

ISSN 0350-6630

PRAVNI ZBORNIK

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

2 / 2016



UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE

PRAVNI ZBORNİK

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

Časopis „Pravni zbornik“
počeo je sa izlaženjem 1-vog jula 1933. god. i izlazi do 1941. god.
Ponovo počinje da izlazi od 1961. 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 Bogićević (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) II sprat
81000 Podgorica

ŽIRO RAČUN / Bank account

5503675-19 Podgorička banka AD Podgorica

KOMPJUTERSKA OBRADA

Technical editing

„Pobjeda“ a. d.

ŠTAMPA / Print

„Pobjeda“ a. d.

TIRAŽ / Circulation

300

PRAVNI ZBORNIK

LAW REPORTS

Izdavač
Publisher

UDRUŽENJE PRAVNIKA CRNE GORE
Association of jurists of Montenegro

Glavni i odgovorni urednik
Editor in chief
dr Branislav Radulović

UREĐIVAČKI ODBOR
Associate editors

akademik Mijat Šuković,
dr Čedomir Bogičević, 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 Bojan Božović, mr Jelena Jovanović

Sekretar redakcije
dr Nikola Dožić

PRAVNI ZBORNIK
ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

br. 2/2016
Podgorica, decembar 2016

S A D R Ź A J

ČLANCI

Teorija prava

Doc. dr Marko DOKIĆ
NEGATIVE AND POSITIVE FREEDOM 15

Međunarodno privatno pravo

Doc. dr Biljana DAMJANOVIĆ
**ODBIJANJE PRIZNANJA STRANE ARBITRAŽNE
ODLUKE PONIŠTENE U DRŽAVI PORIJEKLA –
OBAVEZA ILI MOGUĆNOST 29**

Međunarodno javno pravo

Doc. dr Ivana JELIĆ
**EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I UN KOMITET
ZA LJUDSKA PRAVA: KONVERGENCIJA PRIMJENE
MEĐUNARODNOPRAVNIH STANDARDNA ZAŠTITE
LJUDSKIH PRAVA?..... 39**

Doc dr Miloš VUKČEVIĆ
EVROPSKO JAVNO TUŽILAŠTVO..... 53

Krivično pravo

doc dr Vesna RATKOVIĆ

**SPROVOĐENJE KONVENCIJE SAVJETA EVROPE O
SPRJEČAVANJU I BORBI PROTIV NASILJA NAD ŽENAMA
I NASILJA U PORODICI, POTREBA PREDUZIMANJA
PREVENTIVNIH I REPRESIVNIH MJERA 69**

Radno pravo

Doc. dr Vesna SIMOVIĆ ZVICER

**PROFESIONALNO OCJENJIVANJE
RADA SUDIJA U CRNOJ GORI.....105**

Međunarodno krivično pravo

Prof. dr Branko VUČKOVIĆ

Prof. dr Vesna VUČKOVIĆ

**RATNI ZLOČINI -ZAKONSKI OKVIR
I STRATEGIJA BORBE..... 125**

Finansijsko pravo

Prof.dr Damjan ŠEČKOVIĆ

NOVČANA FUNKCIJA ZLATA 147

PRILOZI

mr Denis VUKOTIĆ

**MJERA TAJNOG NADZORA – PRIKRIVENI
ISLJEDNIK I SARADNIK 159**

Mr Miloš BOŠKOVIĆ

**DA LI USVAJANJE PROTOKOLA BROJ 15 UZ EVROPSKU
KONVENCIJU O LJUDSKIM PRAVIMA ZNAČI VIŠE
FLEKSIBILNOSTI ZA STRANE GOVORNICE?..... 177**

mr Sergej SEKULOVIĆ
**STEČENA PRAVA I SOCIJALNA
POLITIKA - PITANJA I IZAZOVI 193**

Mr Minja SIMOVIĆ
**VJEŠTAČENJE U GRAĐANSKOM
SUDSKOM POSTUPKU 205**

OGLEDI

Prof dr. Mladen VUKČEVIĆ
USTAVNI SUD CRNE GORE I TROUGAO VLASTI..... 227

Dr Branislav RADULOVIĆ
REVIZIJA SVRSISHODNOSTI JAVNIH NABAVKI..... 237

Prof. dr Miodrag VUKOVIĆ
**BREXIT I NJEGOVE POSLJEDICE: TRENUTNI TRENDovi
U EU I IMPLIKACIJE NA GLOBALNOM NIVOU.....255**

Mr Tijana VUKČEVIĆ
Doc.dr Miloš VUKČEVIĆ
**TEHNIČKO ZAKONODAVSTVO EVROPSKE
UNIJE U CILJU IMPLEMENTACIJE
SLOBODE KRETANJA ROBA..... 273**

LAW REPORTS

JOURNAL FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

No. 2 / 2016

Podgorica, december 2016

C O N T E N T S

ARTICLES

Theory of law

Doc. dr Marko DOKIĆ

NEGATIVE AND POSITIVE FREEDOM 15

International private law

Doc. dr Biljana DAMJANOVIĆ

**REFUSAL OF RECOGNITION OF A FOREIGN
ARBITRAL AWARD ANNULLED BY COURT OF THE
STATE OF ORIGIN – OBLIGATION OR AN OPTION 29**

International public law

Doc. dr Ivana JELIĆ

**THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND
THE UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE: CONVERGENCE
IN THE APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN
RIGHTS STANDARDS? 39**

Doc dr Miloš VUKČEVIĆ

EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR..... 53

Criminal law

doc dr Vesna RATKOVIĆ

**IMPLEMENTATION OF THE COUNCIL OF
EUROPEAN CONVENTION ON PREVENTING AND
COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND
DOMESTIC VIOLENCE, THE NEED FOR TAKING
PREVENTIVE AND REPRESSIVE MEASURES 69**

Labor law

Doc. dr Vesna SIMOVIĆ ZVICER

**PROFESSIONAL EVALUATION
WORK OF JUDGES IN MONTENEGRO 105**

International criminal law

Prof. dr Branko VUČKOVIĆ

Prof. dr Vesna VUČKOVIĆ

**WAR CRIMES - THE LEGAL FRAME WORK
AND THE STRATEGY OF ACTION..... 125**

Financial law

Prof.dr Damjan ŠEČKOVIĆ

MONETARY FUNCTION OF GOLD 147

CONTRIBUTIONS

mr Denis VUKOTIĆ

**SECRET SURVEILLANCE MEASURE – UNDERCOVER
INVESTIGATOR AND COLLABORATOR..... 159**

Mr Miloš BOŠKOVIĆ
**DOES THE ADOPTION OF THE PROTOCOL NO. 15
AMENDING THE CONVENTION FOR THE PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS
MEANS MORE FLEXIBILITY FOR THE CONTRACTING
PARTIES 177**

mr Sergej SEKULOVIĆ
**LEGAL CERTAINLY AND SOCIAL POLICY – ISSUES
AND CHALLENGES..... 193**

Mr Minja SIMOVIĆ
**THE ROLE OF EXPERT EVIDENCE
IN CIVIL PROCEEDINGS 205**

REVIEWS

Prof dr. Mladen VUKČEVIĆ
**CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO AND
TRIANGLE OF AUTHORITIES 227**

Dr Branislav RADULOVIĆ
PUBLIC PROCUREMENT PERFORMANCE AUDIT 237

Prof. dr Miodrag VUKOVIĆ
**BREXIT AND ITS CONSEQUENCES: CURRENT
TRENDS IN THE EU AND THE IMPLICATIONS
ON THE GLOBAL LEVEL 255**

Mr Tijana VUKČEVIĆ
Doc.dr Miloš VUKČEVIĆ
**TECHNICAL LEGISLATION OF THE EUROPEAN
UNION FOR THE IMPLEMENTATION OF
FREE MOVEMENT OF GOODS..... 273**

Riječ urednika

Poštovani čitaoci,
Uvažene kolege,

Ovaj broj časopisa za pravnu teoriju i praksu „Pravni zbornik“, crnogorskoj pravnoj publici donosi ukupno 16 radova iz različitih oblasti, podjeljenih na članke, priloge i ogleda.

Novi broj „Pravnog zbornika“ donosi osam autorskih radova iz oblasti teorije prava, međunarodnog privatnog i javnog prava, krivičnog, radnog i finansijskog prava.

Po tradiciji, „Pravni zbornik“ objavljuje i radove mlađih crnogorskih pravnih autora, koji su se kroz četiri rada predstavili u rubrici „Prilozi“. Redakcijski odbor časopisa odlučio je da u ovom broju „Pravnog zbornika“ publikuje i četiri ogleda raznorodne sadržine.

Po tradiciji autori članaka su, kao i u prethodnim brojevima „Pravnog zbornika“, istaknuti pravници sa dva crnogorska pravna fakulteta – Univerziteta Crne Gore i Univerziteta „Mediteran“, ali i ugledne sudije i drugi autori.

