nisu osnovani i od uticaja iz razloga što će javni izvršitelj u postupku namirenja izvršnih povjerilaca shodno čl. 186-čl. 188 ZIO voditi računa o redoslijedu namirenja.“

Iako zakonom nije propisano da će javni izvršitelj po službenoj dužnosti izvršiti upis rješenja o izvršenju koja su donijeta u korist izvršnog povjerioca drugog i narednog reda, smatram da je isto obavezan upisati kako bi dodatno zaštitio pravo na namirenje, prvenstveno kroz redosljed namirenja, ali i zbog samog publiciteta upisa.

Utvrđivanje vrijednosti nepokretnosti

Kao drugu izvršnu radnju, zakonodavac propisuje utvrđivanje vrijednosti nepokretnosti i to samo kroz tri člana. Tako se navodi da javni izvršitelj pristupa utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti nakon donošenja rješenja o izvršenju, zatim da se vrijednost nepokretnosti utvrđuje u visini tržišne cijene na dan procjene, te da prilikom utvrđivanja vrijednosti cijene javni izvršitelj može zatražiti procjenu od ovlaštenog procjenitelja ili nalaz i mišljenje vještaka. Na početku se odmah otvara pitanje kod formulacije da “javni izvršitelj pristupa utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti nakon donošenja rješenja o izvršenju” da li je ova odredba kontradiktorna odredbi čl. 61 st. 2 ZIO prema kojoj se rješenje o izvršenju donijeto na osnovu vjerodostojne isprave, osim mjenice, sprovodi po pravosnažnosti, pa se postavlja pitanje koju odredbu treba primijeniti. Smatram da suspenzivnost prigovora kod rješenja o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave mora imati primjenu u svim situacijama, pa i u ovoj, što bi značilo da i pored postojanja ove odredbe javni izvršitelj je dužan sačekati pravosnažnost rješenja o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave da bi pristupio utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti. Nasuprot, kod rješenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave i mjenice ovo pitanje nije relevantno i može se ova odredba primijeniti bez dileme.

Takođe, ZIO propisuje obavezu da prilikom utvrđivanja vrijednosti nepokretnosti se mora voditi računa i o tome koliko nepokretnost manje vrijedi zbog toga što na nepokretnosti

ostaju određena prava i poslije prodaje, kao i da se vrijednost nepokretnosti utvrđuje rješenjem, a ne zaključkom kako je bilo ranije regulisano i kako je predviđeno i za druga sredstva izvršenja (npr. kod pokretnih stvari ili hartija od vrijednosti). Ovo iz razloga što je na rješenje kao odluku dozvoljen prigovor, a na zaključak nije, pa je zakonodavac smatrao da je neophodno omogućiti prigovor kao pravni lijek, pri tom ne precizirajući razloge za isti kod rješenja o utvrđivanju vrijednosti.

Međutim, na svaku donijetu odluku i sprovedenu radnju, pa i utvrđivanje vrijednosti (ukoliko bi isto bilo u formi zaključka) moguće je izjaviti posebno pravno sredstvo predviđeno ZIO¹⁴, a to je zahtjev za otklanjanje nepravilnosti kojim je sud ovlašten da upravo otklanja nepravilnosti, a ne nezakonitosti u radu javnog izvršitelja. Ovdje se postavlja pitanje da li izjavljen prigovor na rješenje o utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti ima suspenzivno dejstvo samo kada je riječ o izvršenju na osnovu izvršne isprave ili i kada je izvršenje određeno na osnovu vjerodostojne isprave i ova situacija nije regulisana pozitivnopravnim odredbama ZIO. Odgovor je jedino moguće pronaći primjenom odredbe čl 49, st. 3 ZIO i to analognim tumačenjem da suspenzivno dejstvo nema samo prigovor na rješenje o utvrđivanju vrijednosti kod izvršenja na osnovu izvršnih isprava (i mjenice), odnosno primjenom odredbe čl. 60 st. 5 ZIO da prigovor ima suspenzivno dejstvo ukoliko je izjavljen na rješenja o utvrđivanju vrijednosti

¹⁴ Član 65 ZIO: "Stranka ili učesnik u postupku koji smatra da su prilikom sprovođenja izvršenja učinjene nepravilnosti može podnijeti zahtjev za otklanjanje tih nepravilnosti nadležnom sudu. Obrazloženi zahtjev sa dokazima podnosi se u roku od tri dana od dana saznanja za nepravilnosti, a najkasnije u roku od 15 dana od dana okončanja izvršenja. Podnošenje zahtjeva ne zadržava sprovođenje izvršenja. ... Sud može odlučiti da sasluša lica iz stava 3 ovog člana. ... Ako nađe da je zahtjev osnovan, sud će rješenjem utvrditi učinjene nepravilnosti, staviti van snage preduzete izvršne radnje i naložiti otklanjanje nepravilnosti nastalih odlukama i radnjama suda, odnosno javnog izvršitelja..."

kod izvršenja na osnovu vjerodostojnih isparava (osim mjenice). Međutim, stav autora, a to je i sudska praksa potvrdila kroz svoje odluke, da suspenzivno dejstvo moraju imati prigovori i kod jednih i kod drugih izvršnih predmeta, a ovo iz razloga što je za sljedeću fazu postupka, odnosno treću izvršnu radnju prodaje neophodno imati pravosnažno utvrđenu vrijednost nepokretnosti koja se prodaje, kao jednu od bitnih uslova prodaje predviđenih čl. 174 ZIO.

Ovdje je važno napomenuti da je rješenje o utvrđivanju vrijednosti deklarativnog (utvrđujućeg) karaktera kojim javni izvršitelj, uglavnom na osnovu prethodno sprovedenog postupka izvođenja dokaza vještačanjem, utvrđuje vrijednost predmetne nepokretnosti kao tržišnu vrijednost na dan procjene. Kao takvo, rješenje mora biti obrazloženo na način da je javni izvršitelj obavezan dati jasne i dovoljne razloge koji su ga opredijelili za odluku iz izreke rješenja, a koji se uglavnom odnose na nalaz vještaka ili procjenitelja.

Takodje, u praksi se nerijetko susrijećemo sa situacijama u kojima vještak prilikom izlaska na lice mjesta, zatekne bitno drugačije faktičko stanje nepokretnosti u odnosu na pravno (knjižno) stanje stvari iz lista nepokretnosti, kao što je npr. izgrađeni objekat na zemljištu koje je predmet izvršenja ili veća gabaritnost objekta u odnosu na knjižno stanje, pa se postavlja pitanje zapravo što je predmet vještačenja i kasnije prodaje. U tom smislu, zauzet je stav da se utvrđuje vrijednost zemljišta i objekata shodno njihovom knjižnom stanju jer se pravno jedino takve nepokretnosti mogu prometovati u daljem postupku izvršenja, ali svakako da će utvrđena vrijednost biti korigovana na način da će se uzeti u obzir stvarna vrijednost novonastalih radova ili objekta, a koja je uglavnom umanjena tržišna vrijednost za troškove legalizacije objekta, ukoliko za to postoje uslovi. Na ovaj način bi se u daljem postupku utvrđivala vrijednost i vršila prodaja i prenos samo uknjiženih nepokretnosti, dok bi pravna sudbina neuknjiženih svakako pratila uknjižene nepokretnosti, što bi dalje značilo da bi novi

sticalac dobio u posjed i neuknjiženu nepokretnost ili dio te nepokretnosti i kao držalac istih kasnije bio u prilici da ih uknjiži i legalizuje kao takve.

Prodaja nepokretnosti

Po pravosnažnosti rješenja o utvrđivanju vrijednosti nepokretnosti, javni izvršitelj donosi zaključak o prodaji nepokretnosti, kojim se određuju način i uslovi prodaje, kao i vrijeme i mjesto prodaje i vremenski period u toku dana u kome će se omogućiti razgledanje nepokretnosti, ako se prodaja vrši putem javnog nadmetanja. Zaključak o prodaji sadrži zakonom propisane bitne elemente shodno čl. 174 ZIO i isti se objavljuje u medijima i dostavlja strankama i učesnicima u postupku. Takođe, propisano je da od objavljivanja zaključka o prodaji do dana prodaje ne može proteći manje od 15 dana niti više od 30 dana i ovaj rok se može tumačiti kao prekluzivan. Dakle, ukoliko se naredna prodaja ne održi u roku ne dužem od 30 dana, javni izvršitelj je dužan održati ponovo posljednju prodaju pod uslovima predviđenim zakonom. Ovo se ne odnosi na situaciju kada je određeno odlaganje ili zastoj postupka izvršenja za koje je zakonodavac jasno propisao da prestaju teći rokovi kao njihove pravne posljedice. Nadalje je regulisano da lice koje ima zakonsko pravo preče kupovine nepokretnosti koja je predmet izvršenja prodajom ima prvenstvo pred najpovoljnijim ponuđačem, ako na javnom nadmetanju, odmah po njegovom zaključenju, izjavi da nepokretnost kupuje pod istim uslovima. To praktično znači da će javni izvršitelj nakon što zaključi postupak javnog nadmetanja proglašenjem najpovoljnije postignute cijeni biti u obavezi po toj cijeni ponuditi imaoca prava preče kupovine.

Kada je riječ o načinu prodaje, prodaja nepokretnosti vrši se (1) putem usmenog javnog nadmetanja ili (2) neposrednom pogodbom. Izvršni povjerilac i izvršni dužnik se

tokom cijelog postupka javnog nadmetanja mogu sporazumjeti o prodaji neposrednom pogodbom i o uslovima prodaje. Kada je riječ o prodaji javnim nadmetanjem, istoj javni izvršitelj pristupa nakon što utvrdi da su ispunjeni uslovi za prodaju, odnosno da su stranke i druga lica uredno primila zaključak o prodaji, zatim da je blagovremeno objavljen zaključak u dnevnom listu i da je protekao rok od najmanje 15 dana od dana objavljivanja zaključka do dana održavanja ročišta za prodaju, kao i da li je pristupio ponuđač, odnosno uplatio jemstvo na račun za jemstvo javnog izvršitelja, te utvrdio identitet lica koja su pristupila ročištu, kao i da li su ponuđači lica koja ne mogu biti kupci shodno čl. 177 ZIO, o čemu bi morao odlučiti posebnom odlukom donijetom na zapisnik ili u formi posebnog akta (zaključka). Javno nadmetanje za prodaju nepokretnosti održaće se i kad prisustvuje samo jedan ponuđač. Nakon toga, javni izvršitelj započinje javno nadmetanje objavljivanjem početne cijene nepokretnosti. Na prvom javnom nadmetanju za prodaju, nepokretnost se ne može prodati ispod utvrđene vrijednosti, dok se stranke i založni povjerioci mogu sporazumjeti izjavom datom na zapisnik kod javnog izvršitelja da se nepokretnost može prodati putem javnog nadmetanja po cijeni nižoj od utvrđene vrijednosti. Dakle, ovo znači da početna cijena (koju prvu nudi javni izvršitelj) jeste utvrđena vrijednost nepokretnosti ili idelanog dijela, uz mogućnost dogovora stranaka i založnih povjerilaca da mogu započeti nadmetanje i sa nižom cijenom bez ograničenja.

Nadalje, ako se nepokretnost nije mogla prodati na prvom javnom nadmetanju, javni izvršitelj će zakazati drugo nadmetanje na kojem se nepokretnost može prodati ispod utvrđene vrijednosti, ali ne ispod 50% te vrijednosti. Ovo nadalje znači da će javni izvršitelj započeti drugo javno nadmetanje nudenjem nepokretnosti za polovinu utvrđene cijene, bez obzira na visinu potraživanja. Ako se nepokretnost nije mogla prodati ni na drugom javnom nadmetanju, javni

izvršitelj će zakazati novo javno nadmetanje (treće i svako naredno) na kojem se nepokretnost može prodati ispod 50% utvrđene vrijednosti, ali ne ispod visine potraživanja izvršnog povjerioca. To znači da će javni izvršitelj kod treće i svake naredne prodaje započinjati nadmetanje nuđenjem nepokretnosti po početnoj cijeni u visini potraživanja izvršnog povjerioca u čiju korist se vodi prodaja, bez obzira na potraživanja povjerilaca koji su pristupili prodaji. Ovdje se postavlja pitanje što je zapravo visina potraživanja izvršnog povjerioca (da li je to samo glavni dug, koji predstavlja ujedno i vrijednost izvršnog predmeta ili glavni dug sa pripadajućom kamatom i drugim parničnim i troškovima izvršnog postupka). Dosadašnja javnoizvršiteljska praksa je postupla na način što je za visinu potraživanja uzimala upravo glavni dug kao vrijednost predmeta izvršenja. Ono što je nelogično i necjelishodno jeste veoma učestala situacija u kojoj je početna cijena na trećem i svakom narednom nadmetanju viša nego na prvoj ili drugoj prodaji, pa takvo zakonsko rješenje čini sve kasnije prodaje neatraktivnim zbog tako postavljene početne cijene. Važno je naglasiti da ukoliko je visina potraživanja niža od polovine utvrđene vrijednosti, javni izvršitelj će ponuditi nepokretnost za početnu cijenu u visini potraživanja izvršnog povjerioca koliko god ona iznosila.

Takođe, ovdje zakonodavac propisuje izuzetak da ako je procijenjena vrijednost manja od visine potraživanja, a prodaja na drugom javnom nadmetanju nije uspjela (dakle govorimo o trećem i svakom narednom nadmetanju), nepokretnost se može prodati ispod utvrđene vrijednosti bez ograničenja, samo uz prethodnu saglasnost izvršnog i založnog povjerioca. Naglašavam da se ovdje ne zahtijeva saglasnost izvršnog dužnika, kao što je slučaj kod prvog javnog nadmetanja.

Kod člana 173 st.7 ZIO se navodi da se “odredbe st. 2 i 3 ovog člana primjenjuju i u slučaju kad se nepokretnost nije mogla prodati neposrednom pogodbom za utvrđenu vrijednost, niti na nekom kasnijem nadmetanju za prodaju”, što bi značilo

da se utvrđena početna cijena na drugom javnom nadmetanju zapravo primjenjuje i kod svih kasnijih prodaja, pa i trećoj, na kojoj je odredbom st. 4 regulisano da ista može biti i ispod 50% utvrđene vrijednosti kada je potraživanje više od tog iznosa, što predstavlja koliziju ove dvije odredbe kada je u pitanju određivanje početne cijene.

Iz gore navedenih odredbi jasno se zaključuje da javno nadmetanje vodi javni izvršitelj na način da isto započinje nuđenjem nepokretnosti po propisanoj početnoj cijeni i da je isti dužan da nakon prihvatanja početne cijene od strane najmanje jednog učesnika, objavi sljedeću cijenu koja je viša od prethodne, pri čemu je dužan da vodi računa da svako sljedeće povećanje cijene ne bude nesrazmjerno sa posljednjom objavljenom cijenom nepokretnosti. Javno nadmetanje se zaključuje neposredno poslije *neprihvatanja* posljednje objavljene cijene.

Dakle, nakon što najmanje jedan ponuđač prihvati do tada najvišu ponuđenu cijenu, javni izvršitelj je dužan ponuditi višu cijenu koju neće niko prihvatiti i tada se smatra nadmetanje završenim. Ovo je sporno rješenje iz razloga što ponuđač koji je jedini prihvatio posljednju ponuđenu cijenu nema interes sam sebi povećavati cijenu, a to svakako nemaju ni drugi ponuđači koji nijesu prihvatili ni posljednju prihvaćenu cijenu. Takođe, postavilo se u praksi pitanje što će uraditi javni izvršitelj ako dva ili više ponuđača konstantno prihvataju ponuđene cijene kako bi opstruirali postupak prodaje. Ovdje bi se jedino moglo primijeniti pravilo da se zaključuje nadmetanje kada se posljednja ponuđena cijena ne prihvati ni od koga od učesnika, pod uslovom da postoji jedan ponuđač koji je posljednji prihvatio najvišu cijenu, pa bi se istom i dodjelila nepokretnost. Dakle, u ovom smislu je potrebna dopuna postojeće odredbe čl. 178 st. 4 ZIO da se "ponuđaču koji je posljednji ponudio najveću cijenu...dodjeljuje nepokretnost." Iako nije propisano izričito, sistemskim tumačenjem relevantnih odredaba se može jasno

zaključiti da je zakonodavac prepoznao i izvršnog povjerioca kao mogućeg ponuđača, ukoliko se izjasni da želi da učestvuje u nadmetanju i da umjesto novca za postignutu cijenu može položiti svoje novčano potraživanje koje se u tom slučaju ima smatrati namirenim u cjelosti ili djelimično.

Dakle, nakon zaključenja javnog nadmetanja i eventualnog izjašnjenja o pravu preče kupovine, javni izvršitelj objavljuje koji je ponuđač ponudio najveću cijenu i tom ponuđaču dodjeljuje nepokretnost zaključakom o dodjeljivanju nepokretnosti koji se može donijeti na zapisnik ili kao poseban pravni akt, na koji se nema pravo prigovora, ali svakako strankama ostaje pravo da podnošenjem zahtjeva za otklanjanje nepravilnosti ukazuju na nepravilnosti u sprovođenju postupka javnog nadmetanja koje prethodi samom donošenju zaključka.

Nadalje, ZIO propisuje da u javnom nadmetanju mogu učestvovati samo lica koja su prethodno položila jemstvo koje iznosi jednu desetinu utvrđene vrijednosti nepokretnosti, kao i da su polaganja jemstva oslobođeni izvršni povjerilac i založni izvršni povjerilac, ako njihova potraživanja dostižu iznos jemstva i ako bi se, s obzirom na njihov red prvenstva i utvrđenu vrijednost nepokretnosti, taj iznos mogao namiriti iz kupovne cijene. Upravo kroz ovu odredbu se na posredan način priznaje pravo izvršnom povjeriocu da učestvuje u javnom nadmetanju kao ponuđač, odnosno kupac nepokretnosti. Nadalje, zakonodavac propisuje veoma spornu odredbu da se “ponuđačima čija ponuda nije prihvaćena vrati jemstvo odmah po zaključenju javnog nadmetanja, osim drugom i trećem ponuđaču”. Dakle, ova odredba je sporna pravno i praktično iz dva razloga. Prvo, implicira da se vraća jemstvo prvom, četvrtom i svakom narednom ponuđaču, dok se zadržava drugom i trećem ponuđaču i za ovakvo normiranje nije jasan razlog, a ista je diskriminatorna prema ponuđačima kojima se zadržava jemstvo.

Drugo, u praksi se dešavalo da se nakon prve prihvaćene cijene javi ponuđač koji nudi nesrazmjerno viskou cijenu koju ni jedan drugi ponuđač ne može ponuditi i time zatvara nadmetanje, da bi nakon toga odustao od ponuđene cijene bez ikakvih posljedica jer mu se kao prvom ponuđaču mora vratiti jemstvo i na taj način je onemogućio ostalim ponuđačima i da učestvuju u nadmetanju. Ova situacija je vjerujem onemogućena posljednjom izmjenom ZIO iz 2019. godine kada je javni izvršitelj obavezan da “vodi računa da svako sljedeće povećanje cijene ne bude nesrazmjerno sa posljednjom objavljenom cijenom nepokretnosti”.

Ako najpovoljniji ponuđač ne položi prodajnu cijenu u određenom roku, javni izvršitelj će proglasiti da je prodaja nepokretnosti tom ponuđaču bez pravnog dejstva (donošenjem zaključka i vraćanjem jemstva) i pozvati drugog po redu ponuđača zaključkom o dodjeljivanju nepokretnosti da kupi nepokretnost, odnosno uplati ponuđenu cijenu. Ako ni taj ponuđač ne položi cijenu koju je ponudio u određenom roku, javni izvršitelj primjenjuje ista pravila i na trećeg ponuđača. U slučaju da sva tri ponuđača sa najvišom ponudom ne polože ponuđenu, odnosno prodajnu cijenu u roku, “javni izvršitelj će postupiti u skladu sa čl. 94 i 95 ZIO”¹⁵. Navedeni članovi regulišu način prodaje i prodajnu cijenu pokretnih stvari i ostaje nejasno ovo upućivanje zakonodavca i uopšte primjenivost ovih odredaba kod izvršenja na nepokretnostima. Član 180 st. 5 ZIO propisuje da će se “iz položenog jemstva ponuđača iz stava 4 ovog člana (pr.aut: prvog, drugog i trećeg ponuđača) izmiriti troškovi nove prodaje i nadoknaditi eventualna razlika između cijene postignute na ranijoj i novoj prodaji”. Ukoliko se ova odredba tumači u vezi sa odredbom čl. 175, st. 4 ZIO da se jemstvo vraća svim ponuđačima, osim drugom i trećem, to se zaključuje da postoji jasna kolizija između ove dvije odredbe na način da jedna propisuje da se

¹⁵ Čl. 18, st 4 ZIO.

jemstvo prvog, drugog i trećeg ponuđača zadržava, dok druga propisuje da se prvom ponuđaču vraća, a zadržava drugom i trećem. Stoga, zakonodavac bi trebalo jasno regulisati ovo pitanje i to na način da jemstvo prepozna kao *institut kapare* iz čl. 75 Zakona o obligacionim odnosima, čime bi se onemogućilo zloupotrebljavanje procesnih prava i dodatno obavezali ponuđači da izvrše plaćanje cijene, rizikujući da izgube jemstvo.