"Pravni zbornik", u novom izdanju, štampan je na preko 300 strana i u tiražu od 200 primjeraka. Časopis se komercijalno ne distribuira, već se besplatno dostavlja autorima, bibliotekama, sudovima, fakultetima itd.

Štampanje ovog broja „Pravnog zbornika“ svojom donacijom pomogla je Ambasada SAD u Podgorici – Biro Stej Dipartmenta za borbu protiv međunarodne trgovine drogom i sprovođenje zakona (INL) i Fondaciji Petrović – Njegoš.

Namjera da „Pravni zbornik“ i u budućnosti ostane „riznica crnogorske pravne baštine“ ostvarljiva je samo ako se i dalje nastavi uspješna saradnja sa uvažanim 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 mogu slati na e-mail adresu Udruženja pravnika Crne Gore upcg.cg@gmail.com ili kontaktirati Glavnog i odgovornog urednika „Pravnog zbornika“ na telefon 00-382-67-817-780.

Podgorica, decembar 2016. godine

Glavni i odgovorni urednik
„Pravnog zbornika“

dr Branislav Radulović



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

ČLANCI

Doc. dr Marko DOKIĆ¹

NEGATIVE AND POSITIVE FREEDOM

The word "freedom" has always been used to denote the value that gives man the status of a dignified human being and, as such, it has been one of the main preoccupations of human thought since the antique times. But, unfortunately, there is no unique comprehension of this word. Nevertheless, in the history of the political philosophy, two dominant conceptions of freedom have been singled out, one of which alternated another, to again be repressed by the former. Thus, today we mainly talk about two concepts of freedom – a negative one and a positive one.

I

The negative concept of freedom represents a basic characteristic of classical liberalism and it traces its origin to the time of freedom and autonomy of cities which, surrounded by defensive walls, "have become 'symbols of the enclosed estate freedom'"². The negative concept of freedom (freedom from) is opposed to the positive concept of freedom (freedom to). The negative meaning, as Isaiah Berlin says, „is involved in the answer to the question 'What is the area within which the subject – a person or group of persons – is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?'“ ‘, while the positive sense “is involved in the answer to the question ‘What, or who, is the source of control

¹ Faculty of Law, University of Montenegro

² Milan Matic, *Liberalizam, populizam, demokratija* [Liberalism, Populism, Democracy], Beograd, 2002, 26.

or interference that can determine someone to do, or be, this rather than that?"³ The negative concept of freedom presupposes the minimal state while the positive concept of freedom presupposes the interventionist state.

However, the phrase „minimal state“ is not to be comprehended in terms of the absolute inactivity of the state. The phrase "minimal state" denotes, primarily, the demand of classical liberalism for the limitation of government by means of general rules and the security of the independent activities of an individual to preserve the individual freedom. Therefore, a liberal state is a minimal state. It represents "the type of state that aims at a minimum interference in economy and society, the state that acts conforming to the principle *laissez-faire*, i.e. according to the expectations of a maximum social (market) self-regulation in an environment of freedom"⁴ The basic components of the negative freedom are non-interference and individual independence under the rule of law. Simultaneously, these two components are inseparably linked and cannot exist one without the other.

Non-interference presupposes that an individual has his own sphere secured from the interference of other individuals and the state. In this respect, it is normal for classical liberalism to acknowledge that every form of interference of the state which intrudes an individual's independent sphere is fatal to his freedom. For an individual to be free, no one is to meddle in his independent sphere – thus, he must not be subjected to arbitrary coercion of others. Within the negative comprehension of freedom, it is essential that an individual not be distracted by other individuals – he is free to the degree to which he can perform his activities without being distracted by others. The bigger the secured sphere of an individual, the bigger his freedom.

³ Isaiah Berlin, Četiri ogleda o slobodi [Four Essays on Freedom], Beograd, 1992, 204.

⁴ Milan Matic, op. cit., 46.

However, to say that an individual enjoys his freedom and is not subjected to the arbitrary coercion of the others, coercion is still necessary. But, it is to be exercised exclusively by the state, and towards the individual or the individuals who, with their own treatment, jeopardise rightfully secured sphere of the individual or other individuals. Although it may appear to be a sort of paradox – coercion can only be prevented by means of coercion, but by means of the one which is carried out by the state on the basis of the monopoly of coercion at its disposal. Law is the basic ban on arbitrariness and it, as emphasized by Locke and Kant, enables the preservation of freedom. The freedom of one is caused by the restriction of the absolute freedom of others. Therefore, it is evident that the protective function is the basic function of the state for classical liberals. In principle, this concept is feasible in so far as one's coercion over the other is to be suppressed – in that case the state is, as Kant would say, the centre of freedom. But, what if the state is the one that performs arbitrary coercion (the coercion with no legal basis) over an individual? Who is then to protect an individual's freedom? If the state is the only one to guarantee freedom, then Kant is right to dispute the right of the people to rebel, and he says that obedience towards the state has the rank of the categorical imperative. An attack on the state is then equal to an attack on freedom, and the right to rebel is to be treated in the way Kant treated it, as a treason, as an attempted murder of the homeland (*parracida*) which is punished by death.⁵ Furthermore, the problem of the "protection" of freedom from the "protector" of freedom arises. If the state has the function of a guardian in terms of preventing coercion of one individual over another, who is then to assume the role of the guardian from the guardian, that is, in cases when the guardian attacks

⁵Immanuel Kant, *Metafizika morala* [Metaphysics of morals], Sremski Karlovci-Podgorica, 1993, 122.

freedom instead of protecting it? The idea of the rule of law as one of the basic concepts of classical liberalism is not a sufficient guarantee for the protection of freedom, for what if the government does not want to act within the set frames, but, like an intruder, invades where it does not belong? The essence of the problem lies in the clear, but disputed, Hobbes' claim that there is no higher power than the sovereign in the state that could solve the dispute between the people and himself – for if it existed, it would represent a new sovereign. The request for the state as the guardian is justified, since only the state is capable of preventing arbitrary coercion of one individual over another, otherwise there would be a natural state in which, as Locke says, everyone had the executive power of the natural law, and the freedom to be, as Kant says, wild freedom. However, the guardian of liberty itself may impair the same, in which case, there is a need for someone else to safeguard the freedom from the very guardian. Thus, the concept of the negative freedom that we are presented by classical liberalism seems to be suffering from an incurable disease – the state is necessary to prevent the person's self-will and protect individual freedom, and at the same time, when it itself is an usurper except the right of the people to rebellion or suffering usurpation there is no other solution.

However, precisely because there is always a risk that the government exceeded its powers, it is necessary that the force that state authorities can apply to be reduced to a minimum in order to combat the potential negative consequences of its application. However, despite this paradox classic negative concept of freedom, liberals opposed to the socialists and collectivists in general felt that anything done by holders of public authority may not be compatible with freedom – they were so aware of the possibility that freedom may be threatened by government.

The first component, non-interference, implies another – independence under the rule of law. If the field for the smooth

operation of each individual in which no one can interfere without breaking the law and violating the freedom is provided, then the individual is independent in the sense that one can make decisions within one's autonomous jurisdiction. Here independence means the absence of coercion. On freedom of the classic, negative meaning we can only speak in case of obstacles that stand in the way of the activities of a man raised by other people, not when one is unable to reach a goal. Thus, Helvetius says: „The free man is the man who is not in irons, not imprisoned in a gaol, nor terrorized like a slave by the fear of punishment. It is not lack of freedom not to fly like an eagle or swim like a whale.“⁶ Coercion, therefore, does not mean all forms of man's inability to do something – we can talk about the force only when somebody *deliberately* hampers us to act where we could otherwise act. Thus, according to Berlin, coercion does not include all forms of human weakness: „If I say that I am unable to jump more than teen feet in the air, or cannot read because I am blind, or cannot understand the darker pages of Hegel, it would be eccentric to say that I am to that degree enslaved or coerced“.⁷

Having outlined the basic characteristics of the negative freedom, along with the problems they bring with them, we should also set out what we mean positive freedom to be, then, the two dominant concepts of liberty could be compared with each other, and to show the historical context in which one of the two concepts always prevailed.

II

The positive meaning of freedom stems from the desire to be your own master. However, the concept of freedom in this sense leads to, says Berlin, identifying the self that prevails

⁶ Quoted from: Isaiah Berlin, op. cit., 205.

⁷ Ibid., 204-205.

with the mind, that is 'true' self, which is usually understood as something that is beyond the individual - as a social entity composed of individuals, tribes, races, countries, etc.. - thus understood this entity may now impose "its collective or 'organic' single will upon its recalcitrant 'members'".⁸ In such a way coercion becomes something quite common, because the true self, the collective, rather than individual knows what they need. The positive freedom is based on the ideas of constructivist rationalism in the sense that one's plan was labeled a product of rational wisdom, and since no one can have rights against reason, submission to rational man basically means, as the great men of positive freedom Hegel and Bosanquet argued, that "we obey ourselves: not indeed as we are ... but as we could be if we were rational".⁹

This understanding has created the conditions to walk harshly over freedom, under the pretext that there is no mention of force as it comes to exactly what an individual wanted- to be free. A typical example of this concept of freedom is found in Rousseau who said that the entire political body would compel obedience to any individual who refused to obey the general will, which means that it would force him to be free. So for all collectivist learning it has become a characteristic that under the banner of freedom anything that one wants can be done - because all that is done is done, "in the interest" and "in order to secure freedom" of each individual. What were the consequences of this notion of freedom need not be specified - only the history of the twentieth century provides numerous examples.

⁸ Ibid., 216.

⁹ Ibid., 235-236.

III

But the best way to look at the advantages and disadvantages of these two concepts of freedom is to compare them. First, let's start from linguistic terminology. We call negative, freedom "from" and positive, freedom "for". The freedom "for" implies that someone should be given freedom, then it is assumed that one does not possess it. On the other hand negative, freedom "from" assumes that the individual is free and that he just needs to be able to remain so by preventing any form of arbitrary coercion. It is true that an individual can be free only in the state, but the state has no role to give him, but only to allow him to enjoy his freedom. In fact, the positive concept of putting the collective over the individual overlooking the obvious fact that even though an individual's life without government would be extremely difficult, and perhaps short, in the words of Hobbes, it can still exist without the state, but the state, in any case, cannot exist without individuals.

Second, of the two basic issues of political philosophy, the negative concept of freedom is concerned with those to read: How to rule? and the positive with those: Who rules? And this should not be surprising, since classical liberalism is a doctrine that seeks to find and specify the limits of government over the individual, so that the question of who is in power (one, several, or majority) is not of primary importance. The only problem is to determine the area range of individual liberty, but it is not disputed that it cannot be unlimited, because this would only cause metamorphosis of freedom into self-will.

Third, the positive freedom does not distinguish between private and public spheres, what seems to have clearly indicated Benjamin Constant. Since no distinction is made between private and public, then it is "normal" that an individual is not allowed to set and achieve himself his needs

and goals, but for him it must be done by someone else. This essentially denies individual freedom.

So we came to the fourth, perhaps the *crucial* difference between the negative and the positive freedom. Namely, when it comes to the negative concept of freedom it always presupposes the individual freedom, whereas the positive freedom always presupposes the collective freedom – “liberty *for* group”, “liberty *for* people”, etc. But, the problem emerging in the case of the collective liberty is that the characteristics of an individual are attributed to the collectivity, and such a notional entity now gets the rights and freedom on the model of the individual. However, we neglect the fact that some collectivity can be free only if every single individual who constitutes the collectivity is free, and not the collectivity as such. In the case of the collective freedom the individual becomes “swallowed” up by the collectivity.

But not only the positive freedom has its own disadvantages – and the negative concept of freedom has its drawbacks. First, you cannot always insist on strict application of the negative freedom. Thus, we could be in a position to claim that even a member of the enslaved people in their occupied country is free, because his occupying left him an area of activity in which he is not constrained by arbitrary coercion of another. But is there any space for freedom in this case? Namely, the consistent application of the negative concept of freedom in these exceptional circumstances would lead to absurd conclusions. To even be able to talk about (negative) freedom the certain preconditions must be met in the sense that there are no certain circumstances that make it impossible for the freedom to be unworthy of the name.

The another drawback of the concept of negative freedom lies in the neglect of the public sphere by the people, and as a final consequence may be the neglect of the community – or, as Cato says, it can teach them to appreciate their homes, their mansions, their statues and their pictures more than the

republic.¹⁰ In fact, the distinction between negative and positive freedom rests on the distinction between private and public spheres.

The idea of the rule of law makes it possible to put government in relatively narrow framework, to narrow the field of its action, so that the individual can freely enjoy rights and freedoms. This idea is *conditio sine qua non*, of the negative freedom. Thus, liberalism in its original form (classical liberalism) was characterized by a negative concept of liberty. However, the development of European liberalism had seen a division reflected in the perception of freedom, of the English and the French tradition of freedom. This division was due to different character of the English and French revolution.

IV

On the one hand, Glorious Revolution in England in 1688 finished in a manner that was conducive to the accumulated centuries-old constitutional experience of England, which was an ancient system of established liberties. Anyway, the constitutional history of England was a constant struggle to secure independence from the central government, which allowed the distinction between public and private spheres and allowed, “to ensure by all means the sanctity and inviolability of the private domain of government interference, so the freedom in the negative sense was the main content of the whole process of political emancipation“¹¹. Thus, the freedom enjoyed by the English, and for which they fought for centuries, was saved. At the same time, Glorious Revolution enabled the Whig political power to put down deep roots, and the Whigs would best be characterized as defenders of the established order of liberty in England. In this way, during the

¹⁰ Adam Ferguson, Esej o istoriji građanskog društva [An Essay on the History of Civil Society], Beograd, 232.

¹¹ Milan Matic, op. cit., 26.

Glorious revolution all the social institutions that had been built up for centuries were saved.

In France, on the other hand, the opposite happened – there, the break with the old regime was far more radical than in England. The year 1789 “is a year of birth, zero year in the history of the new world based on equality”.¹² In the struggle against the old order, and mass participation of social strata, there was not so much demand for liberal changes, but the demands for democratic change, such as having universal suffrage, political and economic equality, the idea of popular sovereignty – that is, there was an affirmation of positive freedom. “While the English Liberals dealt mainly with the issues of individual freedom and political institutions necessary for their protection, preoccupation with early French liberal thinkers were deeper issues of social change and social relations, and only on the basis of these and new political institutions. In short, there were not just liberal issues, but a liberal democracy as well.”¹³ The nature of the French Revolution was based on the view of constructivist rationalism that an ideal society can be rationally constructed based on the plan. Such an undertaking required the whole break with the old order, crashing it to the grounds so that a new, better, more just society in which the main ideal of this revolution was to be attained – social justice – began to be built from scratch, from zero. Therefore, all those social institutions created with passion and for a long time needed to be removed or rather it demanded the destruction of the entire former social structure.

No one has stressed the essential risk of the French Revolution in so good a manner as Edmund Burke when he pointed that it reflected *in the direct attack on freedom*, that is,

¹² François Furet, French Revolution, quoted by Gordana Pavicevic Vukašinić, *Političke teorije i stvaranje zapadnog modernog društva* [Political theory and the Constitution of the Western Modern Society], Beograd, 2006, 87.

¹³ Milan Matić, *op. cit.*, 27.

in desire to destroy all those institutions that have bothered revolutionaries, in order to execute by reason their complete reconstruction. This indicated that the French Revolution not only did not bring freedom, but it seriously threatened the aforementioned. Of course, he had in mind, the negative freedom. So, according to Burke, what was a major mistake, and a danger of this revolution was the observation of the present as the future, not as the "last point reached by the past in its continuous and harmonious development".¹⁴ „People“, says Berk, "will never look forward to posterity who never look backward to their ancestors."¹⁵ Berk saw a guarantee of individual freedom in a long and gradually built up institutions within a single order (and he had in mind the example of England) and clearly challenged the constructivist-rationalist approach, by which the society can be organized according to the plan of the „selected“ group, in the case of the French Revolution, the Jacobins. The main significance of Burke's attitudes of the French Revolution is his belief, which is quite in the spirit of classical liberal thought, that the new and better facilities may only occur evolutionary, i.e. by long process of trial and by removing the perceived errors rather than by violent destruction of those institutions that have for centuries been gradually built up so that by an abstract rational reconstruction better could be built, which would by far fit the revolutionary spirit. This confirmed that Burke actually supported the idea of Scottish philosophers underlying classical liberalism and that resulted in the idea of a negative freedom and minimal state, by which institutions represent the "result of human action but not of human design".¹⁶

¹⁴ Robert Nisbet, Konzervativizam: san i stvarnost [Conservatism: Dream and Reality], Podgorica, 1999. 33.

¹⁵ Edmund Burke, Razmišljanja o Francuskoj revoluciji [Reflections on the Revolution in France], Podgorica, 2001, 27.

¹⁶ Adam Ferguson, op. cit., 128.

Based on the character of the revolutionary events in England and France, we can conclude that liberalism in France was at the start in more inconvenient environment for development than it was the case with the English liberalism. This is reflected in the tendency of early French liberals to refer to the experience of England, which can best be seen in the work of Montesquieu. After the French Revolution, and enforcement of Rousseau's idea of the Jacobin leaders, the French liberalism parted with all elements of liberalism that characterized England. The idea of equality and egalitarianism gave liberalism on the French territory completely different appearance, and freedom was dressed in positive attire. Basically, the liberalism not only in France, but also the liberal movement in continental Europe has never felt the sense of freedom and individuality inherent in England at the time of classical liberalism.