Nakon polaganja cijene u slučaju prodaje nepokretnosti javnim nadmetanjem, javni izvršitelj će donijeti zaključak da se nepokretnost preda kupcu (zaključak o predaji) i da se u katastar nepokretnosti upiše pravo svojine u njegovu korist. Predajom nepokretnosti izvršni dužnik gubi državinu nepokretnosti i dužan je da nepokretnost preda kupcu odmah nakon dostavljanja zaključka o predaji nepokretnosti, ako zakonom ili sporazumom sa kupcem nije drukčije određeno. Zakonodavac je posebno propisao da se protiv ovog zaključka može podnijeti zahtjev za otklanjanje nepravilnosti o kome odlučuje sud. Dakle, iako je protiv svake odluke i radnje dozvoljeno ovo pravno sredstvo, zakonodavac ga je ovdje posebno naveo naglašavajući mu važnost jer se upravo zaključkom o predaji nalaže definitivan prenos prava svojine i gubi državina od strane izvršnog dužnika. Kako ovaj zaključak suštinski sadrži samo nalog Upravi za nekretnine da izvrši upis prava svojine u korist kupca, te utvrđuje da izvršni dužnik gubi državinu, postavlja se pitanje u kom dijelu se isti može osporavati zahtjevom za otklanjanje nepravilnosti. Stoga, jedino logično objašnjenje za ovako naglašenu mogućnost podnošenja zahtjeva za otklanjanje nepravilnosti vidim u osporavanju svih onih prethodnih odluka i radnji u postupku prodaje koje su prethodile zaključku o predaji. Takođe, treba imati u vidu da podnošenje zahtjeva ne zadržava sprovođenje izvršenja, dakle preduzimanje narednih izvršnih radnji, kao i da rješenje o osnovanosti zahtjeva ne utiče na izvršenu prodaju, ali može biti osnov za naknadu štete.

Ovo rješenje je u skladu sa odredbom Zakona o svojinsko pravnim odnosima o savjesnosti kupca na javnoj prodaji.¹⁶

Nakon donošenja zaključka o predaji nepokretnosti, javni izvršitelj će posebnim zaključkom naložiti izvršnom dužniku i drugim licima koja koriste nepokretnost da istu isprazne i predaju kupcu u određenom roku koji zakonodavac nije propisao. Ukoliko držaoci nepokretnosti ne postupe dobrovoljno po nalogu javnog izvršitelja, isti će pristupiti sprovođenju ispražnjenja nepokretnosti u skladu sa čl. 224 do 227 ZIO. Ovakva odredba, iako je zakonodavac izričito uputio na istu, smatram da nije primjenjiva kod ispražnjenja od lica i stvari kao izvršne radnje koja se preduzima kod izvršenja na nepokretnosti, već samo kod ispražnjenja i predaje nepokretnosti kao posebnog nenovčanog potraživanja utvrđenog sudskom odlukom ili poravnanjem. Ovo iz razloga što kod ispražnjenja i predaje nepokretnosti u okviru izvršenja na nepokretnosti (prodaje) nije predviđeno donošenje rješenja o izvršenju radi ispražnjenja i predaje nepokretnosti (takvo rješenje se ne bi moglo ni osnovano donijeti jer ne postoji takva utvrđena obaveza ni u jednom prethodnom aktu koja bi bila podobna za izvršenje), već donošenje zaključka kojim se nalaže dužniku i drugim licima da isprazne i predaju nepokretnost koju drže, pa bi se jedino analogno mogao primijeniti rok od 8 dana koji smatram primjerenim da se ostavi držaocu nepokretnosti da dobrovoljno izvrši deložaciju.

Takođe, korisno je istaći da kada se jednom ova radnja sprovede i o istoj sačini zapisnik, dakle kada se nesporno isprazni nepokretnost i preda u državinu novom vlasniku, više nije osnovano od javnog izvršitelja zahtijevati ponavljanje radnje (usljed gubitka državine), već bi se ista mogla isključivo preduzeti kroz novi izvršni postupak radi sprovođenja

¹⁶ Čl. 292 Zakona o svojinsko pravnim odnosima

ispražnjenja i predaje nepokretnosti kao nenovčane obaveze utvrđene pravosnažnom i izvršnom sudskom odlukom.

Namirenje potraživanja

Javni izvršitelj pristupa namirenju izvršnih povjerilaca odmah nakon izvršene prodaje nepokretnosti, odnosno nakon prijema prodajne cijene. Iz prodajne cijene nepokretnosti namiruju se izvršni povjerilac po čijem je predlogu određeno izvršenje, založni izvršni povjerioci i kad nijesu prijavili svoja potraživanja i lica koja imaju pravo na naknadu za lične službenosti. Ova odredba je opšteg karaktera i utvrđuje ko sve ima pravo na namirenje, ne ukazujući na redosljed namirenja. Iz iznosa dobijenog prodajom nepokretnosti namiruju se sljedeća potraživanja, navedenim redom:

- 1) *troškovi postupka izvršenja*, koji podrazumijevaju sve nagrade za rad javnog izvršitelja (nagrade za pripremanje predmeta, preduzete radnje i za uspješno sprovedeno izvršenje srazmjerno namirenom glavnom potraživanju) i stvarne troškove, i to kako one koji su unaprijed plaćeni javnom izvršitelju na ime predujma, tako i one neophodne za završetak postupka, kao i troškove advokata za preduzete radnje u postupku izvršenja (shodno čl. 45 Zakona o javnim izvršiteljima);
- 2) *potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja*, ako se dokazuju izvršnom ispravom i ako su prijavljena najkasnije na javnom nadmetanju za prodaju;
- 3) *potraživanja obezbijedena založnim pravom*;
- 4) *potraživanja naknade za lične službenosti i stvarne terete* koji se prodajom gase, ako su nastali prije pokretanja postupka izvršenja;
- 5) *potraživanja izvršnih povjerilaca* po čijem je predlogu određeno izvršenje.

Dakle, nesporno je da se prvo namiruju troškovi postupka izvršenja i prijavljena potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja kao prioriteta. Nakon istih se namiruju založni povjerioci po redu upisa založnog prava, odnosno stvarnog tereta u katastar nepokretnosti ili drugu odgovarajuću javnu evidenciju. Povjerioci za lične službenosti namiruju se po redu sticanja prava službenosti.

Troškovi i kamate za posljednje tri godine do donošenja zaključka o predaji nepokretnosti kupcu, određeni izvršnom ispravom, namiruju se po istom redu prvenstva kao i glavna potraživanja¹⁷. Ova odredba nije u potpunosti jasna i smatram je suvišnom jer potraživanja izvršnih povjerilaca koja se namiruju podrazumijevaju kako potraživanja po osnovu glavnog potraživanja, tako i sporedna potraživanja (npr. kamate, troškovi parničnog i izvršnog postupka i sl.), pa je upitno ovakvo normiranje. Takođe je ista sporna i sa aspekta kako se treba tumačiti kada je izvršenje određeno na osnovu vjerodostojne isprave, u kojoj takođe može biti navedena i kamata kao sporedno potraživanje (npr. obračun kamata), pa se postavlja pitanje mogućnosti njene primjene u konkretnim situacijama.

Posljednji u redu namirenja su izvršni povjerioci po čijem je predlogu određeno izvršenje, dakle izvršni povjerilac u čiju korist se sprovodi izvršenje i kasniji izvršni povjerioci koji su pristupili izvršnom povjerioci prvog reda. Kod ovako normiranog redosljeda namirenja moglo bi se postaviti pitanje da li je redosljed namirenja utvrđen na ovaj način (prema osnovu potraživanja) jedini primjenjiv ili se ipak mora voditi računa o poštovanju pravnog načela *prior tempore, potior iure* (prvi u vremenu, prvi u pravu), a posebno imajući u vidu da se najčešće konfrontiraju prava na namirenje založnih i izvršnih povjerilaca. Smatram neupitnim primjenu ovog pravnog načela, što je nesporno potvrdila i dosadašnja sudska praksa i

¹⁷ Čl. 188 st. 4 ZIO.

mišljenja iznijeta na brojnim savjetovanjima javnih izvršitelja i izvršnih sudija. Dakle, iako je propisan redosljed namirenja potraživanja po osnovu potraživanja, kod situacije da je recimo založno potraživanje konstituisano nakon izvršnog u čiju korist se sprovodi izvršenje, prilikom namirenja bi se moralo voditi računa o vremenu zasnivanja prava, a ne osnovu potraživanja iz kojeg proizilazi pravo na namirenje, pa bi se svakako prvo namirio izvršni pa tek založni povjerilac.

Nadalje je predviđeno da se višak prodajne cijene koji preostane nakon namirenja ovih lica predaje izvršnom dužniku, ako za to nema smetnji. Međutima, *ako prodajna cijena nije dovoljna za potpuno namirenje, više potraživanja koja imaju isti red prvenstva namiruju se srazmjerno visini tih potraživanja*. I ova odredba iz čl. 186, st 3. ZIO je upitna jer derogira redosljed namirenja utvrđen na osnovu vremenskog principa zasnivanja prava na namirenje i daje prednost namirenju potraživanja istog reda prvenstva, što bi opet značilo da je potrebno namiriti na primjer sve založne povjerioce srazmjerno, a ne pojedinačno u cjelosti s obzirom na njihov red zasnivanja založnih prava ili pak sve izvršne povjerioce srazmjerno, a ne onim redosljedom kako su zasnivali svoje prvenstvo na namirenje.

Iznos potraživanja koje je obezbijeđeno založnim pravom, a još nije dospjelo, (npr. potraživanje po ugovoru o kreditu koje je obezbijeđeno hipotekom) izdvojiće se i deponovati u sudu, odnosno kod javnog izvršitelja i isplatiti prema rokovima dospjeća, osim ako založni povjerilac zahtijeva da mu se potraživanje isplati prije dospelosti. U tom slučaju, a kada je za to potraživanje ugovorena kamata, isplatiće se sa iznosom ugovorene kamate do dana unovčenja predmeta potraživanja. Potraživanje založnog povjerioca koje nije dospjelo do dana donošenja zaključka o namirenju, a za koje nije ugovorena kamata, isplatiće se po odbitku iznosa koji odgovara zakonskoj zateznoj kamati od dana donošenja zaključka o namirenju do dana dospelosti tog potraživanja.

Nadalje, propisano je da će se ostala nedospjela potraživanja za koje je ugovorena kamata isplatiti zajedno sa iznosom ugovorene kamate, obračunate do dana donošenja zaključka o namirenju.

Potraživanje povremenih primanja po osnovu naknade štete nastale usljed oštećenja zdravlja ili umanjenja, odnosno gubitka radne sposobnosti i zbog izgubljenog izdržavanja usljed smrti davaoca izdržavanja, koja su obezbijeđena zalogom, a dospijevaju poslije dana donošenja zaključka o namirenju, namiruju se na izričit zahtjev izvršnog povjerioca i obračunavaju na način na koji se obračunava naknada za ličnu službenost ili stvarni teret iz člana 189 ZIO.

Iznos potraživanja koje je obezbijeđeno založnim pravom, a zavisi od uslova, izdvojiće se i položiti na poseban račun javnog izvršitelja i isplatiti kad odložni uslov nastupi ili kad bude izvjesno da raskidni uslov neće nastupiti. Ako odložni uslov ne nastupi ili raskidni uslov nastupi, izdvojeni iznos služi za namirenje izvršnih povjerilaca čija potraživanja nijesu potpuno ili nijesu uopšte namirena, a ako takvih izvršnih povjerilaca nema ili cio iznos nije iscrpljen njihovim namirenjem, taj iznos, odnosno ostatak predaće se izvršnom dužniku.

Ako je u katastar nepokretnosti upisana predbilježba založnog prava, a lice u čiju je korist predbilježba upisana dokaže da je u toku postupak za njeno opravdanje, odnosno da još nije protekao rok za pokretanje tog postupka, potraživanje na koje se predbilježba odnosi namiruje se na način na koji se namiruju potraživanja pod odložnim uslovom (kad odložni uslov nastupi). Potraživanje za koje je u katastar nepokretnosti izvršen upis o pokretanju spora radi brisanja založnog prava ili zabilježba pokretanja spora namiruje se na način na koji se namiruje potraživanje pod raskidnim uslovom (kad bude izvjesno da raskidni uslov neće nastupiti).

O namirenju izvršnih povjerilaca i drugih lica koja polažu pravo na namirenje javni izvršitelj odlučuje zaključkom o namirenju, uzimajući u obzir stanje koje proizilazi iz spisa,

katastra nepokretnosti ili drugih javnih evidencija. Prilikom donošenja ovog zaključka dužan je uzeti u obzir samo ona potraživanja po kojima je rješenje o izvršenju postalo pravosnažno, najkasnije na dan donošenja zaključka. Ako ima potraživanja po kojima rješenje o izvršenju nije pravosnažno na dan donošenja zaključka, ta potraživanja namiriće se po pravosnažnosti rješenja o izvršenju iz preostalog iznosa prodajne cijene nepokretnosti, ukoliko ga ima, a ostatak će se vratiti izvršnom dužniku.

Zaključkom o namirenju potraživanja javni izvršitelj će odrediti da se iz katastra nepokretnosti ili drugih javnih evidencija brišu upisana prava i tereti, osim prava i tereta koji ostaju na nepokretnosti i poslije predaje nepokretnosti kupcu ili koje je kupac preuzeo.

Članovima 162 i 163 ZIO, posebno su predviđena pravna dejstva postojanja stvarnih i ličnih službenosti, kao i ugovora o zakupu. Tako se stvarne službenosti na nepokretnosti ne gase prodajom nepokretnosti, kao ni lične službenosti ni stvarni tereti koji su upisani u katastar nepokretnosti prije prava založnih izvršnih povjerilaca i prava na namirenje izvršnih povjerilaca na čiji je predlog određeno izvršenje. Međutim, lične službenosti se mogu ugasiti i na zahtjev izvršnog povjerioca, uz odgovarajuću naknadu, dok se ostale lične službenosti i stvarni tereti gase prodajom nepokretnosti. Takođe je propisano da prodajom nepokretnosti ne prestaje ni zakup te nepokretnosti ako je prije donošenja rješenja o izvršenju zaključen ugovor o zakupu i nepokretnost predata u državinu zakupcu, već da kupac stupa u prava i obaveze zakupodavca, što je u skladu sa relevantnim odredbama Zakona o obligacionim odnosima.

Založno pravo upisano na nepokretnosti gasi se danom predaje nepokretnosti kupcu, dok je propisano da se kupac nepokretnosti i založni izvršni povjerilac mogu sporazumjeti da založno pravo ostane na nepokretnosti poslije predaje nepokretnosti, a da kupac preuzme dug izvršnog dužnika

prema založnom izvršnom povjeriocu, u iznosu koji bi mu pripao u izvršnom postupku, te da se u ovoj situaciji prodajna cijena smanjuje za iznos preuzetog duga.

Rezime

U ovom članku, autor predstavlja relevantne zakonske odredbe koje normiraju izvršenje na nepokretnostima kroz njihov pregled i komentar u dijelu njihove eventualne neusklađenosti ili necjelishodnosti i posebno navodi aktuelnu praksu u vezi sa istim. Postupak izvršenja na nepokretnostima je opisan kroz pripremni postupak (utvrđivanja podobnosti isprava i predmeta za izvršenje, pribavljanje dokaza o vlasništvu i sl.), postupak odlučivanja (donošenja rješenja o izvršenju) i postupak sprovođenja (upis rješenja o izvršenju, utvrđivanje vrijednosti nepokretnosti, prodaji nepokretnosti i namirenju potraživanja).

Posebna pažnja je posvećena analizi odredaba koje uređuju predmet izvršenja (pravo korišćenja, zajednička svojina), načelo srazmjere kao fundamentalno načelo izvršne procedure, posljedice upisa rješenja o izvršenju i konstituisanja založnog prava, mogućnost vođenja prodaje kod pristupanja od strane kasnijih izvršnih povjerilaca, pitanje pravosnažnosti i konačnosti rješenja o upisu zabilježbe rješenja o izvršenju, kao i o utvrđivanju vrijednosti (priroda rješenja, knjižno i faktičko stanje nepokretnosti) i suspenzivnosti prigovora na rješenje o utvrđivanju vrijednosti.

Takođe, autor je analizirao i odredbe koje se odnose na povraćaj jemstva, početnu cijenu prodaje (posebno na trećoj i kasnijim nadmetanjima, visina potraživanja), kao i namirenje potraživanja (redosljed po vremenu ili osnovu potraživanja), te ukazao na moguća tumačenja i potrebe za izmjenama i dopunama pozitivnopravnog zakonskog teksta.

Summary

In this article, the author presents relevant Montenegrin statutory provisions that regulate enforcement procedure on real-estate through their analysis, commenting their non-compliance or inexpediency, with particularly review of the current court/bailiff practice. The procedure of enforcement on real-estate is described through the (a) preparatory procedure (determining enforceability of titles and real property, obtaining proof of ownership, etc.), (b) the decision-making procedure (the issuance of a writ of enforcement) and (c) the implementation stage (registration of the writ of execution, valuation of the real estate, public sales, and the settlement of debt).

Special attention is given to the analysis of provisions governing the object of enforcement (e.g. right of usus, joint ownership), the principle of proportionality as the fundamental principle of the enforcement procedure, legal consequences of registration of the writ of enforcement and the constitution of lien, options for conducting sales by subsequent creditors, the legal nature of the final decision directing the public record of the writ of enforcement, as well as on valuation (legal nature of the decision, the legal and the factual status of the real estate) and the suspension of possibilities to object the valuation resolution.

Also, the author analyzes provisions related to the obligation of remunerating the guarantee, initial prices of sale (especially on the third and subsequent sales, the amount of debt), as well as those of debt recovery (sequencing based on the time or the nature of the debt), pointing out possible interpretations and the need for amending current legislation.

Mr Nikola MUGOŠA¹

Mr Siniša GAZIVODA²

PRAVO NA SLOBODNE IZBORE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Često nazivani karnevalom demokratije, slobodni i regularni izbori predstavljaju jednu od ključnih determinanti savremenih političkih sistema i političkog liberalizma uopšte. Izbori su jedna od najprihvaćenijih modernih političkih institucija, a glasanje po sebi je čin dominantne političke participacije građana u svim demokratskim društvima.³ Oni se svi više doživljavaju kao pokretačka snaga demokratije, budući da generišu javnu debatu, određuju oblikovanje javnih politika i političkih predstavnika koji odlučuju o distribuciji moći.⁴

U istorijskom razvoju pređen je dug put od izbora koji su bili shvaćeni isključivo kao puka volja većine, do današnjeg stanovišta koje takvu izbornu funkciju anticipira prevaziđenom za cjelovito ostvarivanje suštinskih demokratskih ideala. Upravo uviđajući ograničenost takve perspektive, uspostavljene su različite proceduralne garancije kako bi izbori afirmativno odgovorili inaugurisanim civilizacijskim ciljevima i opštem demokratskom napretku. U tom smislu, posebnu ulogu ima konstitucionalna demokratija, koja je pored već postojećih mehanizama kako se vlast bira, definisala i

¹ Mr Nikola Mugoša, savjetnik za pravna pitanja u Državnoj izbornoj komisiji, saradnik u nastavi na predmetu „Osnovi prava Evropske unije“ na FPN, UCG i doktorand na FPN, UDG na smjeru Pravo EU.

² Mr Siniša Gazivoda, advokat i JUFREX (Reinforcing Judicial Expertise on Freedom of Expression and the Media in South-East Europe) trener.

³ Rose R., Mossawir H., Voting and Elections: A Functional Analysis, „Political Studies“ Vol. 15(2), 1967, 173

⁴ Leduc L., Niemi R.G., Norris P., Comparing Democracies 2. New Challenges in the Study of Elections and Voting, SAGE Publications, London, 2002

standarde njenog sprovođenja, ali i ograničenja. Takva nadogradnja, reflektovala se, između ostalog i na značajnu modifikaciju izbornih principa i standarda, kako u teoriji, tako i u izbornoj praksi.

Nesporno je da je jedan od nezaobilaznih izbornih principa da većina građana bira vlast, ali ipak, radi se samo o jednom u nizu elemenata od značaja za ocjenu da li se izbori mogu smatrati demokratskim. Italijanski teoretičar Đovani Sartori naglašava da predstavljanje građana treba da označava njihovo pravo da periodično i slobodno biraju svoje predstavnike, kao i da su oni dužni podnositi račune svom narodu. Dalje razvijajući svoju tezu, on naglašava da nije dovoljno formalno zadovoljenje ovog odnosa, već je potrebno kod građana stvoriti i osjećaj da su faktički predstavljeni, kao i da pristaju na odluke donijete u njihovo ime. Sa druge strane, Robert Dahl određuje slobodne i fer izbore kao preduslove demokratije. Interesantno je da pri tome ne precizira šta se smatra pod fer i slobodnim izborima, ali navodi da "funkcioneri treba da budu izabrani na čestim i fer sprovedenim izborima bez prinude".⁵

Međunarodni izvori kojima je regulisano pravo na slobodne izbore

Izborni principi predmet su više međunarodnih instrumenata. Tako se Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima u dijelu koji se odnosi na slobodne izbore, proklamuje: "Volja naroda je osnova državne vlasti: ova volja treba da se izražava na povremenim i slobodnim izborima, koji će se sprovoditi opštim i jednakim pravom glasa, tajnim glasanjem ili odgovarajućim postupkom kojim se obezbjeđuje sloboda glasanja."⁶ Takođe, Međunarodni pakt o građanskim i

⁵ Dahl R., *Democracy and its Critics*, Yale University Press, 1989, 21

⁶ Član 21 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

političkim pravima stipuliše da: “Svaki građanin, bez ikakvog razlikovanja... i bez nerazumnih ograničenja, ima pravo i mogućnosti... da glasa i da bude biran na povremenim ispravno održanim izborima, uz jednako i opšte biračko pravo, sprovedenim tajnim glasanjem, kojim se obezbjeđuje slobodno izražavanje volje birača.”⁷ Ovaj međunarodni instrument štiti pravo svakog građanina da „uzme učešće u vođenju javnih poslova, direktno ili preko slobodno izabranih predstavnika“. Isto je proklamovano i od Komiteta za ljudska prava primjećujući da građani „uzimaju učešća u javnim poslovima kroz javnu debatu i dijalog sa svojim predstavnicima“.⁸ Bilo kakvo ograničenje ovih prava treba da bude zasnovano na objektivnim i razumnim kriterijumima.