However, equally, the traces of the split began showing up in the English liberalism. The first who contributed to this were Jeremy Bentham, the father of utilitarianism, and James Mill, his disciple. These philosophical radicals, in accordance with their utilitarian ethics, aiming to reconstruct the moral philosophy and the energetic demands for parliamentary reform and reform of the legal system, first shook the foundations of classical liberalism, and finally John Stuart Mill with his ideas, "spiced" classical liberalism, which led to a new, revisionist liberalism. All in all, this intellectual movement in England marked a turn from the typical English liberalism to the continental liberalism. This in England gave the deathblow to classical liberalism and the negative freedom, but death was not quick – classical liberalism for decades was on its deathbed, becoming weaker due to the spread of ideas of social liberalism, and finally died in the early twentieth century, when socialism entered the stage of human history. There was not a trace of the negative freedom, and what was left of freedom was of very "positive" content.

REZIME

U radu autor analizira dva koncepta slobode, negativnu i pozitivnu slobodu (sloboda „od“ i sloboda „za“). Ova dva koncepta slobode ispituju se i iz ideološkog ugla, tačnije kroz različita strujanja u okviru liberalizma – negativno poimanje slobode, koje karakteriše klasičan liberalizam i pozitivno koje je bilo tipično za revizionistički, socijalni liberalizam. Autor poredi ova dva koncepta i detaljnije navodi prednosti i mane svakog od njih. Posebna pažnja posvećena je i Berlinovom razlikovanju negativne i pozitivne slobode, izloženom u njegovom delu *Dva koncepta slobode*. Na kraju, govori se o podeli u okviru evropskog liberalizma koja se reflektovala u shvatanju slobode, na englesku i francusku tradiciju slobode. U tom smislu, porede se revolucija u Francuskoj (1789) i Slavna revolucija u Engleskoj (1688) i posledice do kojih su one dovele.

Doc. dr Biljana DAMJANOVIĆ¹

ODBIJANJE PRIZNANJA STRANE ARBITRAŽNE ODLUKE PONIŠTENE U DRŽAVI PORIJEKLA – OBAVEZA ILI MOGUĆNOST

O prednostima arbitražnog načina rješavanja sporova u odnosu na sudski ne treba trošiti mnogo riječi. Fleksibilan pravni okvir u čijem kreiranju aktivnost stranaka igra značajnu ulogu, brzina, jednostепенost, samo su neki od razloga zbog kojih se, posebno u oblasti međunarodnih trgovačkih odnosa, stranke odlučuju upravo na ovakav način razrješavanja nastalih sporova.

Međutim, ne treba preuraniti sa zaključkom i pomisliti da je jednom donesena arbitražna odluka lišena bilo kakvog oblika kontrole, *a posteriori*. Na zahtjev stranke, sud će kontrolisati stranu arbitražnu odluku u postupku njenog priznavanja, a predmet sumarne kontrole može biti i domaća arbitražna odluka u postupku po tužbi za poništaj.

U nastavku ćemo se osvrnuti na ovaj drugi oblik kontrole, ali ne sa aspekta uslova koji se moraju ostvariti da bi arbitražna odluka bila poništena, već da sagledamo njenu sudbinu nakon što postupak poništaja bude okončan.

Da li jednom poništena arbitražna odluka može nastaviti svoj pravni život?

Nakon što arbitraža donese odluku o sporu koji su joj stranke povjerile na rješavanje obično slijedi njeno dobrovoljno izvršenje. Međutim, da bi strana arbitražna odluka imala

¹ Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediterran“, Podgorica.

ekstrateritorijalno dejstvo prvo mora biti izjednačena sa domaćom odlukom, što ona i biva nakon sprovedene sumarne kontrole u postupku egzekviture.²

Praksi nije nepoznata situacija da se zatraži priznanje strane odluke koja je prethodno poništena, pa se nužno nameću izvjesna pitanja: da li je relevantan svaki poništaj, ili samo onaj koji je učinjen u zemlji čiju pripadnost odluka ima, te da li je poništaj odluke razlog za odbijanje priznanja u svakom slučaju ili se ostavlja mogućnost sudovima da postupe i na drugačiji način?

Praktičan primjer će nam pomoći da damo odgovore na gore postavljena pitanja i sagledamo sudbinu zahtjeva za priznanje jedne strane arbitražne odluke koja je prethodno poništena shodno odredbama Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži.³

Spoljnotrgovinska arbitraža u Beogradu je, u julu 1988. godine, donijela odluku kojom se određuje da kompanija B ima platiti kompaniji A iznos od četiri miliona austrijskih šilinga. U septembru iste godine kompanija B, koja ima sjedište u Sloveniji, zatražila je, pred slovenačkim sudom, poništaj takve arbitražne odluke. Prvostepeni sud, a zatim i sud više instance odbacili su zahtjev za poništaj arbitražne odluke. Međutim, u julu 1992. godine, Vrhovni sud Republike Slovenije je poništio odluku sa sljedećim obrazloženjem: *poništaj arbitražne odluke učinjen je shodno Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Ova konvencija predviđa da odluka može biti poništena ukoliko je u suprotnosti sa javnim poretkom države u kojoj je donesena. Ugovor koji su dvije kompanije zaključile omogućio je kompaniji B uspostavljanje ako ne*

² O postupku priznanja stranih arbitražnih odluka Vukoslavčević, Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka – komparacija sistema Sjedinjenih Američkih Država, Republike Srbije i Crne Gore, Univerzitet Mediteran, Podgorica, 2012, str. 61 i dalje.

³ Evropska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži donijeta je 21. aprila 1961. godine, u Ženevi, od strane Ekonomske komisije UN za Evropu.

monopolskog a ono barem privilegovanog položaja na tržištu. Ovaj ugovor je, samim tim, bio u suprotnosti sa tadašnjim Ustavom SFRJ i protivan javnom poretku.

Kompanija A je u Austriji zatražila izvršenje odluke a kompanija B se, na bazi odluke slovenačkog Vrhovnog suda, protivila izvršenju. Prvostepeni sud je odbio zahtjev i dozvolio izvršenje. Drugostepeni sud je preinačio odluku i odbio izvršenje ali sa pravom žalbe Vrhovnom sudu. Vrhovni sud je potvrdio odluku prvostepenog suda i odredio izvršenje arbitražne odluke.

Evropska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, u članu IX, propisuje da će poništaj arbitražne odluke predstavljati osnov za odbijanje priznanja u državi potpisnici, samo ukoliko je odluka poništena u državi u kojoj je donesena odnosno po čijem procesnom pravu je donesena, iz jednog od razloga⁴ koji su ovim članom navedeni.

Vrhovni sud Austrije je izrazio sumnju u odnosu na prvio dio odredbe: “... *poništena u državi u kojoj je donesena...*” Naime, odluka je donesena u tadašnjoj Jugoslaviji i uz primjenu jugoslovenskog prava. Slovenija nije bila pravni sljedbenik Jugoslavije, u tom smislu. U obrazloženju Vrhovni sud, između ostalog, objašnjava i da zahtjev za priznanje arbitražne odluke nije mogao biti odbijen na osnovu poništaja

⁴ Razlozi su sljedeći: ako su stranke u arbitražnom sporazumu po zakonu koji se na njih primjenjuje u izvjesnom pogledu nesposobne ili ako pomenuti arbitražni sporazum nije punovažan na osnovu prava čiju su primjenu stranke ugovorile ili u nedostatku takve odredbe na osnovu prava zemlje u kojoj je odluka donesena; ako stranka koja je tražila poništaj odluke nije bila uredno obaviještena o imenovanju arbitra ili o arbitražnoj proceduri ili je iz bilo kog razloga bila u nemogućnosti da se brani; ako se odluka odnosi na spor koji nije bio obuhvaćen arbitražnim sporazumom ili ne spada u slučajeve koji su predviđeni arbitražnom klauzulom ili ako odluka sadrži rješenja koja prevazilaze granice arbitražnog sporazuma; ali, neće biti poništeni oni djelovi odluke koji se odnose na pitanja za koja je arbitraža ugovorena, pod uslovom da se mogu odvojiti od pitanja za koja arbitraža nije ugovorena; ako sastav arbitražnog vijeća ili arbitražni postupak nijesu bili u skladu sa sporazumom stranaka ili, ako takvog sporazuma nema, sa odredbama člana IV ove (Evropske) konvencije.

sa pozivom na javni poredak države u kojoj je odluka donesena. Ovo iz prostog razloga što kršenje javnog poretka ne egzistira kao uslov za poništaj arbitražne odluke shodno Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Vrhovni sud se protivio argumentaciji suda koji je postupao po žalbi, koji je poništaj smatrao valjanim, i samim tim ga uzeo kao jedan od razloga odbijanja priznanja strane arbitražne odluke.

Odnos između Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži i Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka uspostavljen je na način što u odnosima država članica koje su istovremeno potpisnice i jedne i druge, razlozi za poništaj sadržani u EK ograničavaju primjenu odgovarajućeg člana NYK koji uređuje pitanje priznanja stranih odluka. EK ne govori na eksplicitan način o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, ali član IX koji nosi naziv „Poništaj arbitražne odluke“ propisuje da će poništaj arbitražne odluke u državi potpisnici poslužiti kao osnov za odbijanje priznanja u drugoj državi potpisnici, pod uslovom da je odluka poništena u državi u kojoj je ili po čijem procesnom pravu je donesena iz jednog od razloga među kojima se nije našla povreda javnog poretka.⁵

Vrhovni sud je, rukovodeći se odredbom člana IX Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, logicirao da poništaj arbitražne odluke zbog povrede javnog poretka, ne može poslužiti kao osnov za odbijanje njenog priznanja. Samim tim je našao da su tačne činjenice i okolnosti na kojima je prvostepeni sud bazirao svoju odluku dozvolivši priznanje, te je ovu odluku i potvrdio.

Činjenica koju ne treba prenebregnuti iako nije bila ključna za donošenje odluke, ogleda se u tome da je prilikom donošenja arbitražne odluke Slovenija bila jedna od federativnih republika SFRJ. U istom pravnom položaju ona se

⁵ Tako Vukoslavčević, 23.

nalazila i 1988. godine kada je podnesena tužba za poništaj. Međutim, odluka kojom se poništava arbitražna odluka Spoljnotrgovinske arbitraže u Beogradu donesena je nakon raspada tadašnje Jugoslavije i osamostaljivanja Slovenije. Slovenija je samim tim postala inostrana zemlja u odnosu na mjesto donošenja odluke (Beograd, Jugoslavija). Ove činjenice Vrhovni sud Austrije je pomenuo u svom obrazloženju iako one nijesu bile odlučujuće jer je slovenačko poništenje arbitražne odluke smatrano irelevantnim iz drugih, već navedenih, razloga.

Pitanje koje se nužno nameće je da li je odbijanje priznanja strane odluke koja je poništena u zemlji u kojoj je ili po čijem procesnom pravu je donesena, samo mogućnost ili pak obaveza?⁶ Suštinski, odgovor na ovo pitanje zavisi od formulacije koju usvajaju nacionalna zakonodavstva. U ranijem periodu, dok Crna Gora nije imala poseban zakon kojim se uređuje arbitraža, relevantna odredba Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, nije ostavljala bilo kakav prostor za različita tumačenja, jer je njome bilo propisano da se *“priznanje i izvršenje ima odbiti ukoliko je odluku poništio nadležni organ države u kojoj je ili na osnovu čijeg prava je donesena.”*⁷

U članu V Njujorške konvencije korišćen je izraz *“may be refused”*, shodno kojem nadležni sud, u zemlji u kojoj se priznanje i izvršenje zahtijeva, nije obavezan da odbije priznanje strane arbitražne odluke koja je prethodno poništena u državi porijekla, ali to može učiniti. Dakle, diskreciono pravo suda je da o tome odluči u svakom konkretnom slučaju.⁸

U ovom smislu se izjašnjava i srpsko zakonodavstvo, koje u Zakonu o arbitraži propisuje da se priznanje i izvršenje

⁶ Vidi Sajko, Recognition and Enforcement of Foreign Annulled Awards A dilemma; ⁷ Croatian Arbitration Yearbook, 2000, str. 71

⁷ Član 99 stav 10 Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja.

⁸ Sajko, 74.

strane arbitražne odluke može odbiti ako je tu odluku “*poništio ili obustavio od izvršenja sud države u kojoj je ili na osnovu čijeg prava je odluka doneta.*”⁹

Crnogorski Zakon o arbitraži je eksplicitniji u formulaciji i propisuje da će se strana arbitražna odluka priznati i izvršiti u Crnoj Gori, osim ako sud povodom prigovora protivne stranke utvrdi da je sud države u kojoj je ili po čijem je zakonu donijeta poništio ili je odložio nastupanje njenog dejstva.¹⁰ Kako vidimo, nije riječ o permisivnoj normi koja bi otvarala mogućnost da i poništena strana odluka bude priznata, već o obavezi suda da odbije predlog za priznanje nakon što je poništaj utvrđen.

Interesantno je ukazati i na francusku sudsku praksu. U slučaju *Hilmarton LTD v Omnium de Traitement et de Valorisation*¹¹ donesena je odluka pred švajcarskom arbitražom koja je, potom, poništena od strane Apelacionog suda u Ženevi. Kad je priznanje ove odluke, iako prethodno poništene, zatraženo u Francuskoj, sud se prvenstveno rukovodio odredbama člana VII Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, koje propisuju: “... *odredbe ove Konvencije..., ne lišavaju ni jednu zainteresovanu stranku prava, kojeg bi mogla imati, da se koristi nekom arbitražnom odlukom na način i u onoj mjeri koji su dopušteni pravom ili ugovorima zemlje u kojoj se poziva na arbitražnu odluku.*”

U ovom slučaju, francuski sud je logicirao na način da se odredbe člana V (1)(e) Njujorške konvencije, koje propisuju odbijanje priznanja strane odluke koja je prethodno poništena, neće primjenjivati, ukoliko pravo države u kojoj se priznanje

⁹ Vidi član 66 stav 1 tačka 5 Zakona o arbitraži Srbije “Službeni glasnik RS”, br. 46/2006.

¹⁰ Vidi član 51 stav 1 tačka 3 Zakona o arbitraži Crne Gore, “Službeni list Crne Gore” br. 47/2015.

¹¹ Detalje ovog slučaja vidi kod Varady, Barcelo, von Mehren, *International Commercial Arbitration - A Transnational Perspective*, Thomson West, 2006, str. 875-881.

arbitražne odluke zahtijeva, dozvoljava priznanje i izvršenje takvih odluka.¹² Sljedeća argumentacija je bila ta, da shodno francuskom međunarodnom arbitražnom pravu, francuski sudovi nijesu dužni da uzimaju u obzir onaj poništaj koji je učinjen u inostranom pravnom sistemu.¹³ Dakle, iako je odluka poništena u Švajcarskoj, u zemlji u kojoj je i donijeta, to nije bio dovoljan razlog da se ovoj uskrati priznanje u Francuskoj, a Kasacioni sud je dodao još jedan argument za ovakvo postupanje: *“Odluka donesena u Švajcarskoj je međunarodna odluka, koja nije integrisana u pravni sistem ove države, tako da ona ostaje na snazi iako je poništena, i njeno priznanje u Francuskoj nije u suprotnosti sa međunarodnim javnim poretком.”*¹⁴

Ovakav način postupanja direktna je posljedica shvatanja pravne prirode arbitraže, gdje se sudaraju dvije koncepcije: kontraktualna i sudska. Ova prva, dominantno je prisutna u Francuskoj, i otuda pomenuta argumentacija Kasacionog suda, u kojoj je akcenat na pojmu “međunarodna” arbitražna odluka. Osnov za njeno donošenje je autonomija volje stranaka, pa se odluka ne uokviruje ni u jedan pravni sistem, do onog trenutka kad stranke zatraže njeno priznanje i izvršenje. Dakle arbitražna odluka nije ni “domaća” ni “strana”, već “međunarodna”.¹⁵

Zaključak

Jednom donesena arbitražna odluka, u zavisnosti od pripadnosti, može biti kontrolisana na dva načina. Stranu arbitražnu odluku kontroliše sud države priznanja u postupku

¹² Bajons, *Enforcing Anulled Arbitral Awards – A Comparative View*, 7 *Croatian Arbitration Yearbook*, 2000, str. 56, 57.

¹³ Bajons, 56, 57.

¹⁴ *Ibid*, 58.

¹⁵ *Ibid*, 59, 60.

egzekvatures, dok domaća arbitražna odluka može biti kontrolisana u postupku po tužbi za poništaj.

Vidjeli smo da ova dva postupka mogu biti i povezana na izvjestan način, i to onda kad se zatraži priznanje strane arbitražne odluke koju je prethodno poništio sud države porijekla.

Sudbina predloga za priznanje strane arbitražne odluke koja je prethodno poništena u korelaciji je sa načinom formulisanja norme koja propisuje način postupanja suda države priznanja. Ta norma, kako smo imali priliku da vidimo, može biti formulisana tako da ne ostavlja slobodu izbora sudu, već u situaciji kad je predmet priznanja odluka koja je prethodno poništena, priznanje se ima odbiti, ali ima i drugih primjera, gdje je riječ o permisivnoj normi i gdje sud *može* odbiti priznanje, ali i ne mora. U prvom slučaju odbijanje priznanja strane odluke je obaveza za sud države priznanja, a u drugom samo mogućnost.