Upravo reafirmišući principe slobodnih izbora inaugurisane u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, Interparlamentarni Savjet⁹ usvojio je Deklaraciju o kriterijumima za slobodne i fer izbore.¹⁰ Deklaracijom se ustanovljava niz principa i standarda koji treba da doprinesu ustanovljavanju demokratskih i pluralističkih sistema reprezentativne vladavine širom svijeta. Između ostalog, Deklaracijom se proklamuje da vlast u bilo kojoj državi može proizilaziti samo iz volje naroda koja je izražena na istinskim, slobodnim i poštenim izborima koji se održavaju u redovnim vremenskim intervalima na osnovu opšteg, jednakog i tajnog biračkog prava.

⁷ Član 25, *ibid.*

⁸ U.N. Human Rights Comments, General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25) , CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, General Comment No. 25., 1996

⁹ Interparlamentarni Savjet je tijelo Interparlamentarne unije, globalne organizacije sa preko 130 godina tradicije koja okuplja 173 parlamenta širom svijeta.

¹⁰ Declaration on Criteria for Free and Fair Elections, Adopted by the Inter-Parliamentary Council at its 154th Session, ISBN 92-9142-277-0, Paris, 1994

Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima, kao jedan od najznačajnijih regionalnih instrumenata, usvojen od strane Evropske komisije za demokratizaciju putem prava (Venecijanska komisija), a podnesen Parlamentarnoj skupštini Savjeta Evrope, određuje kao jedan od svojih principa “slobodno pravo glasa”.¹¹ Saglasno ovom dokumentu slobodno pravo glasa sastoji se od dva aspekta. Prvi je slobodno formiranje mišljenja, a drugi slobodno izražavanje istog.

Prvi aspekt koji se odnosi na slobodu birača da slobodno formiraju mišljenje djelimično se preklapa sa principom ravnopravnosti, koji je takođe proklamovan u ovom dokumentu. Njime se zahtijeva da se država, odnosno organi vlasti pridržavaju principa nepristrasnosti, posebno kada je u pitanju upotreba medija, distribucija propagandnog materijala, kao i finansiranje političkih subjekata, ali i okupljanje na javnim mjestima. Kada su u pitanju pozitivne obaveze države, one se uglavnom odnose na zakonito prezentovanje izbornih kandidatura, kao i na to da informacije budu dostupne na jezicima nacionalnih manjina. Takođe, navodi se i da svako kršenje propisa treba biti sankcionisano.

Drugi aspekt koji se odnosi na slobodno izražavanje prethodno formiranog mišljenja, tiče se dominantno obezbjeđivanja adekvatnog postupka glasanja. Radi se o nizu proceduralnih elemenata kojim se biračima omogućava da svoje glasove daju željenim listama i kandidatima. U pitanju je više obaveza države kojima se obezbjeđivanjem adekvatnih tehničkih aspekata glasanja (glasačkih prostorija, izbornog materijala itd.), jamči da volja birača bude manifestovana slobodno, ali i potencira značaj davanja garancija da birač ostvaruje svoje pravo glasa bez uticaja sa strane.

U komentaru Visokog komesara UN za ljudska prava, koji je dat i u odnosu na izborna prava, navodi se da izbori moraju biti slobodni i održavati se povremeno kako bi se

¹¹ Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima, Strazbur, 2002

efikasno ostvarivala prava birača.¹² Da bi izbori bili slobodni, građani moraju imati pravo da slobodno glasaju za bilo kojeg kandidata, te se na njih ne može vršiti neprimjeren uticaj ili bilo koja vrsta prisile koje može inhibirati slobodno izražavanje volje birača. To takođe znači da birači samostalno formiraju mišljenje bez prijetnje, navođenja ili manipulativnog uplitanja bilo koje vrste.¹³ Takođe, u komentaru se navodi da postoji obaveza na strani država da podnose izvještaje koje mjere su preduzele kako bi osigurale slobodne i periodične izbore i na koji način izborni sistem garantuje slobodno izražavanje volje birača.¹⁴ To znači da državni izvještaji povodom ovog pitanja treba da obuhvate pojašnjenje izbornog sistema, a naročito segmenta kako isti osigurava različite političke stavove. Bliže treba da budu pojašnjeni zakoni i postupci koji osiguravaju pravo glasa u praksi, naročito u smislu garancija tajnosti, sigurnosti i validnosti postupka glasanja, što su sve determinante slobodnih izbora.¹⁵

Na konferenciji Organizacije za evropsku bezbjednost i saradnju održanoj u Kopenhagenu 1990. godine, zaključeno je između ostalog, da će države održavati izbore u razumnim intervalima, garantovati opšte i jednako pravo glasa odraslim građanima, osigurati tajnost glasanja ili ekvivalentne izborne procedure, kao i da će glasovi biti prebrojani i zvanični rezultati javno objavljeni. Takođe, države treba da osiguraju da njihova legislativa, kao i sprovođenje javnih politika omogućavaju kritičke kampanje u slobodnoj i fer atmosferi. Bilo kakva administrativna radnja, nasilje, zastrašivanje ne smiju spriječiti kandidate ili političke subjekte da slobodno predstave svoja stanovišta i kvalifikacije, kao ni da liše birače

¹² U.N. Human Rights Comments, General Comment No. 25, *ibid*.

¹³ *Ibid*.

¹⁴ *Ibid*, 22

¹⁵ *Ibid*.

diskusije i mogućnosti da daju svoj glas, bez straha ili odmazde.¹⁶

Sve više se kako u teoriji, tako i u praksi za slobodne izbore veže institut slobode izražavanja i u skladu sa tim i sloboda medija. Ovo kompleksno pravo sačinjeno je kako od prava da se primaju, tako i prava da se pružaju informacije. Sloboda govora i njoj srodna prava, kao što su sloboda okupljanja i udruživanja centralne su komponente slobodnog i fer izbornog okruženja, kao i demokratskog pluralističkog procesa.¹⁷

Članom 3 Dopunskog protokola 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, propisano je: “Visoke strane ugovornice se obavezuju da u primjerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore sa tajnim glasanjem, pod uslovima koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tijela”.

Uočljivo je da za razliku od drugih prava zaštićenih Evropskom konvencijom, pravo na slobodne izbore ne sadrži neko posebno pravo ili slobodu, već predviđa obavezu Visokih strana ugovornica. Sud u Strazburu je, naročito imajući u vidu pripreme radove na tekstu Konvencije, a tumačeći odredbu u kontekstu Konvencije kao cjeline, utvrdio da ova odredba ipak podrazumijeva pojedinačna prava, uključujući i pravo pojedinca da bira i da bude biran.¹⁸ Ova prava nijesu apsolutna, već se mogu ograničiti legitimnim ciljevima koji nijesu taksativno nabrojani, pa se države ugovornice mogu pozvati na cilj pod uslovom da dokažu da je isti kompatibilan sa principom vladavine prava i opštim ciljevima Konvencije.

Na taj način inaugurisan je princip “implicitnih ovlašćenja” koji daje široku mogućnost slobodne procjene

¹⁶ Document of the Copenhagen meeting of the Conference on the human dimension of the CSCE/OSCE

¹⁷ Media and Elections, United Nations Development Programme, 3

¹⁸ European Court of Human Rights, Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium, 1987

državama ugovornicama. Sud primjenjujući ovaj princip odstupa od tradicionalnog testa “neophodnosti u demokratskom društvu”, svojstvenog pravima zaštićenim u članovima od 8 do 11 Konvencije. Umjesto toga, kod prava na slobodne izbore utvrđuje se da li je ograničenje proizvoljno, te da li ometa slobodno iskazivanje mišljenja.

Ipak, za pasivni aspekt, odnosno pravo kandidature na izborima mogu se nametnuti strožiji uslovi odnosno ograničenja nego kod prava da se glasa. Test u slučaju prava da se bude kandidat ograničen je dominantno na potvrdu odsustva proizvoljnosti u nacionalnim procedurama koje dovode do isključenja prava pojedinca da se kandiduje.

Kada je u pitanju opseg ovog člana u odnosu na značenje “zakonodavnih tijela”, ova formulacija ne odnosi se samo na nacionalni parlament, već je u konkretnom slučaju potrebno ispitati ustavnu strukturu predmetne države. Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stanovište da ako predsjednička funkcija podrazumijeva i ovlašćenja usvajanja propisa ili ograničavanja zakonodavne vlasti, onda je ovaj član primjenljiv i u slučaju predsjedničkih izbora.¹⁹

Članom 3 Protokola 1 predviđeno je i da izbori moraju biti održavani u primjerenim vremenskim razmacima. Ova formulacija čini se ostavlja dosta prostora za slobodnu interpretaciju, naročito termina “primjereni”. Ipak, praksa je i u ovom dijelu dala izvjesne smjernice: „Komisija smatra da se o pitanju da li se izbori održavaju u primjerenim vremenskim razmacima mora odlučivati pozivanjem na svrhu parlamentarnih izbora. Svrha je osigurati da temeljne promjene u preovladavajućem javnom mnjenju budu odražene u mišljenju predstavnika naroda. Parlament, u principu, mora biti u poziciji da izrađuje i izvršava svoje zakonodavne namjere – uključujući dugoročne zakonodavne planove. Prekratki

¹⁹ Boškoski protiv Bivše jugoslovenske republike Makedonije, Brito Da Silva Guerra i Sousa Magno protiv Portugala, Vodič o članu 3 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, 5

razmaci između izbora mogu onemogućiti političko planiranje izvršavanja volje birača; predugi razmaci mogu dovesti do okamenjavanja političkih grupacija u parlamentu, što više neće imati nikakve veze s preovladavajućom voljom birača.”²⁰

Primjena člana 3 Protokola 1 u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Kada je u pitanju aktivni aspekt prava na slobodne izbore, posebnu pažnju stručne javnosti izazivaju slučajevi ograničenja prava glasa zatvorenici. Ilustrativan u ovom smislu je slučaj *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.²¹ Naime, podnosilac predstavke koji je priznao krivicu za ubistvo iz nehata, osuđen je 1980. godine na doživotnu kaznu zatvora. Nakon isteka obaveznog dijela zatvorske kazne 1994. godine, a na osnovu procjene Komisije za uslovne kazne, ostao je u zatvoru, budući da je Komisija procijenila da on i dalje predstavlja rizik po građane. Prema britanskom Zakonu o izborima iz 1983. godine podnosiocu predstavke je zabranjeno da glasa na parlamentarnim i lokalnim izborima.²² Podnosilac je na osnovu Zakona o ljudskim pravima²³ pokrenuo postupak pred nacionalnim sudom i zatražio da se odredba kojom su zatvorenici lišeni prava glasa proglasi neusklađenom sa Evropskom konvencijom. Viši sud je obrazlažući presudu istakao da počinjeno krivično djelo, kao i karakter počinioca i njegov krivični dosije zahtijevaju zatvorsku kaznu, te da to podrazumijeva i gubitak prava da odlučuju o tome kako se

²⁰ Timke protiv Njemačke, Vodič o članu 3 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, 5

²¹ European Court of Human Rights, *Hirst vs. United Kingdom*, 2005

²² “Osuđeno lice je tokom vremenskog perioda koji provodi u zatvoru ili u kaznenoj instituciji dok služi kaznu... pravno nesposobno da glasa na bilo kojim parlamentarnim ili lokalnim izborima.”, Zakon o izborima, 1983

²³ “Ako se Sud uvjeri da odredba nije usklađena s pravom iz Konvencije, on može da je proglasi neusklađenom.”, Član 4 Zakona o ljudskim pravima, 1998

zemlja vodi u tom periodu. Sud je naglasio da zatvor nije jedini element kazne, već da izmještanje iz društva podrazumijeva uskraćivanje privilegija, među kojima je i pravo na biranje predstavnika. Sud je zaključio da kada je u pitanju ograničenje prava glasa zatvorenicima, postoji spektar pristupa u različitim demokratskim društvima, te da Sud ne spori da se ovo pitanje vremenom može promijeniti. Ipak, Sud smatra da je ovo pitanje nešto o čemu treba da odlučuje Parlament a ne sudovi, te da je Parlament ovo pitanje mogao drugačije normirati da je smatrao da se proklamovani ciljevi mogu postići na drugi način. Nacionalni sud je u konačnom žalbu odbacio, nakon čega je podnosilac podnio predstavku Evropskom sudu za ljudska prava, pozivajući se na povredu prava iz člana 3 Protokola 1.

Vijeće od sedam sudija jednoglasno je odlučilo da je došlo do povrede člana 3 Protokola 1. Vijeće je prilikom donošenja odluke uzelo u obzir da je oduzimanje prava glasa primijenjeno automatski, bez obzira na dužinu trajanja zatvorske kazne, da je obuhvatilo veliki broj lica, te rezultate ovakve odredbe ocijenilo proizvoljnom u odnosu na rezultat koji se želi postići. Imajući u vidu da je po britanskom pravnom sistemu podnosilac odslužio obavezni dio zatvorske kazne, Vijeće je mišljenja da nema opravdanja da se isključenje prava glasa nastavlja i nakon odsluženja kazne koji je vezan za retribuciju i odvratanje od krivičnih djela. Sud je istakao da je nesporno da nacionalnim vlastima treba dati široko polje slobodne procjene prilikom utvrđivanja opravdanosti ograničenja prava glasa zatvorenicima, kao i da je na zakonodavnim vlastima da odrede na koji način treba urediti ovo pitanje. Ipak, Vijeće je zaključilo da nema dokaza da su zakonodavne vlasti pokušale da odmjere suprostavljene interese u ovom slučaju, kao ni da procijene proporcionalnost zabrane, iz prostog razloga što se ne može prihvatiti apsolutna zabrana glasanja svakom zatvoreniku pod bilo kojim uslovima kao prihvatljivo polje slobodne procjene.

Nezadovoljna presudom, država je zatražila da slučaj bude upućen Velikom vijeću, što je i prihvaćeno. Podnosilac predstavke je bio saglasan sa navodima iz presude sedmočlanog Vijeća, sporeći kako legitimni cilj, tako i proporcionalnost u odmjeravanju ograničenja prava glasa zatvorenika u britanskom pravnom sistemu. Sa druge strane, država u podnesku ističe da pravo glasa prema članu 3 Protokola 1 nije apsolutno, te da postoji široko polje slobodne procjene država ugovornica da regulišu ovo pitanje, smatrajući da presuda nije dovoljno uvažila ovaj razlog. Takođe, država je na stanovištu da se nije u dovoljnoj mjeri obratila pažnja ni na činjenicu da postoje raznovrsna pravna rješenja u odnosu na ovo pitanje u različitim državama ugovornicama. U podnesku države dalje se argumentuje: "... Da je diskvalifikacija u ovom slučaju težila međusobno isprepletanim legitimnim ciljevima sprječavanja krivičnih djela i kažnjavanja počinioca krivičnih djela i poboljšanja građanske odgovornosti i poštovanja vladavine prava, lišavajući prava one koji su prekršili osnovna pravila društva da odlučuju o načinu na koji se ta pravila stvaraju tokom trajanja njihove kazne. Osuđena lica su prekršila društveni ugovor i može se smatrati da su time (privremeno) izgubila pravo da učestvuju u upravljanju zemljom... Mjera je takođe bila srazmerna budući da se ticala samo onih koji su bili osuđeni za krivična dela koja su dovoljno teška, u pojedinačnim okolnostima, da odmah zahtijevaju kaznu zatvora, a u koje ne spadaju ona lica koja su osuđena na novčanu kaznu, uslovne kazne, kazne društveno korisnog rada ili kazne zbog nepoštovanja suda kao i za neplaćanje novčanih kazni, kao i licima koja su u pritvoru. Štaviše, čim prestane pritvor, uklanja se i pravna nemogućnost. Trajanje prema tome određuje sud prilikom izricanja presude."

Veliko vijeće je prilikom donošenja presude prvobitno tumačilo pravo iz člana 3 Protokola 1 drugačije u odnosu na ostala konvencijska prava, u smislu da strane ugovornice

imaju obavezu da održavaju izbore koji omogućavaju slobodno izražavanje mišljenja ljudi, a ne u smislu da se radi o posebnom odnosno pojedinačnom pravu ili slobodi. Ipak, nakon pažljivijeg proučavanja i razmatranja *travaux préparatoires*, Veliko vijeće je stalo na stanovištu da ovaj član garantuje pojedinačna prava, uključujući pravo glasa i kandidovanja na izborima, kako je i ranije pomenuto u ovom radu. Sud naglašava da pravo glasa nije privilegija, te da u dvadeset i prvom vijeku, pretpostavka u svakoj demokratskoj državi mora da ide u korist inkluzije, upravo navodeći primjer Ujedinjenog Kraljevstva, ali i drugih država u kojima je pravo glasa vremenom evoluiralo i sa odabranih pojedinaca i grupa, postalo jedno od osnovnih demokratskih načela. Sud ističe da bez obzira na činenicu kulturne raznolikosti, na njemu je da se uvjeri da uslovi koji se nameću prilikom ograničenja ovog prava ne sužavaju njegovu suštinu i efektivnost, te da su u funkciji postizanja legitimnog cilja kao i da su upotrijebljena sredstva proporcionalna ograničenju.

Sud je ukazao da član 3 Protokola 1 ne precizira, niti *numerus clausus* propisuje ciljeve kojima ograničenje mora da teži. Iako je Vijeće izrazilo određene rezerve u pogledu efikasnosti ostvarivanja definisanih ciljeva zabranom glasanja, Sud u ovom slučaju nije našao da može te ciljeve isključiti kao neodržive i neusklađene *per se*. Sud je primijetio da je sedmočlano Vijeće utvrdilo da mjeri ograničenja prava glasa zatvorenika nedostaje proporcionalnost jer se radi o *blanco* zabrani nametnutoj svim osuđenim licima, koja je bila proizvoljna po svojim efektima. Dokazujući da je ograničenje proporcionalno, država je tvrdila da mjera pogađa 48 000 ljudi, te da se odnosi na ona lica koja izdržavaju zatvorsku kaznu, dok se ne odnosi na lica u pritvoru, lica koja su osuđena zbog nepoštovanja suda ili zbog neplaćanja novčanih kazni. Sud je u vezi navedene argumentacije utvrdio da pomenute brojke nemaju odlučujuću ulogu. Kada je u pitanju druga tvrdnja, da postoje kategorije lica u pritvoru koja nisu pogođena

zabranom, Sud je na stanovištu da se ova zabrana ipak reflektuje na širok krug prestupnika i kazni i to „od jednog dana u zatvoru do doživotne kazne zatvora i od relativno malih prekršaja do najtežih krivičnih djela“. Sud ne spori da se situacija u odnosu na ograničenje prava glasa licima u pritvoru popravila nakon donošenja Zakona iz 2000. godine, ali ipak naglašava da se radi o nedovoljno preciznom instrumentu. Takođe, Veliko vijeće zaključuje da je u svijetlu moderne kaznene politike i dostignutih standarda u zaštiti ljudskih prava Parlament propustio da sprovede sadržajnu debatu, te da ne postoje dokazi da je pokušao odmjeriti suprostavljene interese ili procijeniti proporcionalnost *blanco* zabrane na pravo osuđenog lica da glasa. Imajući sve navedeno u vidu, Sud je zaključio da je u slučaju *Hirst protiv Ujedinjenog Kraljevstva* došlo do povrede člana 3 Protokola 1.

U okviru aktivnog aspekta prava na slobodne izore, izdvojio se i slučaj *Skopola protiv Italije*, a *differentia specifica* u odnosu na prethodni slučaj je što je italijanski pravni sistem ograničenje prava glasa primjenjivao na lica osuđena za konkretna krivična djela ili jasno definisanu dužinu kazne.²⁴ Italijanskom državljaninu nakon ubistva supruge i pokušaja ubistva sina, izrečena je doživotna kazna zatvora koja je kasnije umanjena na 30 godina zatvora. Zabrana obavljanja javne službe predviđena Predsjedničkim dekretom iz 1967. godine, sporedna je kazna uz koju je predviđeno i oduzimanje prava glasa. Dekretom su propisana krivična djela nakon kojih se počinitelju zabranjuje obavljanje javne službe, odnosno oduzima pravo glasa. Presuda za bilo koje djelo koje rezultira kaznom zatvora, prema Dekretu je takođe jedan od razloga za primjenu ovog instituta, što je u konkretnom slučaju i učinjeno. Sa druge strane, Krivični zakonik Italije kao kriterijum za izricanje zabrane obavljanja javne službe određuje dužinu kazne počinioca i definiše da zabrana može

²⁴ European Court of Human Rights, *Scoppola vs. Italy*, 2005

biti trajna ili privremena. Tako kazna doživotnog zatvora ili zatvora u trajanju od najmanje pet godina podrazumijeva trajnu, dok kazna zatvora u trajanju od najduže tri godine podrazumijeva privremenu zabranu obavljanja javne službe i ograničenja prava glasa. Primjenjujući ove odredbe, Izborna komisija Italije izbrisala je Skopolu iz biračkog spiska. Nakon što su sve nacionalne pravne instance odbile žalbe na odluku Izborne komisije, podnositelj je uputio predstavku Sudu u Strazburu ističući da je uskraćivanje prava glasa kao posljedica kazne zatvora u suprotnosti sa članom 3 Protokola 1. Podnositelj je istakao da oduzimanje prava glasa kao posljedica sporedne kazne treba da služi rehabilitaciji osuđenika, te da primijenjena automatski prema svakoj osobi osuđenoj na pet godina zatvora ili više, nema vezu sa vrstom zločina, te ne ostvaruje svoju svrhu. Sud je zaključio da se ovom mjerom postiže legitiman cilj povećanja građanske odgovornosti i poštovanja vladavine prava. Takođe, ocijenio je i da zabrana obavljanja javne službe kao sporedna kazna koja za posljedicu ima oduzimanje prava glasa, proizvodi legitiman cilj očuvanja demokratskog poretka.

Za razliku od prethodnog slučaja *Hirst*, na koji se podnositelj predstavke i pozivao, Sud je ocijenio da je Italija pažljivo prilagodila ovu mjeru, te definisala jasne kriterijume, i to u zavisnosti od dužine izrečene kazne a time i njene težine. Takođe, mogućnost izricanja privremene mjere, nakon čijeg isticanja počinitelj ponovo stiče pravo glasa, uvjerilo je Sud da italijanski pravni sistem nije rigidan, te da država u krajnjem nije zloupotrijebila svoje diskreciono pravo regulisanja ovog pitanja koje se široko tumači. Sud je u konačnom presudio da nije bio kršenja člana 3 Protokola 1.