SUMMARY

Arbitral award, depending on the origin, can be controlled in two ways. Foreign arbitral award can be controlled by domestic state court in the exequatur procedure, while domestic arbitral award can be controlled in the proceedings for its annulment.

These two cases may be related in some way, when party asks for recognition of a foreign arbitral award that was previously annulled by court of the state of origin.

The fate of the proposal for recognition of a foreign arbitral award that was previously annulled is in correlation with the manner of formulating norms which prescribes courts of the state of recognition ways of action. This norm, as we have seen, can be formulated so that it doesn't leave the court the freedom of choice, so in a situation where the object of recognition is previously annulled arbitral award, it should

refuse recognition, but there are other examples with permissive norms which prescribe that court may refuse recognition, but does not have. In the first case, a refuse of recognition is the obligation, but in second one, only an option.

Prof. dr Ivana JELIĆ¹

**EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I UN KOMITET ZA
LJUDSKA PRAVA: KONVERGENCIJA PRIMJENE
MEĐUNARODNOPRAVNIH STANDARDA
ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA**

1. Uvod

Odnos između međunarodnih sudskih i kvazisudskih tijela, čije se u nadležnosti djelimično preklapaju, aktuelna je tema mnogih naučnih i stručnih rasprava. Ovo se posebno tiče odnosa UN Komiteta za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava, koji, svaki u okviru svoje teritorijalne nadležnosti, razmataraju predstavke o kršenjima građanskih i političkih prava. Doduše, Sud to čini u okviru svoje isključive i primarne nadležnosti, dok Komitet raspravlja i zaključuje o individualnim slučajevima, vršeći jednu od svoje dvije primarne nadležnosti, komplementarne i podjednako značajne. Naime, pored odlučivanja o individualnim slučajevima povodom navoda kršenja Pakta o građanskim i političkim pravima, Komitet razmatra periodične izvještaje država - Visokih ugovornica Pakta.²

Takođe, proliferacija ugovornih kvazisudskih tijela i međunarodnih sudova o ljudskim pravima nametnula je i pitanje moguće fragmentacije međunarodnog prava ljudskih

¹Vanredna profesorica na Pravnom fakultetu i Fakultetu političkih nauka Univerziteta Crne Gore. Potpredsjednica Udruženja pravnika Crne Gore. Članica UN Komiteta za ljudska prava.

² Komitet vrši svoju nadležnost povodom razmatranja periodičnih izvještaja u odnosu na 168 država, koliko je ratifikovalo Pakt, dok postupa po individualnim predstavkama u odnosu na 115 država koliko je ratifikovalo Opcioni protokol uz Pakt. Detaljnije na: <http://indicators.ohchr.org> (27.11.2016.)

prava.³ Ovdje je neophodno osvrnuti se na svojevrsnu krizu odnosa univerzalnog i regionalnog međunarodnog prava, čiji bi režimi trebalo da budu usklađeni.

Savremeni pravni izazovi donijeli su i potrebu da se podsjetimo na obavezu tumačenja regionalnih normi o ljudskim pravima, u skladu sa univerzalnim standardima. U tom kontekstu, čini se svrsishodnim pomenuti da je Evropski sud za ljudska prava, još prije dvije decenije, zauzeo stav da se međunarodni ugovori o ljudskim pravima moraju tumačiti u kontekstu međunarodnog javnog prava, te da „Evropska konvencija o ljudskim pravima ne može biti tumačena i primijenjena u vakuumu“.⁴

Postavlja se i pitanje kakav je odnos, naročito u procesnom aspektu, između Komiteta za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava, u smislu vođenja duplih postupaka po istom slučaju, te kada je moguće da jedno tijelo razmatara slučaj o kojem je drugo tijelo dalo svoj sud. Naredne stranice posvećene su i ovom problemu.

Konačno, sve više se, sa zabrinutošću, govori o tzv. *forum-shopping* pojavi koja, u suštini, podrazumijeva mogućnost da pojedinci ulože predstavku povodom istog kršenja prava protiv iste države, kod više međunarodnih pravosudnih instanci, istovremeno ili konsektivno.⁵ Ova pojava je, teorijski, u suprotnosti s tradicionalnim pravnim institutom zabrane litispendencije, prema kojem se ne mogu voditi paralelni pravni postupci pred pravosudnim tijelima povodom iste pravne stvari, odnosno istog slučaja. Nacionalno i regionalno

³ Više u: Binder C, *The European Court of Human Rights and Law of Treaties – Sign of Fragmentation or Unity?*, u: Binder C. and Lachmayer K. (eds): *The European Court of Human Rights and Public International Law: Fragmentation or Unity?*, Nomos, 2014, str. 41-42.

⁴ Slučaj *Loizidou v. Turkey* (Appl. No. 15318/89), 18.12.1996, par. 43.

⁵ Phuong C, *The Relationship Between the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee: Has the 'Same Matter' Already Been Examined?*, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, 2007, p. 1.

evropsko pravo poštuju taj institut, ali je njegova primjena dovedena u pitanje kada se radi o postupcima pred regionalnim sudom u Strazburu i Komitetom u Ženevi, čija je jurisdikcija univerzalna, te i globalnija, kako se sve češće može čuti u međunarodnoj stručnoj javnosti. S obzirom na to da su ova dva tijela, mada rijetko, odlučivala o istim slučajevima, uglavnom po logičnom redu da Komitet može odlučivati o kršenju prava poslije završenog postupka pred Evropskim sudom, kao i da su u više navrata drugačije protumačila normu, različito se upravljajući u polju slobodne procjene u konkretnom slučaju, države su veoma zabrinute oko toga da li, i na koji način, će se *forum-shopping* metoda ubuduće primjenjivati.⁶

Imajući u vidu to da su Evropska konvencija o ljudskim pravima i Pakt o građanskim i političkim pravima multilateralni međunarodni ugovori legislativne prirode, koji pokrivaju sličan, ili istovjetan,⁷ obim građanskih i političkih prava, formirajući dva paralelna pravna režima – regionalni, evropski na nivou Savjeta Evrope, u kojem sve države članice učestvuju kao Visoke strane ugovornice Konvencije, s Evropskim sudom za ljudska prava, kao nadzornim sudskim organom, i univerzalni na nivou Ujedinjenih nacija,⁸ s Komitetom za ljudska prava kao kvazisudskim tijelom implementacije, za očekivati je da se ovi sistemi konvergentno ponašaju i da se oslanjaju i na jurisprudenciju drugog. Ipak, ono što je bitna pravna razlika u ovom kontekstu, a što ima uticaja i na poštovanje odluka ovih tijela, jeste činjenica da Sud donosi pravno obavezujuće presude i odluke (judgments and decisions), dok Komitet donosi mišljenja (views), koja *strictissimi iuris* nijesu pravno obavezujuća, mada bi se moglo polemisati oko njihovog

⁶ Više u: *Ibid*, str. 1-11.

⁷ Forowicz M, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 153.

⁸ Visoke strane ugovornice Pakta su 168 država članica UN-a. Dostupno na: <http://indicators.ohchr.org> (29.11.2016.)

obavezujućeg kapaciteta, u smislu izvršnih naslova, a u dijelu izricanja privremenih mjera.

U posljednje vrijeme, oba tijela se povremeno pozovu na odluke drugog, mada i kada to ne čine eksplicite to ne znači da u procesu donošenja odluke jednog tijela nije razmotren i srodan slučaj iz jurisprudencije drugog. Ipak, još uvijek, povodom svih građanskih i političkih prava, nije moguće govoriti o približavanju njihovih jurisprudencija. Ovo naročito, ako se ima u vidu to da opšti pregled univerzalne i regionalne jurisprudencije iz oblasti zaštite ljudskih prava pokazuje 'minimalističku verziju sudijskog dijaloga'.⁹ Takvo stanje potencira i potrebu za ekspertskim dijalogom članova Komiteta i sudija Evropskog suda, koji je otpočeo zajedničkom radnom sesijom u Ženevi, 1. jula 2016. godine, na kojoj su razmijenjena iskustva i dogovoreni novi koraci saradnje.

2. Razlike i sličnosti

Analitički prikaz sličnosti i razlika između Evropskog suda i Komiteta za ljudska prava treba da omogući objektivnu sliku odnosa ovih tijela, kao i da objasni potencijalnim korisnicima njihovih usluga, pojednicima iz Evrope, koji mogu uložiti predstavke s navodima kršenja njihovih prava kod oba tijela, o mogućnostima koje daju univerzalni i regionalni sistemi zaštite građanskih i političkih prava.

Pored pomenute razlike u vezi s pravnom obaveznošću mišljenja Komiteta i odluka Evropskog suda, postoje ostale razlike.

Naime, kvazisudski proces pred Komitetom se vodi u formi pisanih podnesaka, pri čemu se, i podnosiocu pritužbe i

⁹ Buyse A, *Tacit Citing – The Scarcity of Judicial Dialogue between the Global and the Regional Human Rights Mechanisms in Freedom of Expression Cases*, u: McGonagle T, Donders Y (eds): «The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives», Cambridge University Press, 2015, str. 15.

državi, daje dovoljno vremena i prostora da odgovore na navode druge strane. Dakle, pred Komitetom još nema usmenog ispitivanja strana u sporu, mada postoji inicijativa da se, u izuzetnim situacijama, zakaže rasprava, kada Komitet ima potrebu za dodatnim pojašnjenjima, u odnosu na ona koja su data u podnescima.¹⁰ Za razliku od opisanog, Evropski sud za ljudska prava poznaje oba postupka – pismeni i usmeni.

Još jedna procesna razlika je u tome da su rokovi za podnošenje predstavki Komitetu veoma fleksibilni i da, u suštini, i ne postoje u striktnom obliku. Naime, Fakultativni protokol uz PGP, ne propisuje vremensko ograničenje za podnošenje predstavke Komitetu. Međutim, da bi se spriječile zloupotrebe u tom pogledu, Komitet je u svojim Pravilima postupka uveo pravilo u vezi s kašnjenjem u podnošenju predstavki. Prema Pravilu 96 (c), kašnjenje u podnesku neće automatski predstavljati zloupotrebu prava na podnošenje predstavke. Međutim, zloupotrebom se može smatrati to ako se predstavka podnosi poslije pet godina od iscrpljivanja svih domaćih pravnih lijekova ili, gdje je to moguće, poslije tri godine od zaključenja drugog postupka međunarodne istrage ili poravnanja, osim ako, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, postoje razlozi koji opravdavaju to kašnjenje.¹¹

Kao najpoznatije i najstarije ekspertske ugovorno tijelo Ujedinjenih nacija, Komitet za ljudska prava, koji je među ostalim komitetima i osobljem UN-a poznat kao 'The Committee', pokazivao je odlučnost da zadrži autonomiju u

¹⁰ Na junsko-julskom zasjedanju Komiteta iz 2016. godine ova inicijativa je dobila načelnu podršku članova Komiteta, pod uslovom da se strane u sporu saglase da usmeno budu ispitani o činjenicama koje Komitet zahtijeva.

¹¹ *Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties*, Fact Sheet No. 7- Rev. 2, United Nations, New York and Geneva, pp. 13-14. Dostupno na: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.2.pdf> (28.11.2016.)

tumačenju normi i standarda, i to ne samo u odnosu na regionalne sudove za ljudska prava, već i na praksu srodnih ugovornih tijela Ujedinjenih nacija.¹² Samo izuzetno, pozivao se na jurisprudenciju drugih tijela.¹³ Evropski sud za ljudska prava je, u tom pogledu, bio fleksibilniji, odnosno, za razliku od Komiteta, pozivao se na univerzalne standarde. Takođe, Komitet je uvijek imao značajan broj članova iz država članica Savjeta Evrope, u kojima se primjenjuje Evropska konvencija o ljudskim pravima, a presude Evropskog suda su izvor prava. Oni su, zasigurno, i tada kao i sada, unosili ta znanja u rad Komiteta i time, implicite, davali doprinos konvergenciji primjene međunarodnopravnih standarda zaštite ljudskih prava od strane ova dva tijela. Neki autori smatraju da je prisustvo evropskih eksperata u Komitetu davalo 'garancije za minimum znanja o evropskom sistemu zaštite ljudskih prava i potencijalnu pravnu empatiju s njim.¹⁴

Sličnosti između nadležnosti Komiteta i Evropskog suda se svode na obim prava koja se štite. Naime, evidentno je poklapanje normi, uz konstataciju da Pakt o građanskim i političkim pravima, eksplicite, garantuje širi obim prava od Evropske konvencije. Mada, ukoliko imamo u vidu mogućnosti i značaj tumačenja smisla i duha pravne norme, možemo s pravom konstatovati da postoji poklapanje između ovih pravnih izvora. U tom smislu, tačna je konstatacija da 'način tumačenja prava igra jaču ulogu od samog sadržaja norme, imajući u vidu da su fundamentalna prava inherentno otvorene norme, iskazane generalnim stavovima'.¹⁵

¹² Tyagi Y, *The UN Human Rights Committee. Practice and Procedure*, CUP Cambridge, 2011, str. 652-653.

¹³ Ovo se značajno promijenilo tokom posljednjih godina, što se može vidjeti u brojnim Mišljenjima, u kojima se Komitet pozivao na praksu Evropskog i Interameričkog suda za ljudska prava, ali i na jurisprudenciju ostalih ugovornih tijela UN-a.

¹⁴ Buyse A, *Op. Cit.*, str. 6.

¹⁵ *Ibid.*, str. 1-2.

3. **Mogućnost duplog postupanja**

Iako se iz analize jurisprudencije dva predmetna tijela međunarodne implementacije građanskih i političkih prava može zaključiti da su godinama uspijevali da se ne uključuju i ne miješaju jedno drugom, pa čak da nijesu ostvarivali dijalog ni u poželjnim temama od zajedničkog interesa, važno je navesti da postoje i legislativne mogućnosti, koje međunarodno pravo daje, kako bi se obezbijedila nemogućnost istovremenog paralelnog postupanja pred dva ili više međunarodna tijela. Prije svega, ovdje se misli na mogućnost ulaganja rezervi i interpretativnih deklaracija na relevantne odredbe.

Naime, u oba pravna instrumenta postoje odredbe kojima se tretira zabrana paralelnog razmatranja slučaja, koji je već podniet na odlučivanje nekom međunarodnom sudskom ili kvazisudskom tijelu.

Evropski sud za ljudska prava ne može postupati po pojedinačnoj predstavi, koja je podnijeta nekoj drugoj međunarodnoj sudskoj ili kvazisudskoj instanci radi ispitivanja, odnosno rješavanja. Naravno, uslov koji nalaže pravda i pravna sigurnost jeste da ta predstavka ne sadrži nove relevante činjenice. Ovo je određeno odredbom u članu 35(2)(b) Evropske konvencije.

S druge strane, prema odredbi u članu 5(2)(a) prvog Fakultativnog protokola uz Pakt, Komitet za ljudska prava ne može postupati po predstavkama pojedinca, ako se nije uvjerio da isti predmet ne razmatra neki drugi međunarodni organ za ispitivanje ili rješavanje. Ipak, ova odredba ne sprečava Komitet da preispituje slučaj o kojem je prethodno druga međunarodna instanca odlučila. Pomenuta Pravila postupka pred Komitetom upravo i tretiraju tu mogućnost, propisujući kraći rok.¹⁶ U skladu s tim, Komitet je odlučivao po predstavkama koje su dobile sudski epilog Evropskog suda za

¹⁶ Pogledati fusnotu br. 11.

ljudska prava, a o kojima je odlučio suprotno u odnosu na prethodnu instancu.¹⁷

Takođe, razlog koji se dodaje u prilog ove mogućnosti jeste taj što Komitet, kao međunarodno tijelo univerzalne jurisdikcije ima, po međunarodnopravnoj logici, širi domet u odnosu na regionalna tijela, pa bila ona i sudovi. Zato je Komitetu i dato to da može preispitivati slučajeve o kojima su odlučivala međunarodna tijela, ali nije moguće i obratno. Upravo zbog toga su neke evropske države uložile rezerve ili interpretativne deklaracije na član 5(2)(a) prvog Fakultativnog protokola, kako bi isticanjem svog tumačenja ove odredbe spriječile mogućnost duplog postupanja po slučaju o kojem je već odlučila međunarodna instanca, misleći u prvom redu na Evropski sud za ljudska prava. Ulaganje ovakvih rezervi i deklaracija snažno je podržao Komitet Ministara Savjeta Evrope Rezolucijom 70(17), od 15. maja 1970.¹⁸ Više od dvadeset evropskih država iskoristilo je ovaj institut, a od država regiona Zapadnog Balkana, to su učinile Slovenija i Hrvatska.¹⁹ To je dalo dodatni impuls da podnosioci predstavljeni iz Evrope radije podnose svoje slučajeve Evropskom sudu, nego Komitetu.

Ipak, u posljednje vrijeme, Komitet je zauzimao restriktivniji stav prema ovim rezervama i deklaracijama, što se posebno može uočiti u odnosu na zabranu torture,²⁰ imajući u vidu interese pravde i zaštitu žrtava kršenja građanskih i

¹⁷ Exempli causa: *Mann Sinng v. France*, ECHR Appl. No 24479-07, 13.11.2008. i *Mann Sinng v. France*, HRC Comm. No 1928/2010, 19.07.2013.; *Correia de Matos v. Portugal*, ECHR Appl. No 48188-99, 15.11.2001. i *Correia de Matos v. Portugal*, HRC Comm. No 1123-2002, 28.03.2006.