Za pasivni aspekt prava na slobodne izbore, odnosno pravo da se bude biran, ilustrativan je slučaj *Paunović i*

*Milivojević protiv Srbije*²⁵. Podnosioci predstavke izabrani su za poslanike u Narodnoj skupštini Srbije 2003. godine sa izborne liste političke partije G17PLUS. Prije održavanja parlamentarnih izbora podnosioci predstavke su kao i ostali kandidati na listi, po zahtjevu partije, dali nedatirane izjave o ostavkama koje su predali organima stranke. Budući da je drugi podnosilac predstavke kasnije obavijestila Sud u Strazburu da povlači predstavku dalje okolnosti slučaja prikazane su samo za prvog podnosioca predstavke zato što se na njih odnosi i meritum presude. Dakle, prvi podnosilac predstavke je nakon razlika u političkim stavovima između njega i partije kojoj je pripadao, 5. maja 2006. godine potpisao i ovjerio posebnu izjavu u kojoj je naveo da je njegova prethodna izjava o ostavci nevažeća, o čemu je obavijestio predsjednika Narodne skupštine i javnost. Šef poslaničkog kluba G17PLUS je na izjavi o ostavci odredio datum 15. maj 2006. godine i izjavu dostavio predsjedniku Narodne skupštine. Paunović se obratio skupštinskom Odboru za administrativna pitanja, objasnivši da ne želi da podnese ostavku i dostavio svoju ovjerenu izjavu od 5. maja 2006. godine. Međutim, Odbor je zaključio da je podnosilac predstavke podnio ostavku, što je potvrdila i Narodna skupština na plenarnom zasijedanju, čime je podnosiocu prestao poslanički mandat.

Podnosilac predstavke podnio je pravne lijekove Vrhovnom sudu i Ustavnom sudu protiv odluke Skupštine o prestanku mandata. Vrhovni sud odbacio je pravni lijek sa obrazloženjem da sporna odluka nije bila "upravni akt" i da, prema tome, ne može biti predmet sudske kontrole. Ustavni sud je konstatovao da je ustavna žalba podnosioca postala bespredmetna jer su u međuvremenu održani novi parlamentarni izbori.

²⁵ European Court of Human Rights, Paunović and Milivojević vs Serbia, 2016

Nakon navedenog, Paunović je podnio predstavku Evropskom sudu za ljudska prava ističući da mu je povrijeđeno pravo na slobodne izbore ali i pravo na djelotvorni pravni lijek iz člana 14 Konvencije iz razloga što ni Vrhovni, ni Ustavni sud nijesu ulazili u meritum ove pravne stvari.

Cijeneći relevantno domaće pravo, Sud u Strazburu, naročito je obratio pažnju na odredbu Zakona o izboru narodnih poslanika koja je propisivala da poslaniku prestaje mandat prije vremena na koje je izabran ukoliko mu prestane članstvo u političkoj partiji na čijoj je izbornoj listi izabran za poslanika. Sud je takođe cijenio okolnost da je Ustavni sud Srbije ovu odredbu proglasio neustavnom i ukinuo. Nadalje, kao značajno je uzeto u obzir i da je izmjenama Zakona o izboru narodnih poslanika iz 2011. godine, propisano da poslanik ostavku podnosi u formi potpisane i ovjerene izjave i dostavlja je predsjedniku Skupštine u roku od tri dana od datuma ovjere.

Prilikom ocjene dopuštenosti predstavke Sud u Strazburu cijenio je dva prigovora države. Prvi *ratione personae* obrazložen je tvrdnjom da država ne može biti odgovorna za prestanak mandata podnosioca predstavke jer njegova izjava predata partiji predstavlja privatno-pravni odnos regulisan Zakonom o obligacionim odnosima, dok je odluka Skupštine samo deklarativne prirode. Sud je ovaj prigovor odbio objašnjenjem da je mandat podnosioca prestao odlukom Skupštine, a ne potpisivanjem izjave. Drugi prigovor zasnivao se na tvrdnji da podnosilac predstavke nije iscrpio domaće pravne lijekove sa objašnjenjem da je trebao pokrenuti parnični postupak radi poništaja izjave pred redovnim sudom. Ovaj prigovor odbijen je sa obrazloženjem da se podnosilac predstavke obratio i Vrhovnom i Ustavnom sudu ali da oni nijesu ulazili u meritum stvari, kao i da država nije dokazala argumentima i adekvatnom domaćom sudskom praksom da bi parnični postupak bio djelotvoran, odnosno da bi nakon poništaja izjave podnosiocu bio vraćen mandat.

Razmatrajući da li je došlo do povrede konvencijskog prava na slobodne izbore sud je ukazao na svoju raniju praksu izraženu u predmetu *Ganchev protiv Bugarske* koja upućuje da ovaj član Konvencije garantuje pravo pojedincu da bude poslanik nakon što je izabran. Takođe, Sud je ukazao da su, prema ustanovljenoj praksi, prava zaštićena članom 3 Protokola 1 od suštinskog značaja za utvrđivanje i održavanja osnova djelotvorne i sadržajne demokratije koja se rukovodi vladavinom prava ali da se i pored toga ovdje ne radi o apsolutnim pravima. Sud je i u ovom slučaju podsjetio da u ovoj oblasti države ugovornice imaju široko polje slobodne procjene ali da je na Sudu da se sam uvjeri da ograničenja predviđena u nacionalnom sistemu ne ugrožavaju suštinu zaštićenih prava, da su određena u težnji ka legitimnom cilju i da nijesu neproporcionalna. Takođe, Sud napominje da odredba člana 3 Protokola 1 ne sadrži izričito uslov “zakonitosti” mjere koju je država primijenila, za razliku od npr. članova 5, 8, 9, 10 i 11 Konvencije ali objašnjava da je vladavina prava, kao jedno od osnovnih načela demokratskog društva, sadržana u svim članovima Konvencije i njenih protokola. To znači da su države ugovornice dužne da uspostave zakonodavni okvir koji obezbjeđuje ispunjavanje obaveza prema Konvenciji.

Primjenjujući standarde ustanovljene u praksi na konkretan slučaj Sud konstatuje da je Ustavni sud Srbije 2003. godine ukinuo odredbu Zakona o izboru narodnih poslanika koja je propisivala da mandat poslanika prestaje ako to lice prestane da bude član političke partije sa čije liste kandidata je izabran. Takođe, Sud u Strazburu upućuje na obrazloženje odnosne odluke Ustavnog suda Srbije gdje se navodi da narodni poslanici dobijaju mandat od građana, a ne od političke partije. Iz navedenog Sud izvlači zaključak da je uskraćivanje mandata podnosiocu predstavke bilo suprotno Zakonu o izboru narodnih poslanika, odnosno suprotno načelu zakonitosti.

Dalje primjećuje i da je u kontekstu načela zakonitosti značajna i odredba Poslovnika Narodne skupštine Srbije koja stipuliše da poslanici ostavku podnose lično predsjedniku Skupštine, dok je u konkretnom slučaju to uradio poslanički klub, a ne podnosilac predstavke. Imajući u vidu prethodno navedeno Sud u Strazburu utvrdio je da je podnosiocu povrijeđeno pravo iz člana 3 Protokola 1. Strazbur je takođe utvrdio i povredu prava na pravni lijek budući da nacionalni Vrhovni i Ustavni sud nijesu meritorno odlučivali o pravnim sredstvima koje je podnosilac koristio u domaćem pravnom sistemu.

Sud je prilikom razmatranja ovih slučajeva uzeo i relevantne međunarodne instrumente koji se bave ovim pitanjem. Tretirane su odredbe Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, i to kako u uvodnom dijelu rada navedena opšta odredba koja se odnosi na pravo svakog građanina da glasa i da bude biran na povremenim ispravno održanim izborima, tako i one odredbe koje se odnose na specifična prava zatvorenika. Tako je upravo ovim dokumentom predviđeno da će se sa svakim ko je lišen slobode postupati čovječno i sa poštovanjem urođenog dostojanstva njegove ličnosti, a da će kazneno-pravni režim podrazumijevati postupanje sa zatvorenicima sa ciljem njihovog preispitivanja i ponovnog uključivanja u društvo.²⁶ Takođe, Sud je uzeo u obzir i Opšti komentar usvojen od strane Komiteta za ljudska prava u vezi Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima kojim je stipulisano da bi države trebale da ukažu i obrazlože zakonodavne odredbe kojim lišavaju građane njihovog prava glasa. U Komentaru se dalje navodi da razlozi za lišavanje treba da budu objektivni i opravdani, te da period suspenzije prava glasa treba da bude proporcionalan počinjenom krivičnom djelu i presudi. Sa druge strane, licima koja su lišena slobode, a koja nisu osuđena ne bi trebalo

²⁶ Član 10 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, 1966

uskratiti pravo da glasaju. Uzeta je u obzir i Preporuka Komiteta ministara zemljama članicama za postupanje prema zatvorenicima koji izdržavaju doživotnu kaznu zatvora i dugu kaznu zatvora.²⁷ U opštim načelima ove preporuke navedeno je da treba razmotriti raznolikost ličnih karakteristika lica koja se mogu naći među zatvorenicima, kako bi se napravili pojedinačni planovi za sprovođenje presude uz poštovanje načela individualizacije. U Preporuci se dalje navodi da bi život u zatvoru trebalo da bude što sličniji realnim okolnostima života u zajednici, te da zatvorenicima treba dati mogućnost da ostvaruju ličnu odgovornost u svakodnevnom životu u zatvoru. Kodeks dobre prakse u izbornim pitanjima predviđa da osoba može biti lišena prava glasa i prava kandidovanja na izborima ukoliko su kumulativno ispunjeni sljedeći uslovi: propisanost zakonom, poštovanje načela proporcionalnosti, da je lišenje prava zasnovano na mentalnoj nesposobnosti ili krivičnoj presudi zbog počinjenog teškog krivičnog djela, a uz to uskraćivanje političkih prava ili utvrđivanje mentalne nesposobnosti se može nametnuti samo izričitom odlukom suda. U odnosu na predmet prikazan u kontekstu pasivnog biračkog prava Evropski sud za ljudska prava je, između ostalog, razmatrao kao relevantnu i Rezoluciju 1619 (2008) usvojenu od strane Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope pod nazivom “Stanje demokratije u Evropi. Funkcionisanje demokratskih ustanova u Evropi i napredak u postupku skupštinskog monitoringa”. U navedenoj rezoluciji konstatovano je da ustavne i zakonodavne odredbe koje predviđaju da političke stranke mogu opozvati poslanike (tzv. “imperativni mandat”) treba ukinuti u Ruskoj Federaciji, Srbiji i Ukrajini, budući da je ovakva mogućnost ugovornica neprihvatljiva i suprotna načelima vladavine prava i podjele vlasti.

²⁷ Preporuka Komiteta ministara br. 23, 2003

Rezime

Kako prava garantovana članom 3 Protokola 1 nijesu apsolutna, države su u uređenju ovog pitanja iskoristile svoja implicitna ovlašćenja i u zavisnosti od mnogih unutrašnjih faktora opredijelile korišćenje prava slobodne procjene. O tome govore i različita pravna rješenja ograničenja prava zatvorenicima na evropskom tlu.

Evropski sud za ljudska prava nije sporio da postoji više načina organizovanja izbornih sistema, te da pojedinačna rješenja zavise od istorijskog razvoja i kulturne raznolikosti, pa da je na svakoj državi da inauguriše sopstvenu viziju demokratskog razvoja.

Ipak, ono što je uloga Suda je da cijeni da li su zahtjevi iz člana 3 Protokola 1 ispunjeni, te da procijeni da li uslovi koje su definisale države članice mogu da nanesu štetu suštini i efektivnosti korišćenja ovog prava. Zato svako udaljšavanje od prava definisanog pomenutim članom, treba pažljivo odmjeriti i pomiriti sa načelima legitimnih ciljeva i proporcionalnosti.

Summary

As the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1 are not absolute, states have exercised their implied powers in regulating this issue and, depending on many internal factors, have exercised their right to apply free margine of appreciation. This is also evidenced by various legal solutions restricting the rights of prisoners in Europe.

The European Court of Human Rights has not disputed that there are several ways to organize electoral systems, and that solutions vary depending on historical development and cultural diversity, and that it is up to each country to inaugurate its own vision of democratic development.

However, the role of the Court is to assess whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been met, and

to estimate whether the conditions defined by the Member States may diminish the essence of this right. Therefore, any distancing from the right defined by the mentioned article, should be carefully weighed and reconciled with the principles of legitimate aims and proportionality.

Key words: Article 3 Protocol 1, ECHR, free elections, right to vote.

Mr Andreja MIHAILOVIĆ¹

TRIJUMFALNI MARŠ PRAVNE TRANSPLANTACIJE NA POLJU KOMPANIJSKOG PRAVA

“Leges bonae ex malis moribus procreantur”

(Dobri zakoni nastaju iz loših običaja)

Marcus Annaeus Lucanus

Savremeni univerzum prava je u mnogim oblastima izložen manjem stepenu diverziteta u odnosu na protekle vjekove. U cilju inteziviranja razvoja, pravni sistemi se sve češće prepliću u razmjeni prednosti i odbacivanju nedostataka, čak i po pitanju svojih najmarkantnijih karakteristika.

Postepeno prevazilaženje početnog jaza između različitih pravnih sistema i njihova sve prisutnija konvergencija se ponekad može svesti na čisto jednosmjernan proces, što se naročito odnosi na oblast kompanijskog prava gdje evropski zakonodavci vjerno slijede anglosaksonska rješenja. Razlog tome se ogleda u dostignućima angloameričkog prava, sa jedne, kao i potrebama evropsko-kontinentalnog prava, sa druge strane. Naime, intezivan razvoj finansijskih tržišta SAD-a uticao je na razuđenost anglosaksonskih pravnih rješenja koja su u nebrojenim situacijama poslužile kao uzor arhitektama prava i na evropskom kontinentu. Imajući u vidu činjenicu da u kompanijskom pravu ekonomski interesi imaju daleko dominantniji uticaj od nacionalnih običaja i tradicije, kao i tranziciju iz državno kontrolisane ka tržišno orjentisanoj privredi koja je obuhvatila većinu evropskih zemalja, lako je zaključiti da je, od svih grana prava, upravo kompanijsko bilo najpodložnije recepciji anglosaksonskih pravnih instituta.

¹ Autorka je saradnik na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediterran“

Na taj način, kompanijsko pravo, u velikoj mjeri,uguje svoj razvoj upravo tehnici pravne transplantacije koja je i zaslužna za činjenicu da je anatomija kompanijskog prava širom svijeta zadobila homogenu strukturu.

Mozaik pravnih sistema

Nedvosmislena analogija prostora i vremena govori o međusobnoj povezanosti ove dvije vječite pojave. Ako je prostor poredak koegzistencija, onda je vrijeme poredak sukcesija. Na tim koordinatama počiva i pravo, kao refleksija društvene stvarnosti bez imuniteta na kulturnu evoluciju, ambijentalne karakteristike, istorijske uslove i kontekstualne različitosti.

Pravo je vezano, ne samo za relativnost prostora, već prije svega, za relativnost vremena. Ono je iskivano ljudskim konvencijama (ugovorima, zakonima, ustavima, uredbama, rezlucijama, deklaracijama) pa su tako regule pozitivnog prava prostorno i vremenski relativne, a dinamikom apsolutne. One traju onoliko koliko traje organizovana volja koja ih je donijela, te je zato pozitivno pravo ne samo *nesavršeno*, nego uvijek i *nezavršeno*, što za sobom povlači stalnu potrebu njegovog prilagođavanja zahtjevima društvenog fakta u vidu nepreglednih izmjena i dopuna, bilo da je riječ o evolutivnom ili revolucionarnom preobražaju pravnog sistema.² Polazeći od prostorne i vremenske limitiranosti pozitivnog prava (kao onog koje je postavljeno voljom ili samovoljom jednih u odnosu na druge), dolazi do izražaja sva njegova nesavršenost, varijabilnost i nedovršenost. Zadatak prava je da prati dinamiku života, zato ono nije i nikada ne može biti stanje aritmetički raspoređenih statičkih pravila, već proces čija je arhitektura u permanentom razvoju.

² S., Perović, Vremenske dimenzije pozitivnog i prirodnog prava, Pravni život, br. 11, Beograd, 2009, str. 738.

Na taj način, stalne modifikacije i reforme pozitivnog prava su postale njegov imanentan atribut.

Teritorijalne i temporalne koordinate uslovile su da se okean pozitivnog prava u svojoj evoluciji sve do druge polovine XX vijeka razlije u pet velikih pravnih sistema ili porodica prava, često nesložnih, a ponekad i ekstremno suprostavljenih. Pravna komparativistika je iznjedrila više različitih tipologija tzv. velikih pravnih sistema, od kojih najširu primjenu uživa klasifikacija na: evropsko-kontinentalni pravni sistem, anglosaksonski (angloamerički) sistem prava, šerijatsko pravo (islamska religija), kao i pravne sisteme dalekog istoka - indijsko i kinesko pravo. Svodni imenitelj svih tih klasifikacija je lokalizam pozitivnog prava, ali i njegovo svojstvo prostiranja na šire geografske prostore.³ Koliko je to stara pojava govori nam podatak da su još prije pet ili šest vjekova prije naše ere, kada su Solon i Likurg sastavljali i pisali svoje čuvene zakone, prethodno putovali po cijelom Sredozemlju da bi upoznali tamošnje zakone. Polazeći od notorne činjenice da nema organizma bez ćelija, koje ne mogu živjeti bez cjeline, zaključivali su da ni ta cjelina nema života bez svojih sastavnih djelova. Kada je riječ o različitim familijama prava, treba poći od konstatacije da je ono, u svjetskim okvirima, rezultat viševjekovne evolucije koja je svojstvena nacionalnom biću i kulturnom identitetu pojedinih naroda, a što je opet posljedica dejstva različitih izvanpravnih činilaca koji bitno utiču na prirodu određenog pravnog sistema.⁴

³ Šezdeset odsto svjetske populacije živi u kontinentalnom pravnom sistemu i on se tradicionalno primjenjuje na velikoj teritoriji izvan Evrope – u većem delu Azije (Kina, Japan, Južna Koreja, Filipini, Indonezija, Tajvan), kao i u najvećem dijelu Afrike i Bliskog istoka. Anglosaksonsko pravo primjenjuje se u SAD-u (sa izuzetkom Luizijane), Kanadi (sa izuzetkom Kvebeka), Australiji, nekim afričkim zemljama, Indiji i dijelu Bliskog istoka, a u Evropi samo u Velikoj Britaniji i Irskoj.

⁴ S., Perović, Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava, Pravni život, br.12, Beograd, 2010, str. 840-841.

Evropsko-kontinentalni sistem (grčko-romansko-germanska porodica prava) ima dugu tradiciju u čijem je stvaranju dominantnu ulogu odigrala rimska jurisprudencija. Na njenim principima je i sazdan ovaj civilizacijski fenomen, nepresušni izvor inspiracije pravne doktrine i utemeljivač cijelog spektra pravnih ustanova, zbog čega se nerijetko ističe da je „Rim preko svog prava ponovo osvojio one provincije koje je izgubio na bojnopolju“.⁵ Njegov odlučujući uticaj sačuvan je i nastavljen sve do danas zahvaljujući recepciji rimskog prava, koja se odvijala uporedo sa obrazovanjem pravnika u najvažnijim evropskim univerzitetskim centrima, počevši od Bolonje (osnovane 1088. godine). Iz tog razloga, kao najmarkantnije obilježje evropsko-kontinentalnog sistema ističe se njegova zasnovanost na pisanom i kodifikovanom pravu. Takođe, uticaj doktrine prirodnog prava, osnažene stvaranjem velikih kodifikacija, učinio je neophodnim korišćenje apstraktnih pojmova, formulisanje opštih normi, podjelu prava na javno i privatno ili materijalno i formalno. To je zahtijevalo logičko uobličavanje i stvaranje koherentnog pravnog sistema, što se danas vidi po izraženoj potrebi za uspostavljanjem hijerarhije izvora prava na čijem se vrhu nalaze ustav i zakon. Kao rezultat stvaralačke uloge zakonodavca sve norme su grupisane u zakonicima. Uz to, određeno mjesto pripada drugim izvorima prava, kao što je slučaj sa različitim aktima korporacija, pravnim običajima, ugovorima itd., čiji je značaj obično manji od značaja pisanog prava koje se stvara zakonodavnom djelatnošću.⁶ Sudska praksa u evropsko-kontinentalnom sistemu formalno ne predstavlja izvor prava, međutim, društvena stvarnost svjedoči da njena uloga na pozornici izvora prava nije marginalizovana.

⁵ A., d'Entreves, *Natural law: An Introduction to Legal Philosophy*, Podgorica, 2001, str. 24.

⁶ K., Mitrović, *Učenje dva velika svetska sistema prava o zakonitosti i njihovo približavanje*, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, 2014, str. 138-139.

Odluke sudova (naročito viših u odnosu na niže) faktički predstavljaju korektiv i autoritativni kompas koji na izvjestan način diktira pravac u judikaturi.

Anglosakonski (angloamerički) pravni sistem pretežno počiva na pravilima koji su stvorili engleski sudovi tokom vjekova uz blagu inspiraciju prirodnim pravom i kodifikacijama. Ovaj pravni sistem se odlikuje upotrebom manje apstraktnih pojmova, kazuistički nastalih pravnih normi i odsustvom podjele prava na javno i privatno, kao i materijalno i formalno. Ipak, demarkaciona linija postavljena je i u anglosakonskom sistemu prava, budući da postoji izražena razlika između *common law* i *equity law*. Osnovni izvor prava predstavlja sudski precedent, kako to u poetskom duhu opisuje poznati engleski pravni pisac A. L. Goodhart: “engleski sudija je rob prošlosti i despot budućnosti jer je vezan odlukama umrlih prethodnika, a svojim odlukama vezuje buduće generacije.”⁷ Međutim, nakon velike sudske reforme iz 1873.-1875. u Engleskoj su objedinjeni *common law* i *equity* sudovi, čime je zakon počeo dobijati na značaju, naročito u oblastima koje nisu uređene *common law* normama (oblast industrijskih odnosa, posebno akcionarska društva, berze i drugi odnosi te vrste). To ipak nije promijenilo specifična obilježja sudskog procesa odlučivanja u Engleskoj, budući da sudovi primjenjuju zakon budno motreći na prva tumačenja njegovih normi data od strane sudija viših sudova. *Šerijatsko pravo* je religijsko pravo, zbog čega mu islamski pravници pripisuju sakralnost, savršenost i univerzalnost. Sakralnost šerijatskog prava (izraz “šerijat ukazuje na pravac ili put koji Bog ukazuje ljudima u životu) se ogleda u njegovim izvorima i u njegovoj sankciji. Po islamskom učenju “šerijatsko pravo ima božansko porijeklo, jer je Bog u Kuranu dao osnovne principe i temelje na kojima će se izgrađivati novo, bolje i moralnije društvo. On je zagarantovao ovaj pravni

⁷ A., Goodhart, *The Migration of Common Law*, London, 1960, str. 1.

poredak dvostrukom sankcijom: kaznom na ovom i kaznom na budućem svijetu.”⁸. Glavni izvori ovog prava su: *Kuran*, koji sadrži oko 500 izreka koje se odnose na regulisanje društvenih odnosa; *Sunet*, tradicija koja predstavlja ono što je Muhamed rekao, učinio ili odobrio; *Idžma-ulmmet*, pojam koji označava saglasno rješenje islamskih naučnika o izvjesnom pitanju; i *Kijas*, kao propisi izvedeni na osnovu analogije, što znači da se neregulisani slučajevi podvode pod norme drugih izvora.

Za razliku od islamskih država u kojima važi univerzalno islamsko pravo, u Indiji postoji nacionalno pravo inspirisano u osnovi engleskim *common law* sistemom. Hindu pravo primjenjuje se u nekim zemljama jugoistočne Azije, kao i pojedinim afričkim zemljama. Hinduizam je razvio određeni pogled na svijet koji propisuje da svaki čovjek treba da se ponaša na određeni način u zavisnosti od iz koje kaste potiče, postulirajući set pravila koji uređuje lične i porodične odnose većine pripadnika indijskog društva.⁹

Petu grupu čini sistem kineskog prava koji je do prve polovine XX vijeka bio zasnovan na principima Konfučijeve doktrine, a kasnije Carskog zakonika. Od druge polovine XX vijeka kinesko pravo se sastoji od pisanih zakona, pa i kodifikacija pojedinih zakonskih oblasti. Međutim, kinesko pravo i dalje važnu ulogu pridaje običajima i ustaljenim pravilima ponašanja shodno vjekovnim navikama i normama koje uglavnom imaju vansudsku pozornicu u odnosu na kategorije evropskog prava.

Sve navedeno zbirno svjedoči da je naš univerzum prava bio sačinjen po načinu mozaika u kome su preovlađujuće boje bile sastavljene od više hiljada nijansi pravnih kategorija. Sva ta, često izolovana “ostrva” prava, nisu mogla ostati usamljena, već su od antičkih vremena, a naročito od XIX vijeka pa sve do danas, bila pod budnom optikom stranih pravnih činilaca,

⁸ M. Begović, *Šerijatsko bračno pravo*, Beograd, 1936, str. 23.

⁹ R., Lukić, B., Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd, 2004, str. 494-495.

tako da su nastale brojne ustanove sa zadatkom komparativne spoznaje i proučavanja prava različitih zemalja i pravnih sistema. Veliki stepen zbližavanja pomenutih sistema prava dogodio se naročito u drugoj polovini XX vijeka, najviše putem brojnih međunarodnih konvencija. Procesom unifikacija i kodifikacija, putevima implementacije i internacionalizacije, uspostavljaju se mostovi povezivanja¹⁰, ali sa pravom na različitost i očuvanje sopstvenog identiteta.

Pravna transplantacija

U cilju inteziviranja razvoja, pravni sistemi se sve češće prepliću u razmjeni prednosti i odbacivanju nedostataka, čak i po pitanju svojih najmarkantnijih karakteristika. Na primjer, u evropskom kontinentalnom sistemu sve važniji izvor prava postaje sudska praksa (jer sudska praksa ima značajnu faktičku ulogu u pogledu unifikacije načina rada sudova), a u anglosaksonskom pravu zakon (npr. Ujedinjeno Kraljevstvo sve više direktno primenjuje kodifikovano pravo kontinentalnog tipa). Na taj način, postepeno prevazilaženje početnog jaza između ova dva sistema i njihovo približavanje (za šta su dobar primjer principi pravne države i vladavine zakona), nameće zaključak da je opravdano očekivati njihovu asimilaciju u jedan jedinstveni, univerzalni pravni sistem u doglednoj budućnosti.

Prema teoriji pravnog razvoja, zasnovanoj na ideji transplantacija prof. Alana Vatsona, pravne transplantacije su izvor za najveća globalna pravna dešavanja iz razloga što je većina promjena u pravnom sistemu posljedica pozajmljivanja. Italijanski profesor *Rodolfo Sacco* jednom prilikom je istakao da postoje samo dvije vrste izmjena zakona - izvorna inovacija i

¹⁰ S., Perović, ibid, str. 842-843.

imitacija, pri čemu se "izvorna inovacija pojavljuje jednom od ukupno hiljadu zakonskih promjena".¹¹

Pravna transplantacija ("*legal transplantation*", poznata i kao pravno pozajmljivanje, pravni uvoz, pravni prijem) je posebna pravna tehnika transnacionalnog uticaja jednog ili grupe pravnih sistema na drugu preuzimanjem normativnih rješenja, principa i pravnih koncepata. Razlog sve intenzivnije popularnosti ove tehnike leži u činjenici da je globalizacija današnjice nametnula i pravnim sistemima pretenziju ka univerzalnošću. U tom pogledu, možemo govoriti o pravnoj evoluciji slično Darwinovoj teoriji prirodne selekcije. Prema ovoj teoriji samo najsposobnija jedinka ima kapacitet da opstane, dok će one manje sposobne biti eliminisane prirodnom selekcijom. Ista logika se može prenijeti na pravne institute, budući da pravni sistemi većine država nastoje da usvoje i zadrže samo najkvalitetnija legislativna rješenja, što dalje ima za posljedicu njihova sve češća preuzimanja u druge sisteme, da bi na kraju dobila i univerzalni karakter.

Osnovna razlika između anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema je u tome što dok anglosaksonski počiva na sudskim slučajevima i diskrecionoj ocjeni sudije, osnovu kontinentalnog sistema zasnivaju zakoni i čvrsta pravila zbog čega njegovu dominantnu karakteristiku predstavlja pravna sigurnost i predvidljivost sudskih odluka, budući da su zasnovane na zakonima. Tu upečatljivu distinkciju između ova dva sistema lijepo opisuje Valtazar Bogišić u svom monumentalnom djelu Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru: "Ne sudi se po primjerima, već po pravilima".

Kritičari pravne transplantacije navode da je ključni problem što se anglosaksonsko pravo, iako prisutno u manjem dijelu svijeta, prilično agresivno implementira u kontinentalne

¹¹ Skandinavski institut „ombudsmana“ je jedan od primjera izvornih pravnih inovacija.

pravne sisteme, pri čemu postoji opasnost da transplantirani elementi anglosaksonskog prava mogu lako poremetiti cijeli sistem i time dovesti do pravne nesigurnosti. U tom smislu, ističući očigledne razlike između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, pojedini autori iznose vrlo oštre kritike prema tehnici pravne transplantacije. Po njima tako usvojena hibridna rješenja liče na „uzgajanje pomorandže u Sibiru” i takva pravna tranzicija predstavlja „gradnju broda dok plovi u moru”, čime se pravo izlože beskrajnim eksperimentima jer pravni sistem je jedan operativni sistem koji će lako urušiti ukoliko mu se nameću protivrječna pravila.¹² Neki idu korak dalje navodeći da pravni transplanti predstavljaju trojanskog konja za nacionalno zakonodavstvo.¹³

Ovi stavovi nisu bez osnova i ne može se osporiti činjenica da ovakav proces preuzimanja rješenja iz drugog pravnog sistema za sobom povlači velike teškoće. Među njima bi naročito mogli da izdvojimo (ne)kompatibilnost stranih procesnih pravila sa domaćom procesnom kulturom, što iziskuje veliku opreznost, budući da nespretno izvedena pravna transplantacija može prerasti u otvorenu prijetnju pravnoj sigurnosti. Nevješto kalemljenje dominantnih elementa drugog pravnog sistema neminovno bi dovelo do praktičnih problema i nemogućnosti snalaženja subjekata u novom pravnom ambijentu, a time i do neefikasnih i neprimjenjivih rješenja. Iz tog razloga, pravna transplantacija zahtijeva filigransku preciznost prilikom preuzimanja stranih instituta u cilju uspostavljanja adekvatne ravnoteže između zahtjeva

¹² M., Škuletić, Evropa ne prihvata amerikanizaciju pravosuđa, Politika, 2017, dostupno na adresi: <http://www.politika.rs/sr/clanak/386334/Drustvo/Evropa-ne-prihvata-amerikanizaciju-pravosuđa> (datum pristupa: 11. maja 2020.)

¹³ R., Montana, Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and its Consequences, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 20, br. 1, 2012, str. 101.

razvoja sopstvenog pravnog sistema i potrebe za očuvanjem njegovog identiteta i procesne kulture.

To zahtijeva detaljno razumijevanje smisla i suštine pravnog sistema koji prihvata transplantirani institut, ali i pravni sistem njegovog porijekla. U tom smislu, pravna komparatistika, dug vremenski period posmatrana kao luksuz u koji su se upuštali samo pojedini teoretičari prava, dočekala je svoj trenutak¹⁴, prerastavši detinjstvo¹⁵ u kojem je živjela do 70-ih godina prošlog vijeka. Kao izvoriste različitih pristupa u rješavanju istog problema, komparativno pravo, već pola vijeka ostvaruje svoju svrhu od iniciranja zakonskih reformi do inspirisanja sudija koji u njemu mogu pronaći rješenje za probleme koji mogu nastati inkorporisanjem stranog pravnog instituta u domaće zakonodavstvo.¹⁶ Na istom globalističkom tragu se uobličavala i pravna transplantacija, kao najilustrativniji primjer konvergencije evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema.

Ta konvergencija se ponekad može svesti na čisto jednosmjernan proces, što se naročito odnosi na oblast kompanijskog prava gdje evropski zakonodavci vjerno slijede anglosaksonska rješenja. Razlog tome se ogleda u dostignućima angloameričkog prava, sa jedne, kao i potrebama evropsko-kontinentalnog prava, sa druge strane. Naime, intezivan razvoj finansijskih tržišta SAD-a uticao je na razuđenost anglosaksonskih pravnih rješenja koja su u nebrojenim situacijama poslužile kao uzor arhitektama prava i na evropskom kontinentu. Imajući u vidu i suočavanje sa tranzicijom iz državno kontrolisane ka tržišno orjentisanoj

¹⁴ T., Weigend, *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, *Crime and Justice*, br. 2, 1980, str. 382.

¹⁵ M., Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 121, 1973, str. 507.

¹⁶ V., Turanjanin, *Pojmovno određenje i pravna priroda sporazuma o priznanju krivičnog djela*, *Glasnik prava*, br. 1, 2017, str.53.

privredi, koja je obuhvatila većinu evropskih zemalja, lako je zaključiti da je, od svih grana prava, upravo kompanijsko bilo najpodložnije recepciji anglosaksonskih pravnih instituta. Na taj način, kompanijsko pravo kontinentalne Evrope, u velikoj mjeri, duguje svoj razvoj upravo tehnici pravne transplantacije.

Kao najznačajniji primjeri pravnih transplanata u kompanijskom pravu, koje su uz izvjesne modifikacije, prihvatile gotovo sve evropske zemlje (sa više ili manje uspješnom implementacijom), ističu se: 1. Fiducijarne dužnosti i 2. Derivativna tužba. Ova dva izvorno anglosaksonska instituta stoje u svojevrsnom kohezivnom odnosu na način da fiducijarne dužnosti definišu materijalni domen primjene derivativne tužbe, dok derivativna tužba podstiče njihovu efektivnost obezbjeđujući sankciju u slučaju njihove povrede.

Fiducijarne dužnosti

Fiducijarne dužnosti u kompanijskom pravu predstavljaju jedan od rijetkih primjera indoktrinarnog pravnog transplanta¹⁷. Naime, posebne dužnosti prema privrednom društvu su nastale po ugledu na iste dužnosti koje u anglosaksonskom pravu ima trust. Uvođenjem koncepta fiducijarnih dužnosti u kontekst kompanijskog prava, koji je nesumnjivo drugačiji u odnosu na prirodu i kontekst pravnog odnosa između trusta i principala, započeta je i rasprava o uspješnosti posebnih dužnosti kao interdoktrinarnog pravnog transplanta.

Opšte je prihvaćeno da je *common law* pravni sistem kolijevka doktrine lojalnosti, dok su pravni sistemi *civil law*-a tom konceptu pristupili u kasnijoj fazi i primijenili ga mnogo

¹⁷ Pojam „interdoktrinarni pravni transplant“ odnosi se preuzimanje pravnih pravila iz jedne oblasti u drugu, ali u okviru istog nacionalnog prava.; J., Veličković, Derivativna tužba: Kompanijsko-pravna i procesno-pravna analiza, Beograd, 2019, str. 37.

opreznije. Glavni razlog za razlike u ovim stanovištima leži u činjenici da su tokom istorije, sudovi *common law*-a ovo pitanje razmatrali kroz prizmu načela pravičnosti koje se primjenjuje na povjereničku fiducijarnu dužnost njenom korisniku. Zato se i kaže da je englesko kompanijsko pravo pionir u razvoju koncepta fiducijarnih dužnosti. Ono je iznjedrilo shvatanje o dvostrukoj poziciji direktora društva¹⁸ - kao povjerenika (*trustee*) i nalogoprimaca (*agent*). Shodno tome, direktori su sa jedne strane, povjerenici u odnosu na imovinu društva, dok su, sa druge strane, nalogoprimci u pogledu poslova koje zaključuju za račun društva.¹⁹ To je i razlog zbog kojeg direktore terete tzv. fiducijarne dužnosti koje su inače karakteristične za lica kojima je povjereno da se staraju o imovini u najboljem interesu drugog lica (principala).

U *common law* sistemu, povjerenik posjeduje najveću fiducijarnu dužnost jer je obavezan da se u svom postupanju uvijek rukovodi interesom svog beneficijara, a ne svojim sopstvenim interesom.²⁰ Oslonac na tu doktrinu potražile su i sudije kontinentalnog prava i jednako su je primjenjivale na novoosnovana privredna društva i dužnosti njihovih direktora, a da prvo nisu uzeli u obzir da direktor takvog društva, za razliku od povjerenika, zapravo nema zakonsko pravo nad imovinom kompanije.²¹ Razlika u odnosima povjerenik - korisnik i direktor – privredno društvo došla je do izražaja u predmetu iz 1967. godine od strane L. Portera koji je iznio

¹⁸ H., Fleischer, Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties, *European Company and Financial Law Review*, br. 2 (3), 2005, str. 380.

¹⁹ M., Gelter, G., Helleringer, Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law, *Berkley Business Law Journal*, br. 15(1), 2018, str. 94.; M. Z., Radović, Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo, *Strani pravni život*, br. 63(2), 2019, str. 34-6.

²⁰ D., French, S., Mayson, C., Ryan, *Company Law*, Oxford, 2010, str. 471.

²¹ K. J., Hopt, Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis, *European Company and Financial Law Review*, 2013, str. 169.

tvrdnju da: “direktori, bez sumnje, nisu povjerenici, ali zauzimaju fiducijarni položaj prema kompaniji čiji odbor formiraju”. Iako je danas jasno da direktor kompanije nije u *strictu sensu* stečajni upravitelj, on i dalje ima obaveze slične povjereniku jer raspolaže korpusom ovlaštenja i dužnosti isključivo u službi interesa kompanije. Istovremeno, jurisdikcije kontinentalnog građanskog prava nemaju razvijenu tradiciju lojalnosti, te su morale da razmotre i razviju koncept posebnih dužnosti odgovornih lica u svijetlu postojeće privrednopravne regulative, uz korišćenje principa opšteg građanskog prava, koji su na neki način manje rigidni od načela lojalnosti u interpretaciji običajnog prava. Dalja razlika između ova dva sistema proističe iz činjenice da dok su u običajnom pravu dužnosti direktora više usredsređene na sprovođenje interesa akcionara, u civilnom pravu one su usmjerene na interese samog društva (ili čak direktno zainteresovanih strana – zaposlenima, klijentima i cjelokupnoj javnosti).²² Ova razlika je dodatno naglašena razvojem dualističkog modela upravljanja u mnogim zemljama evropskokontinentalnog prava, za razliku od monističkih tekovina *common law* sistema. U jurisdikcijama poput Njemačke i Austrije, na primjer, odbor je podijeljen na dva – upravni i nadzorni odbor, od kojih je prvi formiran od strane drugog, a ne direktno od članova, odnosno direktori su direktno odgovorni isključivo društvu, a ne (ili indirektno) njegovim članovima.²³

Kada razmatramo fiducijarne dužnosti odgovornih lica u zemljama Evropske unije (EU) treba naglasiti da ne postoji uniformno rješenje o ovom pitanju, već svaka država članica uživa svojevrsnu autonomiju u pogledu odluke da li će

²² D., Terziyski, *Company Law: Director's Duties, Comparative Company Law*, 2014, str. 2-4.

²³ P., Davies, K., Hopt, R., Nowak, G., Solinge, *Corporate Boards in European Law: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2013, str. 5.

kodifikovati navedene dužnosti direktora ili ne. Neke jurisdikcije se oslanjaju na detaljne taksativno formulisane liste, dok se druge zadovoljavaju opštim odrednicama preko odredbi koje regulišu “očekivana ponašanja direktora u širem smislu”. Iako je većina država članica EU kodifikovala dužnosti direktora i opšta načela ugovornog prava, odredbe o fiducijarnim dužnostima su često pozvane da popune regulatorni jaz.

Derivativna tužba

Poput fiducijarnih dužnosti direktora, tehnikom pravne transplantacije, na normativni teren evropskokontinentalnog sistema zakoračila je i derivativna tužba, kao izvorno anglosaksonski institut, koji se u SAD-u pokazao jednim od najznačajnijih instrumenata zaštite prava manjinskih akcionara, sa brojnim pozitivnim iskustvima u sudskoj praksi.

Ipak, put prelaska ovog instituta nije bio ni malo idiličan i linearan, budući da zbog svoje, iz osnova kontraverzne prirode i činjenice da je “rođen” sopstvenom negacijom (naime, u precedentnom slučaju “*Foss v. Harbottle*” koji je utemeljio derivativnu tužbu, ista je odbačena od strane suda), nije blagonaklono dočekan u jurisdikcijama svih zemalja. Čak je i njegova matica - englesko pravo dugo zastupala stanovište da bi bilo prikladnije da tužbe za zaštitu svojih povrijeđenih prava podiže samo društvo, jer se tako izbjegavaju veksatorne parnice članova društva.²⁴

Na kontinentalnom evropskom tlu, korporativna regulativa je bila još skeptičnija prema derivativnoj tužbi²⁵,

²⁴ M., Vasiljević, op. cit., str. 89.

²⁵ Među pravnim teoretičarima, navedeno se ponekad objašnjava „Principom Ane Karenjine“ baziranog na planetarno popularnom ruskom klasiku Lava Tolstoja, gdje Tolstoj navodi da „sve srećne porodice dijele određeni set karakteristika koji su neophodne za uspješan porodični život“ i popularizovanog od strane dobitnika Pulicerove nagrade Jareda Diamonda. Navedena logika primjenjiva je na sve forme zajedništva u kojoj su ljudi

tako da je u mnogim zemljama dugo bila prisutna samo u rudimentarnoj formi. Italija ih je uvela tek 1998. godine uz prethodno ustanovljenje uslova od posjedovanje 5% akcija, kao i obavezu strane koja je izgubila spor da plati troškove postupka strane koja je dobila spor uz prilično kompleksan teret dokazivanja tužbenih navoda koje je teško pribaviti. Imajući u vidu, da zbog navedenih okolnosti tužbe nisu podnošene do 2006. godine, sukcesivno je došlo do izmjena u zakonodavstvu na način što je manjinskim akcionarima olakšano vođenje navedenog postupka, na način što im je omogućeno da podnesu tužbu i protiv društva koje je većinski vlasnik ili osnivač akcionarskog društva u kojem akcionari posjeduju akcije, plaćanje naknade advokatima tek po okončanom postupku ili postignutom poravnanju, što je u velikoj mjeri umanjilo finansijsko opterećenje za tužioce, koji više nisu morali da finansiraju postupak unaprijed, a i dovelo do smanjenja propisanog kapital učešća za podnošenje tužbe na 2,5% uz eliminaciju uslova od posjedovanja svojstva akcionara u trajanju od minimum 6 mjeseci prije podnošenja tužbe. Tradicionalni njemački mehanizam zahtijevao je kvalifikovanu manjinu od 10% ili 2.000.000 DM do 1998. godine, kada je snižen na 5% ili 500.000€ za slučajeve kada su akcionari mogli utvrditi činjenice koje ukazuju na kršenja zakona ili internih propisa. Tokom 2005. godine u Njemačkoj je došlo do značajnih izmjena u zakonodavstvu u pogledu načina vođenja ovakvih postupaka, te je Zakonom o poslovnom

osuđeni na međusobnu saradnju i razumijevanje, te doslednom primjenom iste izvodi se zaključak da samo SAD i Japan nude zaista uspješan model derivativnog postupka koji je po svim neophodnim kriterijumima zaista funkcionalan za akcionare. Suprotno tome, nijedan raspoloživ faktor sam po sebi nije dovoljan da objasni nedostatak derivativnih postupaka u kontinentalnoj Evropi. Mali broj derivativnih postupaka u kontinentalnoj Evropi često se vidi kao razlog zbog kojeg se korporativno pravo smatra nedovršenim u ovim jurisdikcijama. M., Gelter, *Why Do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?*, New York, 2012, str. 845.

integritetu (*"Business Integrity Act"*) smanjen kapital census za podnošenje derivativnih tužbi na 1% ili 100000 evra vrijednosti akcija uz uvođenje povoljnijih advokatskih tarifa za ovaj tip tužbi.²⁶ Ipak, stari njemački model, koji je i dalje dostupan kao alternativa, ekvivalentan je onom koji postoji u Austriji i samo predviđa pravo kvalifikovane manjine da se obrati sudu zahtjevom da imenuje posebnog predstavnika za podnošenje zahtjeva za preispitivanje odgovornosti članova uprave. Francuski i Švajcarski model, gdje se derivativna tužba smatra individualnim pravom akcionara i gdje zakon eksplicitno ističe da tužbu sa pozivom na korporativnu odgovornost može da podnese svaki akcionar (nezavisno od procenta učešća u osnovnom kapitalu društva) u ime društva je vjerovatno najbliži američkom sistemu iz kojeg je izveden.

Ni pored brojnih napora pravne teorije, ne postoji jedinstveno i univerzalno prihvaćeno objašnjenje zašto se derivativna tužba ne primjenjuje sa jednakim uspjehom i u zemljama van američkog kontinenta, imajući u vidu da je većina zemalja transplantirala u svoje pravne okvire, uključujući i najmnogoljudnije nacije na svijetu – Kinu i Indiju, kao bivše socijalističke zemlje koje polako uspostavljaju slobodne tržišne ekonomije.²⁷ Međutim, čini se da je ovako izražena diskrepanca u primjeni instituta derivativne tužbe između SAD-a i drugih jurisdikcija, rezultat sinergije nekoliko ključnih faktora.

²⁶ Tasić, op. cit., str. 290.

²⁷ U Kini je derivatna tužba uvedena prije 2005. a u Indiji 2013. godine. Brojne studije su pokazale da preliminarni rezultati njene primjene u Kini nisu pretjerano ohrabrujući. Z., Zhang, The Shareholders Derivative Actions and Good Corporate Governance in China: Why the excitement is actually for nothing, *Pacific Basin Law Journal*, vol. 28(2), 2011, str. 174 - 209.; V., Savković, From great expectations to an even greater failure - the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself, *Juridical Tribune*, vol. 6, no 2, 2016, str. 11.

Prvo, za razliku od opšteg „američkog pravila“ o troškovima parničnog postupka, u slučaju derivativne tužbe predviđen je izuzetak budući da je stranka koja izgubi u sporu dužna nadoknaditi troškove strani koja dobije spor, što daje očigledan podsticaj i akcionarima i njihovim advokatima. Međutim, iako isto pravilo o snošenju troškova postoji i u zemljama civilnog prava, njegov motivacioni efekat nije izražen u istoj mjeri jer je u zemljama civilnog prava ovo opšte pravilo, dok u SAD-u predstavlja izuzetak. Iz tog razloga, advokati u SAD-u su u slučaju derivativne tužbe imali daleko više razloga da to vide kao priliku za zaradu.²⁸ Pored toga, važan faktor koji podstiče akcionare i advokate u SAD-u da podnose derivativne tužbe je nivo razvoja finansijskih tržišta, što je u direktnoj korelaciji sa njihovom visokom osjetljivošću na loš publicitet i pad reputacije, kao redovnim posljedicama tužbi protiv odgovornih lica u kompanijama od strane akcionara. Iako je to gotovo nemoguće dokazati empirijskim putem, ta činjenica je nesumnjivo jedan od najvažnijih razloga dugotrajne tendencije da se većina postupaka pokrenutih po osnovu derivativne tužbe okončava poravnanjem.²⁹ To naravno širi prostor za zloupotrebe nagodbi u ovim postupcima, pa je to i razlog zbog kojeg se propisuju posebna pravila prilikom zaključenja sporazuma o poravnanju.

Najzad, u SAD-u svaki akcionar ima pravo da podnese derivativnu tužbu jer ne postoje zahtjevi za prag kapital učešća, kao što je to slučaj u većini zemalja kontinentalnog prava. Ovu činjenicu mnogi autori ističu kao najvažniji faktor koji doprinosi uspjehu derivativnih tužbi u SAD-u, budući da je u velikoj mjeri jednostavnije podnijeti derivativnu tužbu bez pronalaska akcionara koji posjeduju zahtijevani minimum osnovnog kapitala i istovremeno su voljni da podrže inicijatora

²⁸ V., Savković, op. cit., str. 12.

²⁹ V., Savković, ibid, str. 13.; S. M., Kim, *Conflicting Ideologies of Group litigation: Who May Challenge Settlements in Class Actions and Derivative Suits*, *Tennessee Law Review*, vol. 66, 1998, str. 81-121.

tužbe.³⁰ Ipak, smatramo da je značaj ovog faktora prenaplašen imajući u vidu činjenicu da postoje i zemlje (Francuska, Švajcarska) kontinentalnog prava u kojem ne postoje zahtjevi u pogledu visine kapital učešća kao procesne pretpostavke, pa i bez obzira na to ne dolazi do jednako uspješne primjene instituta derivativne tužbe kao u SAD-u.

Ono što treba imati u vidu da je ove faktore veoma teško stvoriti regulatornim razvojem jer oni pretežno zavise od opšte kulture parničnog postupka u društvu. Drugim riječima, oni se ne mogu direktno prenijeti u drugi nacionalni pravni sistem ili stvoriti u kratkom vremenskom periodu.

Kriterijumi uspješnosti pravnog transplanta

Načelno posmatrano, nacionalni zakonodavci su samo povremeno vodeća sila transfera pravnih transplanata. Nasuprot tome, mnogo je češće da se pravni transplanti pokreću spontano uslijed globalizacije. Ipak, u kompanijskom pravu je situacija bila sasvim suprotna opisanom redovnom toku. Ovdje uticaj anglosaksonskog prava nije bio spontan, odnosno nije potekao iz prakse, već je, naprotiv, nametnut odozgo – od samog zakonodavca. Obzirom na to da nacionalni zakonodavac u većini zemalja u razvoju uglavnom ne posjeduje odgovarajuće instrumente za osmišljavanje novih pravila koja bi bila adekvatna za rješavanje specifičnih praktičnih problema u privrednom životu, on često poseže za pravnim transplantima kao jeftinom, brзом i korisnom izvoru novog prava.³¹ Na taj način kompanijsko pravo karakteriše aktivno inicirana pravna transplantacija.

³⁰ K., Grechenig, M., Sekyra, No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion, *International Review of Law and Economics*, vol. 31(1), 2011, str. 16 - 20.; *ibid*, str. 13.

³¹ M., Radović, Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo, *Strani pravni život*, br. 63(2), 2020, str. 34.

Na izvjesne oblike usklađivanja sa stranim pravnim sistemima ukazivao je još Monteskje sačinjavajući listu činilaca koji utiču na ove procese. Pozivajući se na tu listu, u novije vrijeme sve više autora³² tvrdi da u kontekstu pravne transplantacije, geografski, ekonomski, socijalni i kulturni činioci sve više gube na značaju, dok u prvom planu isplivavaju politički činioci kao prevalentan faktor.

Potrebno je ukazati da nije neuobičajeno da se pravni transplanti dugo vremena ne primjenjuju u novom okruženju. Na primjer, u Japanu dužnost lojalnosti se nije primjenjivala u praksi skoro četiri decenije od uvođenja ovog pravila, koje je direktno preuzeto iz pravnog sistema SAD-a. Dužnost lojalnosti u Japanu je počela da se primjenjuje tek nakon sticanja izvjesnih preduslova u pogledu društvenog uređenja (što se odnosilo i na odredbe zakona koje su trebale da omogućе efikasniju primjenu dužnosti lojalnosti). Jedan od često navođenih potencijalnih uzroka zbog kojeg dužnost lojalnosti nije primjenjivana je taj što dugo vremena nije postojala derivativna tužba koja je direktno usmjerena na sankcionisanje dužnosti lojalnosti. Imajući to u vidu, upravo japansko iskustvo može dati smjernice za utvrđivanje razloga zbog kojih derivativna tužba nije prisutna u domaćoj sudskoj praksi.³³

Kada je riječ o nacionalnom sistemu, derivativna tužba je uvedena Zakonom o preduzećima (1996), sa ciljem da, zajedno sa drugim institutima, formira adekvatan regulatorni okvir za razvoj tržišno-orjentisanog privrednog okruženja. Ovaj zaključak proizilazi iz obrazloženja predloga Zakona u kojem se konstatuje da: „Zakon, između ostalog, teži upravljanju preduzećem od strane vlasnika, odnosno predstavnika

³² O., Kahn-Freud, On uses and misuses of comparative law, *The Modern Law Review*, br. 1, 1974, str. 20.

³³ J. Veličković, op. cit., str. 38-39.

vlasnika srazmjerno procentu vlasništva u trajnom kapitalu i naglašenoj odgovornosti organa preduzeća za upravljanje.”³⁴

Jedan od razloga je svakako društveno ekonomski ambijent. Kada je derivativna tužba uvedena u naše pravo većina privrednih društava je bila u statusu društvenih preduzeća, koja su tek nekoliko godina kasnije ušla u postupak privatizacije. U takvom društveno ekonomskom ambijentu nisu postojali privatni vlasnici kapitala – investitori, već su vlasnici društava kapital stekli u postupku svojinske transformacije, te nisu bili ni svjesni statusa u društvu. Ovakvo stanje stvari se promijenilo tek nešto više od decenije nakon uvođenja derivativne tužbe. Drugi razlog zbog kojeg derivativna tužba nije korišćena u praksi je vjerovatno taj što Zakon o preduzećima (1996) nije uveo koncept posebnih dužnosti prema privrednom društvu, već je to učinjeno tek Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine, te je bilo nejasno u kojim okolnostima derivativna tužba uopšte može biti podnijeta. Naime, materijalno pravni domen primjene derivativne tužbe u Zakonu o preduzećima nije bio dovoljno jasan (u kojim životnim situacijama se može primjenjivati), što je vjerovatno izazivalo određeno nepovjerenje u odnosu na cjelokupan zakonodavni okvir odgovornosti članova organa preduzeća. U tom smislu u srpskom pravu derivativnoj tužbi je dugo vremena nedostajao veoma značajan materijalno pravni supstrat, jer posebne dužnosti prema privrednom društvu i derivativna tužba predstavljaju jednu cjelinu, koja samo u simbiozi materijalno pravnog i procesno pravnog osnova može dati odgovarajuće rezultate. Dakle, u nacionalnom pravu tek od 2004. godine postoje svi uslovi za pravilno funkcionisanje derivativne tužbe. Takođe, pojedinačna rješenja, kao što su pravila o troškovima postupka, zatim pravila o pravu članova društva na informisanje, su sigurno uticala na podsticaje za podnošenje tužbe.

³⁴ Predlog Zakona o preduzećima sa obrazloženjem, str. 161-162.

pak, neadekvatnost pravnog i privrednog okruženja u trenutku uvođenja derivativne tužbe, imala je za posljedicu da njen značaj ne bude uočen od strane poslovne prakse, što je kasnije prihvaćeno kao datost. U prilog tome govori okolnost da bez obzira na konkretna unapređenja zakonodavnog okvira derivativne tužbe, koja su se nesporno dogodila nakon donošenja Zakona o preduzećima, derivativna tužba ipak nije zaživjela u praksi. To je i razlog zbog kojeg derivativna tužba i danas nakon više od dvije decenije po uvođenju u nacionalni sistem ima status pravnog transplanta, čija afirmacija i pokušaj inkorporacije u privredno okruženje tek predstoje.³⁵

Bez obzira na uspjeh i preciznost uređenja određenog instituta u nekom sistemu, za njegovo funkcionisanje u drugom sistemu podjednako je važna i kultura privrednog okruženja, kao i druge odredbe zakona, koje definišu sekundarni zakonodavni okvir. Iz tog razloga, iznošenje kritika na račun primjene derivativne tužbe u našem pravnom sistemu zahtijeva posebnu obazrivost. Naime, kada se utvrđuju razlozi zbog kojih derivativna tužba nije toliko korišćena u praksi, treba uvijek imati u vidu da je riječ o pravnom transplantu, koji je u nacionalno pravo vjerovatno uveden u pogrešnom trenutku. Uspješno funkcionisanje derivativne tužbe, kao i svakog drugog transplanta, zavisi kako od zakonske konstrukcije, tako i od realne društvene potrebe za njegovom primjenom.

Imajući u vidu sve navedeno, jasno je da u trenutku kada je derivativna tužba uvedena u naš pravni sistem, nije postojala adekvatna regulatorna infrastruktura koja bi omogućila njenu primjenu u tadašnjem privrednom ambijentu. Sa druge strane, sadašnje zakonsko rješenje, kao i intezivne izmjene u društveno ekonomskom uređenju, predstavljaju solidnu polaznu osnovu za širu implementaciju i afirmaciju ovog, neopravdano zanemarenog, a izuzetno potentnog

³⁵ J. Veličković, op. cit., str. 40-42.

instituta zaštite interesa privrednog društva (i indirektno, njegovih manjinskih članova).

Zaključak

Teritorijalne i temporalne koordinate uslovile su da se okean pozitivnog prava u svojoj evoluciji sve do druge polovine XX vijeka razlije u pet velikih pravnih sistema ili porodica prava (evropsko-kontinentalni sistem, anglosaksonski sistem, šerijatsko pravo, hindu i kinesko pravo) čime je pravni univerzum prava zadobio izgled mozaika sastavljenog od širokog spektra nijansi pravnih kategorija. Ipak, kao proces čija je arhitektura u permanentnom razvoju sa zadatkom da prati ritmiku života, učestale modifikacije i reforme prava su postale njegov immanentan atribut. U tom smislu, komparativni mehanizmi, u kontekstu različitih pristupa, više od pola vijeka ostvaruju svoju svrhu od iniciranja zakonskih reformi do inspirisanja sudija koji u njima mogu pronaći odgovor na probleme za čije rješavanje nacionalno zakonodavstvo ne nudi odgovarajuće rješenje. Pored toga, putevima asimilacije i internacionalizacije uspostavljaju se mostovi povezivanja³⁶, koji dovode do sve većeg približavanja različitih pravnih sistema.

Na tom tragu se uobličavala i pravna transplantacija, kao najilustrativniji primjer konvergencije evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema. Razlog sve veće popularnosti ove tehnike ogleda se u rastućim zahtjevima globalizacije koji su i pravnim sistemima nametnule pretenziju ka univerzalnošću, pa se iz tog razloga pravna transplantacija, sa pravom, smatra izvorom najvećih globalnih pravnih dešavanja. To se naročito odnosi na kompanijsko pravo, kao granu prava koja se pokazala najpodesnijom za kalemljenje stranih pravnih instituta.

³⁶ S., Perović, op. cit., str. 842-843.

Ipak, brojne su i kritike koje se upućuju ovoj tehnici predstavljajući je kao otvorenu prijetnju pravnoj sigurnosti, budući da transplantirani elementi mogu predstavljati „trojanskog konja“ nacionalnom zakonodavstvu. Po njima tako usvojena hibridna rješenja liče na „uzgajanje pomorandže u Sibiru” i takva pravna tranzicija predstavlja „gradnju broda dok plovi u moru”, čime se pravo izlože beskrajnim eksperimentima, jer pravni sistem je jedan operativni sistem koji će urušiti ukoliko mu se nameću protivrječna pravila.³⁷ Imajući to u vidu, u procesu preuzimanja stranih instituta naročitu pažnju treba pokloniti njihovoj kompatibilnosti sa domaćom procesnom kulturom, kako ne bi došlo do nemogućnosti funkcionisanja subjekata u novom pravnom ambijentu, a time i do neefikasnih i neprimjenjivih rješenja. Iz tog razloga, pravna transplantacija zahtijeva filigransku preciznost prilikom preuzimanja stranih instituta u cilju uspostavljanja adekvatne ravnoteže između zahtjeva razvoja sopstvenog pravnog sistema i potrebe za očuvanjem njegovog identiteta.

Summary

The modern universe of law is in many areas exposed to a lesser degree of diversity than in past centuries. In order to intensify development, legal systems are increasingly intertwined in the exchange of advantages and the rejection of disadvantages, even in terms of their most striking characteristics. Gradually bridging the initial gap between different legal systems and their increasingly present convergence can sometimes be reduced to a purely one-way process, especially in the area of company law where European legislators faithfully follow Anglo-Saxon solutions.

³⁷ M., Škuletić, op. cit.

The reason for that is reflected in the achievements of Anglo-American law, on one hand, as well as the needs of European-continental law, on the other hand.

Namely, the intensive development of the financial markets of the USA influenced the fragmentation of Anglo-Saxon legal solutions, which in countless situations served as a model for architects of law on the European continent.

Given the fact that in company law, economic interests have a far more dominant influence than national customs and traditions, as well as the transition from a state-controlled to a market-oriented economy that encompasses most European countries, it is easy to conclude that of all branches of law, company law was most susceptible to the reception of Anglo-Saxon legal institutes. In this way, company law, to a large extent, owes its development to the technique of legal transplantation, which is responsible for the fact that the anatomy of company law around the world has acquired a homogeneous structure.

Key words: legal transplantation, business law, European legal system, common law, fiduciary duties.



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNİK”

ISTORIJAT PRAVNOG ZBORNIKA

Branislav BORILOVIĆ

SJEĆANJE NA Prof. Dr ŽIVOJINA PERIĆA



Jedan od velikih prijatelja crnogorskog naroda svakako je bio i ugledni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu dr Živojin Perić. Crnogorsku pravno-istorijsku misao zadužio je svojim grandioznim djelom „Crna Gora u jugoslovenskoj federaciji“. On je kao niko do tada, isključivo na osnovu naučne aparature, uspio da problematizuje odluke tzv. „Podgoričke skupštine“, ukazujući na niz pravnih nonsensa koji su doveli do gubitka crnogorske državnosti i ponižavajućeg statusa Crne Gore u jugoslovenskoj federaciji.

Ovo kapitalno djelo prvi put je štampano 1940. godine i to u zagrebačkom časopisu „Economist“, serija B, br. 6 (poseban otisak, br 7-9, Zagreb 1940. godine). Zanimljivo je da ovaj rad nije odgovarao srpskom političkom i naučnom establišmentu zbog čega nije mogao biti štampan u Beogradu već, kako smo naveli, u Zagrebu.

Podgorička izdavačka kuća „DOB“ je rad objavila kao monografsku publikaciju 1999. godine sa opsežnom studijom prof. dr Mijata Šukovića. On je Perićevo djelo ocijenio kao jedno od najznačajnijih u odbrani Crne Gore koja je 1918. godine izgubila samostalnost na krajnje problematičan način.

Na samom početku, profesor je ustvrdio da je to prvo izdanje Perićevog rada poslije 59 godina.

Istine radi, moramo reći da je kod nas ovo djelo objavljivano u dva navrata nekoliko godina ranije i to u listovima „Monitor“ i „Liberal“.

Naime, podgorički „Monitor“, u formi feljtona, ovo djelo je objavio 1992. godine, od br. 73-77, a priređivač je bio autor ovih redaka. Dvije godine kasnije, ponovo je objavljeno, ovog puta kao podlistak „Liberala“ i to u broju 23 od 7. V 1994. godine.

Od navedenog je, ipak, važnije da je ovo kapitalno djelo predstavljeno crnogorskoj javnosti i da je o njemu stručno mišljenje dao prof. dr Mijat Šuković. Time je crnogorska pravna misao dobila studiju od neprocjenjive vrijednosti čija argumentovana pravna analiza na najbolji način osvjetljava jedan sporni period crnogorske istorije sa početka 20. vijeka.

Nažalost, i pored neoborivih stavova prof. Perića, utemeljenih u pravnoj nauci, ova studija je prošla dosta nezapaženo u naučnim krugovima na prostoru bivše Jugoslavije, a posebno Srbije. Koliko je bila „skrivena“, bolje reći marginalizovana, najbolje govori podatak da je relevantna naučna literatura ovo djelo citirala samo u jednom slučaju i to davne 1962. godine. Profesor Šuković čak tvdi da je publikaciju posjedovalo svega nekoliko biblioteka u bivšoj Jugoslaviji, što opet govori o njenoj namjernoj zapostavljenosti. Može se, dakle, zaključiti da određenim političkim krugovima, naročito u Srbiji a i Crnoj Gori, nije bilo u interesu da istine koje nosi ova studija izađu na svjetlost dana.

Profesor Perić je rođen u imućnoj seoskoj porodici u Stublinama, opština Ub (Srbija) 3. juna 1868. godine. Još kao dijete pokazivao je veliko interesovanje za školu i obrazovanje, zbog čega je veoma rano otišao od kuće, najprije u Obrenovac, a zatim u Valjevo (prva četiri razreda). U Beogradu je završio V, VI i VII razred, đe je i maturirao 1887. Po svršenom ispitu zrelosti, Perić odlazi u Pariz, upisuje pravne studije koje uspješno završave 1881. godine.

Vraća se u otadžbinu i zapošljava najprije u Ministarstvu finansija, a zatim prelazi u Ministarstvo vanjskih poslova. Nešto kasnije, zaposlenje je našao u sudskoj djelatnosti, đe postaje sudija.

Najzad prelazi u Ministarstvo pravde i postaje njegov sekretar. Godine 1898. izabran je za vandrednog profesora Građanskog sudskog postupka i Privatnog međunarodnog prava na Pravnom fakultetu, odnosno tadašnjoj Velikoj školi. Na toj poziciji ostaje do 01.04. 1901. godine, kada je izabran za redovnog profesora na istoj katedri.

Velika škola, zahvaljujući progresivnom kadru i prof. Živojinu Periću, prerasta 1905. godine u univerzitetsku jedinicu, tj. u Pravni fakultet, đe je „utvrđen“ za redovnog profesora na Katedri za građansko pravo. Na tom fakultetu je pronašao sebe pa je, poput „rimskih pravnika“, iskazao veliko i mnogostruko pravničko znanje, koje je nesebično prenosio na mlade generacije.

Kao poznavalac više evropskih jezika profesor Perić je studentima približavao pravna iskustva evropskih naroda, posebno iz oblasti Građanskog prava i Građanskog-sudskog postupka, kao i iz Međunarodnog privatnog prava. Pravna iskustva velikih zemalja, Njemačke, Francuske, Austrije, Švajcarske, itd, bile su njegove omiljene teme što mu je donosilo kod studentske populacije veliki ugled koji je nesumljivo zavređivao. Zbog svog naučnog i pedagoškog rada i neosporno širokog obrazovanja “Perić se s pravom smatra danas za najvećeg jugoslovenskog privatno-pravnog autora”.¹

Profesor Perić je pored velikog poznavanja pravne nauke, bio zaokupljen i problemom tumačenja prava, pravnih izvora i pravnih evolucija, koje je izučavao na nivou naučno-filozofskih osnova.

¹ Arhiv za pravne i društvene nauke: organ beogradskog Pravnog fakulteta, Beograd, januar/februar, 1938, str 1-36.

Na tom polju je dao veliki doprinos, objavivši više kapitalnih radova: „Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu“, „O školama u pravu“, „Problem pravnih izvora i funkcija zakona“, itd. Takođe je imao velike zasluge za reformu zakonodavstva, pa je kao član Zakonodavnog odbora pri Ministarstvu pravde i tu dao veliki doprinos.

Profesor Perić je objavio veci broj radova, izmedju ostalih i „Predloga zakona privatnog prava i naročito porodičnog, zadružnog i naslednog prava“. Njegova pravnička reputacija ogleda se i u brojnim radovima koje su objavljivali eminentni inostrani časopisi. Više stotina naučnih rasprava i članaka, štampani su na njemačkom, francuskom, engleskom, italijanskom i čehoslovačkom jeziku. Posebno interesovanje pokazivao je i za privatno pravo, javno pravo, kao i filozofiju i sociologiju. Na raznim konferencijama na kojima je bio pozivan, predstavljao je pravnu misao Srbije, čime je na najbolji način pronio slavu svojeg „otečestva“. Polje njegovog interesovanja bila je i politika, pa se kao narodni poslanik zanimao za međunarodne dimenzije parlamentarizma. I ovde je dao značajan doprinos, objavivši niz članaka o političkim problemima (o evropskoj federaciji, dunavskom problemu, odgovornosti za svjetski rat, teškoćama oko političke organizacije Evrope, Društvu naroda, itd.).

Bio je član velikog broja akademija i uglednih pravnih institucija u Srbiji i u Evropi. Između ostalih, bio je član Srpske kraljevske akademije, član Društva za uporedno pravo Francuske, Njemačke i Engleske, član Pravničkog društva Zagreba, član društva „Pravnik“ Ljubljana, počasni član Društva za uporedno zakonodavstvo - Pariz, počasni doktor Pravnog fakulteta u Lionu, počasni građanin Oberurnena - Švajcarska, član Međunarodnog udruženja za pravnu i privrednu filozofiju u Berlinu, član Belgijskog instituta za uporedno pravo, član Međunarodnog instituta za sociologiju - Pariz.

Profesor Perić je objavio više stotina radova, monografija, studija i stručnih članaka i preko 150 prikaza i bilješki. Bio je izuzetno skroman čovjek, pa je ostalo zabilježeno da se usprotivio zvaničnom obilježavanju 70 godina života i skoro 50 godina plodnog rada. Za sebe je govorio: „Malenkost koja ne zaslužuje pažnju”.

Pored pomenute studije „Crna Gora u jugoslovenskoj federaciji”, našu državu je zadužio sa još nekoliko radova. Između ostalog, pisao je o „Položaju stranaca u Crnoj Gori“ (1931. godine), kao i opsegu odštetne dužnosti u „Crnogorskom opštem imovinskom zakoniku” iz 1888. godine. Posebno je analizirao „slučajeve povrede ugovora, a posebice za slučajeve nedopustivih dela posebno člana 541”.

Manje je poznato crnogorskoj javnosti da je uvaženi profesor jedan dio svoje *privatne biblioteke poklonio Udruženju pravnika Podgorica*.² Naime, 11. IV 1937. godine održana je godišnja skupština Udruženja pravnika Podgorice. Tom prilikom, pored donacije prof. Perića, Udruženje je dobilo poklon u knjigama i od beogradskog knjižara Gece Kona, kao i od univerzitetskog profesora Dragoljuba Avramovića.

Prof. dr Živojin Perić je umnogome zadužio crnogorsku pravno-istorijsku nauku. Međutim, može se reći da nije dovoljno zastupljen u crnogorskoj istoriografiji, iako je sasvim sigurno svojim djelima to zasluživao. Zato bi u crnogorskim naučnim krugovima o ovom velikom pravniku i intelektualcu trebalo više govoriti organizovanjem naučnih skupova, okruglih stolova, itd.

Umro je 12. septembra 1953. godine u Oberurnenu, Švajcarska, đe je živio kod svoje kćerke i đe je sahranjen.

² Pravni zbornik, Podgorica, 1937, br 3/6, str. 78/80.

Mr Ivan VUKČEVIĆ ¹

**PRAVNI ZBORNIK U PREGLEDU ŠTAMPE
U CRNOJ GORI
(1834 - 1934)**

Povod za pisanje ovog osvrta jeste reprint izdanje monografije Dušana Vuksana "Pregled štampe u Crnoj Gori 1834-1934", preciznije, zapis o „Pravnom zborniku“ koji je njegov sastavni dio, što nam je svojom izdavačkom marljivošću podarila Narodna biblioteka "Radosav Ljumović" iz Podgorice. Ž

Prvo izdanje Vuksanove knjige štampano je u godini koja je jedna od njenih graničnika (1934) u izdanju Banovinske štamparije "Obod" na Cetinju.

Ovim povodom vrijedi se podsjetiti da je „Pravni zbornik“ glasilo koje ima najdužu tradiciju izlaženja među crnogorskim časopisima (stručnim i uopšte), koju s ponosom nastavljaju današnje generacije pravnika. O tome na pregledan način svjedoče bibliografije i srodne publikacije o istorijatu „Pravnog zbornika“, odnosno više od 500 radova koliko je na njegovim stranicama objavljeno za 87 godina od štampanja prvog broja.

U tim pregledima crnogorskog pravnog stvaralaštva njihovi autori (Petar Stojanović, Milovan Mušo Šćepanović, Nikola Dožić i Mladen Vukčević) su sa različitih aspekata obnavljali sjećanja na brojne autore i teme koji su širili pravnu kulturu na ovim prostorima.

Ciljevi osnivanja „Pravnog zbornika“ istaknuti su u njegovom prvom broju, a sintetizovani su u vizionarstvu uredničkog iskaza, o čemu piše Dušan Vuksan. On je bio pozvan da se bavi i ovom temom, kao savremenik nastajanja „Pravnog zbornika“ i čovjek širokog stvaralačkog angažmana

¹ Doktorant na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu

(istorijska istraživanja, bibliotekarstvo, arhivistika, muzeologija i dr.), Mada mu pravo nije bila ni profesija ni poziv, zadužio je, posebno istorijskopravnu nauku, objavljivanjem brojnih izvora za njena izučavanja. O njegovoj knjizi će Marijan Mašo Miljić, u predgovoru reprint izdanja, zapisati da je ona "ne samo prva, nego naučno i kulturološki nezaobilazna u istoriji crnogorske bibliografije i periodike".

U uvodnim napomenama o Pregledu Vuksan navodi da su u periodu koji je obrađivan (1834-1934) u Crnoj Gori štampane 84 periodične publikacije (kalendari, novine, časopisi, "listovi za narod", "zvanični listovi", "omladinski listovi", almanasi, i jedan "šaljivi list"). Polazeći od pomenute kategorizacije publikacija, on je pojedinačno obradio sva glasila navodeći osnivače, pojedinačne brojeve i njihov sadržaj, da bi na kraju, po pravilu, saopštavao svoje stavove o uređivačkoj koncepciji, kvalitetu tekstova i dometima koje su ostvarili njihovi autori. U tu svrhu Vuksanovi komentari bili su sadržajni, znalački iskazani, a često i veoma oštro intonirani.

U prikazu stručnih listova (str. 124-136) Vuksan ističe da ih je bilo malo (Prosvjeta, Učiteljski list, Trgovački list, Trgovačka riječ i Pravni zbornik) i da se nijesu mogli "duže održati".

Prezentirajući odrednice „Pravnog zbornika” Vuksan navodi da je časopis izlazio u Podgorici, da je prvi broj objavljen jula 1933. a posljednji februara 1934. godine.

Vuksan citira riječi uredništva povodom izaženja prvog broja: "Smatraćemo da smo postigli uspjeh, ako uspijemo, da se raspravama preko „Pravnog zbornika” doprinese pravilnom rješenju makar i nekoliko spornih pitanja iz našeg zakonodavstva, naročito onog, koje važi samo na području Velikog suda u Podgorici. Smatraćemo da smo postigli uspjeh, ako se iznošenjem preko „Pravnog zbornika” utvrde makar i najvažniji pravni običaji, čija se primjena svakodnevno traži kod sudova".

Interesantno je da Vuksan ne navodi drugi uvodni tekst (u prvom broju Zbornika), pod naslovom "Zadaci Pravnog zbornika" čiji je autor Aleksa K. Matanović.

U Matanovićevom tekstu se daje jezgrovit osvrt na (nepovoljno) stanje pravne nauke u Crnoj Gori i, pored ostalog, ističe da pokretanje ovog pravnog časopisa "treba pomoći materijalno i moralno, i uzdići ga na nivo koji pristoji našem društvu".

Težišna Vuksanova ocjena jeste da se "Gisto stručni listovi teško održavaju i u većim narodima, a to je tim teže bilo za Zbornik, koji je bio glasnik samo jednog malog pravnog područja, na kome jedva da ima oko 120 pravnik". Svoje viđenje završava riječima "Da su svi ovi pravnici bili, ako ne saradnici, a ono barem pretplatnici, Zbornik bi se jedva održao, a pogotovo se nije mogao održati, kad, po priznanju urednika, tri četvrtine njih nijesu pomagali svoj organ. Materijalne neprilike udavile su Zbornik. To je na posljetku bila sudbina svih naših časopisa".

Međutim, izlaženje „Pravnog zbornika” krenulo je drugačijim putem od ove Vuksanove konstatacije. Poslije prekida u izlaženju „Pravni zbornik” je u međuratnom periodu nastavio sa izlaženjem, nošen entuzijazmom poslenika pravničkog poziva. Tako je i danas, časopis izlazi, uprkos nepostojanju stalnih izvora finansiranja.

Predašnji osvrt na Vuksanov prikaz „Pravnog zbornika”, bio je povod da se prisjetimo jedne etape u njegovom trajanju, ali i podržimo sve one koji danas ulažu napore da se tradicija izlaženja ovog glasila nastavi.



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNİK”

PRIKAZI

Dr Branislav RADULOVIĆ¹

Prikaz:

KOMENTARA ZAKONA O RADU

autora

dr Vesne Simović-Zvicer

Zakon o radu, kao sistemski zakon u oblasti radnih odnosa objavljen je u „Službenom listu Crne Gore“, broj 74/19, od 30. 12. 2019. godine, a stupio je na snagu 07. 01. 2020. godine. Usvajanju zakona su prethodili višegodišnji pregovori u okviru radne grupe čija koordinatorka je bila dr Vesna Simović-Zvicer. Kao profesorica radnog prava, kako je i sama navela u predgovoru Komentara Zakona o radu, osjećala je profesionalnu obavezu da pomogne u primjeni novog zakona, imajući u vidu da su novim zakonom predviđena značajno drugačija rješenja u pogledu uređivanja velikog broja radnopravnih instituta.

Komentar Zakona o radu je pisan na standardnom crnogorskom jeziku. Međutim, autorka je u znak poštovanja prema jezicima u službenoj upotrebi, uvodnu riječ objavila i na srpskom, bosanskom, albanskom, hrvatskom ali i na romskom jeziku (koji nije u službenoj upotrebi, ali se Crna Gora obavezala Evropskom poveljom o regionalnim ili manjinskim jezicima da kao manjinske jezike štiti albanski i romski).

Komentar je zasnovan na sistematskom tumačenju normi, ali i na logičkom i ciljnom tumačenju. Poseban kvalitet komentaru daje činjenica da je autorka rješenja koja su

¹ Predsjednik Udruženja pravnika Crne Gore i predavač na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediterran“

sadržana u Zakonu o radu dovela u vezu sa rješenjima iz drugih zakona koji, kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o radu, uređuju na drugačiji način pojedine radnopravne institute. Da je autorka svaki radno-pravni institut nastojala da objasni na cjelovit način potvrđuje i spisak zakona koje je koristila prilikom izrade komentara. Posebno važno za pravne praktičare je to što je autorka obradila i relevantnu sudsku praksu koja se odnosi na radno-pravne institute koji su predmet ovog zakona, kako evropsku (Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije), tako i praksu Vrhovnoga suda Crne Gore.

Osim toga, dr Simović-Zvicer je dala i odgovore na neka pitanja koja će se izvjesno pojaviti u praksi povodom primjene pojedinih zakonskih rješenja, što sve ukazuje da Komentar Zakona o radu predstavlja važan priručnik za primenu novih zakonskih rešenja.

Komentar je podijeljen u XV cjelina, koje prate poglavlja u Zakonu o radu. Pri tome, u svakoj od njih (osim XIV u kojoj su nabrojane kaznene odredbe), autorka je imala isti metodološki pristup. Osim kratkog teorijskog pristupa koji se odnosi na bitna obilježja pojedinih radnopravnih instituta, poslije svakog člana je dat njegov komentar. Posebno je važno naglasiti da je autorka nastojala da ukaže na moguća pitanja koja se mogu pojaviti u praksi u vezi sa primjenom zakonskih rješenja. U tom smislu, pravnicima praktičarima je značajno olakšala primjenu zakona – na način što je postavljala pitanja koja se mogu pojaviti u praksi, a nakon toga i njeno mišljenje – kako bi se u konkretnom slučaju pravna norma mogla ili trebala primijeniti.

U prvom poglavlju obrađene su osnovne odredbe u zakonu, koje se odnose na predmet zakona, pojam radnog odnosa i značenje pojedinih izraza koji se koriste u zakonu – a koje je zbog njihovog značaja za bolje razumijevanje odredbi zakona i autorka detaljno obrazložila, kao i na odnos između

zakona, kolektivnog ugovora i ugovora o radu – koje je za pravne praktičare izuzetno važno pitanje.

Osim toga, ukazala je i na osnovna prava i obaveze koja su detaljnije obrađena u drugim poglavljima zakona. Među tim obavezama je posebnu pažnju posvetila obavezi poslodavca koji zapošljava više od 10 lica da donese akt o sistematizaciji, kao i na obavezu zaposlenog da u roku od tri dana od promjene adrese o tome obavijesti poslodavca – što je od posebnog značaja za institut dostavljanja – koji je regulisan u okviru poglavlja XIII. Posebnu pažnju autorka je posvetila zabrani diskriminacije i drugim nedozvoljenim ponašanjima na radu, pri čemu je detaljno obrazložila elemente i osnove diskriminacije, razliku između neposredne i posredne diskriminacije, te ukazala na relevantne slučajeve iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije, koji dodatno treba da pomognu primjeni ovih instituta u praksi.

U drugom poglavlju su obrađene zakonske odredbe koje se odnose na zasnivanje radnog odnosa, kao što su: uslovi, smetnje, postupak zasnivanja radnog odnosa, sadržina i vrste ugovora o radu. Posebna pažnja je posvećena institutu javnog oglašavanja slobodnih radnih mjesta – koji je novina u Zakonu o radu, jer se obaveznost javnog oglašavanja odnosi na poslodavce u tzv. „javnom sektoru”, dok je za poslodavce u „privatno sektoru” to predviđeno kao mogućnost.

Pored navedenog, autorka je detaljno obrazložila rješenja koja se odnose na aneks ugovora o radu, kao i institut privremenog ustupanja zaposlenih preko agencija. Za pravne praktičare posebno će biti od značaja mogući načini primjene ugovora o radu na određeno vrijeme i odredbi zakona koje se odnose na ustupanje zaposlenih preko agencija, jer autorka daje prijedloge na koji način se ova dva instituta mogu primijeniti u praksi, a sve kako bi se izbjegli pravni sporovi.

Treće poglavlje je u sadržinskom smislu najobimnije, pa samim tim obuhvata najveći broj strana u komentaru. U okviru ovog poglavlja obrađena su individualna prava iz radnog odnosa, i to: pravo na ograničeno radno vrijeme, odmori, odsustva, mirovanje prava i obaveza iz radnog odnosa, zarada, naknada zarade, osposobljavanje i usavršavanje zaposlenih, ali i zaštita prava zaposlenih kod promjene poslodavca. Ovo poglavlje ima poseban značaj za pravne praktičare i zbog velikog broja novina koje su sadržane u Zakonu o radu. U tom smislu, poseban kvalitet komentara ogleda se u velikom broju slučajeva iz prakse Suda pravde Evropske unije, koje autorka navodi i na taj način pojašnjava zakonska rješenja koja za one čitaoce koji nemaju iskustva u oblasti radnih odnosa mogu biti teško razumljiva. To je posebno karakteristično za rješenja koja se odnose na institut „radno vrijeme”, koji u odnosu na ranije važeća rješenja sadrži mnogo novina – koje su rezultat usklađivanja sa standardima Evropske unije.

Posebno poglavlje posvećeno je zaštiti zaposlenih u slučaju stečaja. U okviru ovog poglavlja, autorka pojašnjava koja prava iz radnog odnosa i pod kojim uslovima zaposleni može ostvariti u slučaju da mu potraživanja nijesu namirena iz stečajne mase. U sljedećem, petom poglavlju, koje se bavi opštom i posebnom zaštitom na radu, posebnu pažnju privlače odredbe koje se odnose na pomirenje profesionalnih i porodičnih obaveza. U tom kontekstu autorka ukazuje na novine koje se odnose na zaštitu trudnica, kao i na pravila koja se odnose na ostvarivanje prava na porodijsko, roditeljsko i hraniteljsko odsustvo.

U šestom poglavlju autorka se bavi zaštitom prava zaposlenih u postupcima pred Agencijom za mirno rješavanje radnih sporova, Centrom za posredovanje i sudom. Posebno pojašnjava obavezu prethodnog mirenja u sporovima povodom povrede prava, koje u skladu sa novim zakonskim rješenjima predstavlja procesnu pretpostavku za pokretanje postupka pred sudom.

U sedmom poglavlju obrađene su disciplinska i materijalna odgovornost zaposlenih, dok je u osmom poglavlju obrađen institut „prestanak radnog odnosa”. Pored prestanka radnog odnosa po sili zakona i sporazumom, obrađen je otkaz ugovora o radu. U tom smislu, posebnu važnost imaju rješenja koja se odnose na kolektivno otpuštanje – koja su usklađivana sa standardima Evropske unije, a koje je autorka detaljno obrazložila.

Deveto i deseto poglavlje posvećeni su kolektivnim pravima zaposlenih. Autorka se najprije bavi kolektivnim pregovaranjem, sadržinom i vrstama kolektivnih ugovora, kao i subjektima koji se u skladu sa Zakonom o radu pojavljuju kao potpisnici kolektivnih ugovora. Nako toga, u desetom poglavlju se bavi pravom na sindikalno organizovanje, obavezama koje poslodavac ima u pogledu ostvarivanja ovog prava, kao i posebnom zaštitom sindikalnih predstavnika.

U jedanaestom poglavlju obrađene su posebne vrste ugovora, koje u skladu sa zakonom o radu predstavljaju forme rada van radnog odnosa, i to: ugovor o privremenim i povremenih poslovima, ugovor o radnom angažovanju u obrazovnim ustanovama i dopunski rad.

U dvanaestom poglavlju obrađene su odredbe koje se odnose na radnu knjižicu, dok se trinaesto i četrnaesto poglavlje bave nadzorom nad primjenom zakona i sadrže pregled kaznenih odredbi. U petnaestom poglavlju pojašnjene su prelazne i završne odredbe, u okviru kojih posebnu važnost imaju odredbe koje se odnose na odloženu primjenu pojedinih zakonskih normi, kao i na obavezu usaglašavanja kolektivnih ugovora i opštih akata poslodavca sa Zakonom o radu.

Na kraju komentara dat je pregled korišćene literature, iz koje se može zaključiti da je autorka koristeći kako bogatu opštu literaturu, tako i veliki broj zakona i drugih propisa i slučajeva iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde Evropske unije i Vrhovnog suda Crne Gore, što ukazuje da je svaki institut nastojala da približi kako s teorijskog, tako

i s praktičnog aspekta – što sveukupno potvrđuje kvalitet komentara.

Na kvalitet komentara ukazuju i recenzije koje su sadržane u posljednjem dijelu komentara, a koje su dali eminentni poznavaoči radnopravne materije: Prof. dr Teodor Kalamatiev, redovni profesor na predmetu Radno pravo na Univerzitetu Kiril i Metodije u Skoplju i prof. dr Senad Jašarević, redovni profesor na predmetu Radno pravo – na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

In memoriam

MIODRAG LATKOVIĆ

(1951-2020)

„Život izjednačava ljude, a smrt otkriva istaknute“
(B. Šo)

Tužno je odjeknula vijest da je Atropa, jedna od tri suđaje ljudskih sudbina, šćeri božanskih Temide i Diva, presjekla nit života Miodraga Latkovića, 01.01. i sahranjenog 03.01.2020., u krugu porodice, koga pridivkom Late nazivahu.

Stari antički narodi kazivali su „sve je u imenu“ - nomen est omen, i da su naša imena naša znamenja.

U imenu Miodrag bitisala je istinska duševnost i dobrota nagrađena simpatijom svih socijalnih slojeva i uzrasta – In magna gratia esse, prema čovjeku istinske otmenosti, uzvišene duhovnosti, kristalne čestitosti, umjetničkog dara, vrhunskog, po kreaciji viteškog agona, sportiste, legende muzičkih pravaca svoga vremena, slikara potvrđenog talenta i ostvarenja i osobe široke humanističke erudicije i vrsnog stručnjaka jurističkih znanosti, a u pridivku Late (lat – širok, krila, prsi, duhovna snaga), obitavala je sama suština njegove ličnosti koja je oblikovala njegovu osobenu i neponovljivu i autentičnu individualnost koja je isijavala porukama: Vrlina se ne rađa iz blaga, nego blago iz vrlina; Srećan nije onaj koji ima, nego onaj kojemu ništa ne treba; Da je važnije biti nego imati, da svijet poznaje samo onaj ko se usudi da ga mijenja; Da je cilj organizovanog društva da ostvari carstvo ljudskih svrha u traženju za ljudskom srećom i traganju za ljudskim blagodetima, a po Fihteovom načelu: Bivstvo – to je drugi - pod suncem postojimo da bi smo usrećili druge.

Latković je smatrao da nauka i umjetnost moralizuju, kultivišu i civilizuju, a da sama kultura i civilizacija, *eo ipso*, ne moralizuju, da je um povjerenje u sopstvene snage i zbiljsko iskustvo (Jaspers) da ontologija nije nauka o istini nego o filozofiji i etici njenog otkrivanja i ostvarenja, da je čovjek umno biće i mora se tretirati kao cilj i isključiva svrha jer je on kao autonomno biće nosilac moralnog zakona (Kant), da samo čovjek može biti tuđa sila nad ljudskom slobodom, a ne bog ili priroda (Marks). Ka tim svrhama, smatrao je naš dragi Late, vječni sjaj svjetiljki da je ljudski rad oslobođen od alijenacije i eksploatacije, a da njen plamen održava misao o ideji prema kojoj će civilizacija umjesto sili pokoravati se pravdi, moć zamjeniti svijetlošću i ljudskošću, a prinuda slobodom. On je pri tome držao, prirodnim instrumentom dostojanstva, kritičko mišljenje, kao pretpostavku čovječnosti, jer je čovjek ljudsko biće, samo u mjeri u kojoj se kritički odnosi prema društvu, sebi i drugim ljudima, a koje kao kritičko rasuđivanje prodire do same biti pojava i fenomena, vođen Kantovim načelom *saper aude* - upotrijebi svoj razum, kao umnog principa kretanja oko sebe i svog zbiljskog sunca kako bi predrasude i zablude kao iluzorno sunce bile zamjenjene zbiljskom svijetlošću. Tim putevima ljudsku zajednicu treba da usmjeravaju nauka, znanje, prosvijećenost i etika, što treba bezdne mračne da osvijetle, jer je ljudsko znanje dijete što sa morske obale gleda na veliki okean istine (Njutn). Latkovićeve *vita activa* - djelatni život, kroz *vita contemplativa* - rasuđivanje, izrastao je do *vis creativa* - duhovna snaga, bio je usmjeren ka usavršavanju ljudske prirode, jer je dijelio Fihteovu tezu da čovjek kao biće nije ono što jeste, nego ono što treba da bude. Smatrao je vrline istine i pravde kao jedinstveno biće, jer istina je pravda u znanju, a pravda istina u ljudskom djelanju.

Rođen je 04.10.1951. na Cetinju, od oca Đoka, nosioca Partizanske spomenice 1941. od kojeg je naslijedio osobine hrabrosti, istinoljubivosti i pravednosti i majke Marije, rođ.

Prijijić (sestre velikog crnogorskog akademskog slikara Aleksandra Prijića), od koje je naslijedio umjetnički, likovni i muzički dar, blagorodnost i toplinu. Gimnaziju i Pravni fakultet završio je u Titogradu, da bi nakon položenog pravosudnog ispita postao zamjenik Osnovnog, a potom zamjenik Višeg tužioca, ministar pravde u Vladi Crne Gore (1995-1997), sudija Ustavnog suda Crne Gore i zamjenik Vrhovnog državnog tužioca Crne Gore.

Važio je za izuzetnog poznavaoa samoniklih ustanova crnogorskog običajnog prava, i osobenih vrijednosti crnogorskog državno-pravnog subjektiviteta utemeljenih na konfudaciji autonomnih pravnih i moralnih normi koje emaniraju suštinu ljudske zajednice kroz praiskonske ljudske blagodeti – slobodu, jednakost i pravdu, što je po drugi put ostvareno, smatrao je on, u najvećem datumu ljudske istorije – 13-julskom ustanku (1941.) koje je ujedinilo trojstvo oslobodilačke, nacionalne i socijalističke revolucije, čije su tekovine emanirale u ideji društvenog samoupravljanja kao najvišem stupnju kretanja duha ka ideji slobode (Hegel).

Poznavajući druga Latkovića, još iz gimnazijskih dana, i imajući čast da mu budem najbliži saradnik, tokom mandata crnogorskog ministra pravde (pravosuđe i javna uprava), podsjećam javnost na njegovu kolosalnu ulogu da artikuliše istorijsku svijest, kroz ideju i koncepciju, obilježavanjem državnog jubileja: 200-godišnjice moderne crnogorske državnosti (1796-1996) - donošenje Stege, prvog pisanog državno-pravnog dokumenta ustavnog značaja, kao ugaonog kamena moderne crnogorske državnosti, i temeljnika njene bogate ustavno-pravne i državne tradicije, i u isto vrijeme, velikih bitaka crnogorskog junaštva za voljnost i slobodu protiv najmoćnije imperije u ljudskoj povjesnici, Otomanske Turske – bitke na Martinićima i Krusima. Ovaj državni jubilej verifikovan odlukama Vlade Crne Gore, nakon prethodnih naučno-istorijskih elaboracija, obilježen je nizom manifestacija koje je iniciralo ministarstvo pravde po idejnom prijedlogu i

sveobuhvatnoj koncepciji samog ministra Latkovića, a sve u periodu oktobar/novembar 1996: naučni skup *Martinići, Stega, Krusi* (Podgorica), izložba pravno-istorijskih dokumenata iz crnogorskih riznica, (Vladin dom, Cetinje), promocija fototipskog izdanja Stege u 99 primjeraka štampanom u najvišem dometu grafičkog dizajna, na kojoj je besjedu održao gospodin Latković (Vila Gorica, Podgorica, besjeda objavljena u časopisu Pravni zbornik 1-2, 1996), otkrivanje obeliska kao spomen obilježja Bitke na Martinićima, otkrivanje obeliska kao spomen obilježja Bitke na Krusima, rad na izradi petotomne publikacije o crnogorskim pravno-istorijskim dokumentima 1796-1996 i završna *Svečana državna akademija* na Cetinju u „Kraljevskom pozorištu Zetski dom“. Sve događaje vjerno i autentično propratio je dnevni list Pobjeda. Naglašavam, da je gospodin Latković, lično predložio, a državni Odbor jubileja, kojeg je obrazovala Vlada Crne Gore, prihvatio Latkovićev izbor tekstova urezanih na obeliscima spomen obilježja na Martinićima i Krusima. Treba istaći da je ova državna manifestacija, koju je akademik R. Pajović nazvao kulturnim događajem godine (Monitor, 03.01.1997.), bila, zahvaljujući gospodinu Latkoviću, veliki i snažni vjetar u jedra afirmaciji crnogorskog državnog i nacionalnog identiteta, na putu obnove njene nezavisnosti na referendumu 21.05.2006., što je gospodin Latković doživio kao ostvarenje svog životnog cilja.

Tribini svog javnog uma priložio je više priloga objavljenih u stručnoj periodici, a ođe ističemo njegov izuzetno značajni, neobično zanimljivi, lucidno obrazloženi referat, sa nazivom „Pod znamenjem sveopšteg barjaka“, prezentiran na naučnom skupu u vidu okruglog stola: Nezavisnost Crne Gore – put ka demokratskom razvoju, u organizaciji Udruženja pravnika Crne Gore, 27.04.2006., na kojem je usvojena Deklaracija ove strukovne asocijacije pravnika o nezavisnosti Crne Gore i njenom međunarodno-pravnom subjektivitetu, a svi naučni referati sa dokumentima objavljeni su u

specijalnom izdanju Pravnog Zbornika, koji je uz dnevni list Pobjeda, poklonjen čitaocima u tiražu od 15.000 brojeva.

„Za drugoga živi čovjek, čestit i pravedan, a kome se srce na dobitak lakomi, taj domovini nije od koristi, pa takvomu trag zamesti neće vrijeme“ (Euripid). Naprotiv, taj trag, sve će sjajni u vjekovima biti dublji, pogotovo za čovjeka kakav je bio Latković, kod koga je „svako znanje pamet kitila njegovu“ (Sofokle).

dr Čedomir Bogićević

In memoriam

DR RADOJE PAJOVIĆ

(1934-2019)

Drugog juna, navršila se godina dana otkako je u vječnost zakoraćio, u 85-oj godini života dr Radoje Pajović, akademik DANU, znameniti Crnogorac, poznati istoričar, dragi drug i prijatelj, izuzetan čovjek i patriota, vrsni znalac i intelektualac, uzorna i snažna moralna ličnost, koja je svojim životom i djelom zaslužila mjesto među crnogorskim velikanima našega doba. Otišao je naučnik i istraživač velikog ugleda, poštovan i u svojoj zemlji i u inostranstvu, objektivan i etičan, demokrata i antifašista suverenista - borac za slobodu i suverenost Crne Gore.

Radoje Pajović je rođen 14. aprila 1934. godine u Drenovštici, živio u Tunjevu i Podgorici. Imao je ratno i poratno djetinjstvo, majka mu je rano umrla, a sazrijevaao je uz oca Iliju, u partizanima, uz braću, sestre i maćehu Ljubicu, u obnovi i izgradnji zemlje.

Osnovnu školu je završio u rodnom mjestu, gimnaziju u Nikšiću, Filozofski fakultet, na Katedri za istoriju, u Beogradu 1957., na kojoj je i doktorirao 1970. godine. U arhivu CK Saveza komunista Crne Gore radio je godinu dana, a potom je u Istorijskom institutu Crne Gore proveo cijeli radni vijek, od 1958. do odlaska u penziju (1997).

Kao naučnik i istraživač, bavio se uglavnom savremenom istorijom, Drugim svjetskim ratom, ali se kasnije njegova naučnoistraživačka sonda spustila do najdubljih slojeva crnogorske prošlosti, po vertikali: Duklja – Zeta - Crna Gora.

Samostalno ili u koautorstvu objavio je dvanaest knjiga, koje su izdržale test vremena i kasnija saznanja, od kojih su

posebno u naučnim krugovima cijenjene “Kontrarevolucija u Crnoj Gori - četnički i federalistički pokret” (1977) i “Pavle Đurišić - kontroverzni četnički vojvoda”, dopunjeno i prošireno izdanje (2005), te Crna Gora kroz istoriju (2005).

Koautor je i saradnik 19 posebnih izdanja: Narodnooslobodilačka borba u Crnoj Gori; Hronologija događaja (1963); Žene Crne Gore u revolucionarnom pokretu-1918-1945 (1969); Žene Jugoslavije u borbi (1972); Crna Gora(Beograd 1976); Ustanak i revolucija naroda i narodnosti Jugoslavije (1977) i Hronologija revolucionarnog pokreta Jugoslavije 1941-1945 (1981); Crna Gora - opšta monografija. Uvodni dio- Crna Gora kroz istoriju (Beograd-Podgorica 2003); Podgorica-opšta monografija. Istorijski razvoj (2003); Beranemonografija (2009); Nikšić pod zastavom slobode 1941-1945 (2002); Blažo Jovanović u svom vremenu (2005); Stvaranje Titove Jugoslavije, tekstualni dio TV serije u 23 epizode (Rijeka 1986); Crna Gora pred izazovima budućnosti (1996); Bitka za Crnu Goru- zbornik radova sa naučnog skupa povodom 200-godišnjice bitaka na Martinićima i Krusima (1998); Međunarodno priznanje Crne Gore (1998); Božićni ustanak 1919 (2007); Rovačka republika (2001) i Saradnja četnika sa okupatorom u Crnoj Gori 1941-1945 (1996).

Priredivač je i urednik preko 20 knjiga: Otpor u žicama. Zbornik sjećanja (1969); Durmitorska partizanska republika. Zbornik radova (1979); Peta proleterska brigade. Zbornik sjećanja, Knj.3 (1981); Jugoslavija 1941. Zbornik radova (1982); Radnički pokret, NOR I revolucija u Boki Kotorskoj (1983); Blažo Jovanović: izabrani radovi, Knj. 1-3 (1983); Deseta crnogorska narodnooslobodilačka udarna brigade (1984); Prelomni događaji Narodnooslobodilačkog rata u Crnoj Gori 1943. Zbornik radova (1985); Kolašinski četnički zatvor 1942-1943. Zbornik radova (1987); Zatvori I logori uBoki Kotorskoj I Bokelji u zatvorima I logorima van Boke 1941-1945. Zbornik radova (1987); Revolucionarni pokret u Cetinjskom srezu 1919-1945. Zbornik radova (1988) i td.

Napisao je i objavio veliki broj članaka, rasprava, oglada, feljtona, enciklopedijskih jedinica, kao i brojne naučno-popularne tekstove u novinama i sličnim publikacijama, te recenzija i drugih tekstova.

Vrijedna pažnje je i činjenica da je njegov posljednji tekst za života objavljen u "*Pravnom zborniku*", (br.02/2019) pod nazivom „O uzrocima božićnog ustanka 1919. godine i nekim terminološkim određenjima“ kao izlaganje na naučnom skupu "Korijeni i posljedice crnogorskih podjela u svijetlu 100 godišnjice Božićnjeg ustanka", koji je organizovalo Udruženje pravnika Crne Gore, 15.01.2019. godine.

Učestvovao je na naučnim skupovima, bio član više redakcija uglednih časopisa, urednik edicija, član raznih stručnih i naučnih savjeta i drugih tijela na nivou Crne Gore i Jugoslavije. Takodje je učestvovao u realizaciji više velikih stručnih i naučnih projekata kao što su Istorija SKJ i Istorija SK Crne Gore...itd.

Bio je predsjednik Društva istoričara Crne Gore i član Predsjedništva Saveza istoričara Jugoslavije, kao i član brojnih stručnih komisija, odbora i savjeta. Dobitnik je nekoliko vrijednih nagrada, priznanja i odlikovanja. Posebno ističem Trinaestojulsku nagradu za nauku (1978), Nagradu Oslobođenja Titograda (1977), Povelju za doprinos razvoju historiografije (1987), Orden rada sa zlatnim vijencem, Orden rada sa srebrnim vijencem (1987), Zlatnu plaketu Saveza rezervnih vojnih starješina SFRJ itd.

Dr Radoje Pajović je za 40 godina rada u Istorijskom institutu Crne Gore dao veliki doprinos toj naučnoj ustanovi, jednoj od članica Univerziteta Crne Gore, ali i crnogorskoj historiografiji uopšte.

Pajović je jedan od utemeljivača i osnivača Dukljanske akademije nauka i umjetnosti, Matice crnogorske, Crnogorskog PENA i drugih autentičnih crnogorskih ustanova, u teškim vremenima.

Borio se i pisao o statusu i problemima Crnogorske pravoslavne crkve. Sarađivao je i pisao u više crnogorskih i jugoslovenskih novina i časopisa.

Njegov doprinos, kao naučnika je veliki i trajan, a njegov lični i društveni angažman ogroman i nemjerljiv, iako to nije nikada isticao. Istrajno se i neumorno borio za istinu o crnogorskoj prošlosti, protiv brojnih posvajanja i prisvajanja crnogorske istorije, neistina i falsifikata, a za afirmaciju crnogorskog nacionalnog i državnog bića, crnogorskog identiteta, duhovnosti i kulture. Svim srcem i svom dušom borio se da Crna Gora nakon raspada Jugoslavije povрати svoju izgubljenu državnu nezavisnost.

Devedesetih godina, sada već prošlog vijeka, uključio se u opšternogorski pokret, koji su predvodile suverenističke partije i nezavisni intelektualci, svjestan da u današnjim okolnostima, borba za Crnu Goru traje uvijek i iznova. Bio je protiv pokušaja revizije istorije, što se dešava u potonje vrijeme. Zato i za njega važi ona latinska *Semper idem*-uvijek isti, i kao takav je cijenjen i od stručnjaka i laika, naučnih autoriteta, kao objektivni istraživač, tumač i analitičar, svuda rado viđen i priman, čak i kod neistomišljenika. Ali sve to ne bi postizao bez podrške svoje porodice, prije svega supruge Ljilje, sa kojom je imao srećan brak, i svoje ćerke Tanje i sina Nevena (Nina).

Njegov odlazak danas je veliki gubitak, ne samo za njegovu porodicu, nego i za sve nas koji smo ga poznavali, voljeli, drugovali i radili sa njim. Ali ostaje njegovo naučno djelo, kao čvrst oslonac i putokaz. „A prestati živjeti, ne znači umrijeti“, rekao je neko.

Sveti Petar Cetinski je govorio: „Lako je živjeti za života, teško je živjeti poslije smrti.“ Osim njegovog naučnog djela ostaje njegova porodica, njegovo časno ime i trajan pomen. On je sve svoje – ime i prezime, cijelog sebe, priložio na oltar istine i Crne Gore, u riznicu ljudske dobrote.

Zato neizmjereno hvala dr Radoju Pajoviću, za sve što je činio za svoju zemlju i narod, hvala mu na mudroj riječi, na njegovom časnom imenu i djelu koja ostaju i poslije njegovog odlaska, kao moralno i naučno zavještanje.

Marijan Mašo MILJIĆ

U P U T S T V O
AUTORIMA ZA OBJAVLJIVANJE TEKSTOVA U
ČASOPISU ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNİK”

Autori koji dostavljaju tekstove redakciji časopisa za pravnu teoriju i praksu “Pravni zbornik” treba da ispune sljedeće normative prilikom izrade teksta:

1. Radove kucati sa dovoljno margine, proredom – 28 redova po stranici. Ukoliko je tekst rađen u elektronskoj formi, koristiti font – Bookman Old Style 12.

2. Obim teksta:

- 2.1. za članke do 25 stranica,
- 2.2. za ostale priloge do 15 stranica,
- 2.3. za prikaze, osvrte i druge priloge do 10 stranica,
- 2.4. za rubriku In memoriam – jedna stranica.

3. Tekstovi se objavljuju na crnogorskom jeziku, kao i na jezicima koji su u službenoj upotrebi u Crnoj Gori (srpski, bosanski, albanski i hrvatski). Na kraju teksta neophodno je uraditi i priložiti rezime na engleskom ili francuskom jeziku. Obim rezimea ograničen je na jednu stranicu.

Ukoliko autor insistira na objavljivanju članka na nekom od stranih jezika, dužan je dostaviti rezime na crnogorskom jeziku.

4. Rukopise dostavljati najmanje u jednom primjerku i u elektronskoj formi (CD, e-mail...) na e-mail adresu Glavnog i odgovornog urednika dr Branislava Radulovića - upcg.cg@gmail.com

Radove slati uz dostavljanje sljedećih podataka: ime i prezime autora, zvanje, mjesto rada i broj kontakt telefona.

5. Manuskripti i digitalni zapisi se ne vraćaju.

6. Fusnote unositi na dnu stranice na kojoj se nalaze, vidno odvojene od ostalog teksta. Fusnote obilježavati arapskim brojevima.

7. Ukoliko se u radu jedno djelo istog autora citira u više fusnota koje nijesu neposredno jedna iza druge, iza imena autora, drugi i svaki naredni put upotrijebiti skraćenicu „op.cit” i početna slova naslova citiranog dijela. Ukoliko se jedan rad istog autora citira u fusnotama koje slijede jedna iza druge, poslije prvog navođenja podataka o autoru i radu upotrijebiti skraćenicu „Ibid”.

8. Citiranjem treba obuhvatiti: ime i prezime autora, naziv djela, mjesto i godinu izdavanja djela, naziv izdavača ili naziv glasila i broj citirane strane.

9. Citiranje sudskih odluka treba da sadrži: vrstu odluke, broj i datum, naziv suda.

10. Sudska praksa treba da sadrži izvedenu sentenciju sa kratkim obrazloženjem uz navođenje suda, broja i datuma odluke.

11. Dostavljanje rukopisa koji sadrži autorski prilog smatra se ponudom autora, a objavljivanje teksta prihvrat od strane izdavača.

12. Redakcija časopisa „Pravni zbornik” zadržava pravo korekture teksta.

Štampanje „Pravnog zbornika” pomogla je:



Ambasada SAD u Podgorici
– Biro Stejt Dipartmenta za borbu protiv medjunarodne
trgovine drogom i sprovodjenje zakona (INL)

Autori zadržavaju svoja prava.
Neovlašćeno predstavljanje, snimanje, umnožavanje, stavljanje
u promet ili drugim nezakonitim načinom iskorišćeno autorovo
djelo podliježe građanskoj i krivičnoj odgovornosti

CIP – Katalogizacija u publikaciji
Centralna narodna biblioteka Crne Gore,
Cetinje

34

ПРАВНИ зборник: часопис за правну
теорију и праксу / главни и одговорни
уредник Бранислав Радуловић. – Год. 1, бр.1
(1993) - Подгорица, (Новака Милошева бб) :
Удружење правника Црне Горе (Подгорица :
Побједа).– 24 цм

Два пута годишње.
ISBN 0350-6630 – Правни зборник
COBBIS.CG-ID 015934978