¹⁸ Nowak M, *CCPR Comentary* (2nd ed.), Engel Verlag, Kehl am Rhein, 2005, str. 881, Forowicz M, *Op. Cit*, str. 151, Buyse A, *Op. Cit*, str. 4.

¹⁹https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en#6 (30.11.2016.)

²⁰ Više o tome: Buyse A, *Does Strasbourg Echo in Geneva? The Influence of ECHR Anti-Torture Case-law on the United Nations Rights Committee*, Irish Human Rights Law Review, 2011/2012.

političkih ljudskih prava, koja su naročito (bila) ugrožena u državama u tranziciji od realsocijalizma ka modernoj demokratiji, a kakvih je najviše upravo u Evropi.

4. Divergencija u odlučivanju: izvodi iz relevantne jurisprudencije

O različitom pristupu Komiteta i Evropskog suda u odlučivanju po predstavkama o kršenju ljudskih prava, a povodom primjene pojedinih pravnih instituta i doktrina, kao što je, na primjer, polje slobodne procjene, najbolje svjedoči praksa ovih tijela.

Zajednički imenitelj za divergenciju u odlučivanju ovih tijela je, svakako, primjena doktrine *slobodne procjene* (*margin of appreciation*). Ona je nastala je u okviru strazburških pravosudnih organa, pošto ju je prvi put upotrijebila Komisija za ljudska prava 1958. godine u slučaju *Grčka protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.²¹ Od tada, Sud redovno koristi ovaj institut, koji se odnosi na prostor za manevar koji je Evropski sud spreman da da državnim vlastima, radi ispunjavanja svojih obaveza prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima.²²

Komitet za ljudska prava prednost daje testovima neophodnosti i proporcionalnosti, u odnosu na slobodu procjene. On uvijek insistira da država dokaže da su mjere, koje je preduzela, bile neophodne i proporcionalne, da bi poslužile legitimnom cilju i isključivo na tome zasniva svoje odluke. Za razliku od njega, Sud ponekad svoje odluke zasniva na slobodi procjene kojom, kada je neophodno, substituiše test proporcionalnosti. U suštini, ova tijela nastoje da utvrde da li postoji stvarni balans između interesa države da služi

²¹ Greece v. UK, Appl. No 176/56, European Commission on Human Rights, 14.12.1959.

²² Greer S, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000, str. 5.

legitimnom cilju i interesa pojedinaca da uživaju u svom pravu bez miješanja i kršenja.

Nekoliko slučajeva iz prakse ovih tijela govore o tome da različit pristup, po pomenutom pitanju, dovodi do različitih odluka. Najalarmantnije su one u kojima je Sud odbacio tužbu kao očigledno neosnovanu (manifestly ill-founded), a Komitet prihvatio komunikaciju i ustanovio kršenje prava, kao u slučaju *Maria Cruz protiv Španije*.²³ Kod ovog slučaja radi se o problemu netransparentnosti,²⁴ koji može imati implikacija i na problem pravne sigurnosti. Tako u slučaju *Maria Cruz protiv Španije*, Sud je kao očigledno neosnovanu odbacio tužbu podnositeljke, koja je istakla da je bila podvrgnuta torturi u zatvoru (imeđu ostalog, silovana i držana u izolacionom pritvoru – *incommunicado detention*), nakon čega je zadobila ozbiljne zdravstvene posljedice, što je potkrijepljeno validnim medicinskim dokazima, a što je kasnije utvrdio Komitet. O odbacivanju njene tužbe od strane Suda, odnosno odbora od trojice sudija koji su odlučivali o prethodnom postupku, odnosno o prihvatljivosti i dopuštenosti tužbe, obaviještena je samo pisanim putem i bez objašnjenja, ali nikada taj slučaj nije registrovan kao takav.²⁵ Ona je to dokumentovala kada je podnijela predstavku Komitetu za ljudska prava, koji je ustanovio kršenje člana 7, u sticaju sa kršenjem člana 2(3) Pakta, u smislu kršenja žrtvinog prava na efikasnu istragu na osnovu njegovih tvrdnji,²⁶ potencirajući i uslove izolacionog pritvora,²⁷ koji Komitet uvijek tretira kao konstitutivni element torture.

Takođe, veoma nepovoljna je divergencija kada je Sud ustanovio, u pojedinim slučajevima, da nema torture,

²³ *Maria Cruz Achabal Puertas v. Spain*, HRC Comm. No 1945/2010, 18.06.2013

²⁴ Gerards J, *Inadmissibility Decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning*, H.R.L.R., 2014, str. 2-3.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, par. 8.6.

²⁷ *Maria Cruz Achabal Puertas v. Spain*, *Op. Cit.* par. 2.5, 2.6, 2.9.

nehumanog i ponižavajućeg postupanja (dakle, da nijesu ispunjeni uslovi za kršenje člana 3 Evropske konvencije), dok je Komitet kasnije zaključio da postoji kršenje člana 7 Pakta, koji štiti ista prava. Dakle, Komitet je ustanovio da u tim istim slučajevima postoje akti torture, nehumanog i ponižavajućeg postupanja, koje odnosne države nijesu ni spriječile, ni sankcionisale, i za koje treba da odgovaraju. To su gore pomenuti slučajevi *Mann Singh protiv i France Correia de Matos protiv Portugal*.²⁸

Pored ovih primjera, ilustrativni su i slučajevi povodom nošenja šamija, odnosno vela, kao izraza prava na manifestaciju vjere. Na primjer, u dva slučaja sa identičnom faktičkom situacijom, Sud i Komitet su različito odlučili. U slučaju *Leyla Sahin protiv Turske*,²⁹ Sud je ustanovio da nije prekršen član 9 Evropske konvencije tužiteljki koja se žalila na to što je izbačena s Univerziteta Istanbula, jer je odbila da poštuje pravila te institucije, po kojima je nošenje šamija zabranjeno. Sud je, dakle, prihvatio utvrđeni princip sekularizma u Turskoj i podržao mjeru Univerziteta kao neohodnu za održanje legitimnog cilja. S druge strane, Komitet je suprotno zaključio u slučaju *Hudoyberganova protiv Uzbekistana*,³⁰ u odnosu na zahtjev studentkinje Univerziteta u Taškentu da nosi šamiju na univerzitetu, jer je to dio njenog prava na manifestaciju vjere. Ovakvih primjera ima još, ali ovaj je interesantan zato što su Sud i Komitet odlučili različito u identičnim situacijama a u, relativno, istom periodu.

Primjera iz komparativne prakse, koji pokazuju nepoklapanje, ima dosta, ali sve više ima i onih koji pokazuju približavanje međunarodne jurisprudencije u primjeni međunarodnih standard o ljudskim pravima. Tome doprinosi i započeti dijalog Suda i Komiteta, na ekspertskom nivou.

²⁸ Pogledati fusnotu br. 17.

²⁹ *Leyla Sahin v. Turkey*, ECHR Appl. No 4474/98, 10.11.2005.

³⁰ *Raimon Hudoyberganova v. Uzbekistan*, HRC Comm. No 931/2000, 5.11.2004.

Zaključak

Imajući u vidu dinamičnost sadržaja, koji pokriva tema ovog rada, teško je donijeti definitivne zaključke. Ipak, neki od njih su evidentni.

Bez obzira na to što je, u jurisprudenciji oba tijela, više bilo prisutno implicitno razmatranje, nego pozivanje na praksu drugog tijela, postoje elementi koji upućuju na izvjesno približavanje. Ipak, put u tom pravcu tek je započet, a izazovi su brojni. Zato, u naslovu ovog rada, i stoji znak pitanja na stav o konvergenciji.

Da bi se stanje poboljšalo, što je najviše u interesu pojedinaca, važno je da Sud i Komitet pređu iz prećutnog citiranja u eksplicite pozivanje na srodnu međunarodnu praksu, kao i na ustanovljavanje dijaloga između sudija i članova Komiteta za ljudska prava.

Iako su, u ovom radu, dati primjeri iz prakse koji potvrđuju različitosti, više nego sličnosti, u odlučivanju ovih tijela, to ne znači da su one dominantne. Naprotiv, naročito u posljednje vrijeme, Komitet se sve više poziva na praksu Suda, što se jasno vidi u objavljenim mišljenjima.

Međutim, ostaje otvoreno pitanje kako, na međunarodnom planu, obezbijediti bolju pravnu sigurnost žrtvama kršenja njihovih temeljnih prava. Veoma je problematično ostaviti pojedince, koje su njihove države već oštetile, da budu žrtve različitih interpretacija istog prava. U kontekstu naše teme, ipak, indikativno ostaje to što je veliki broj evropskih država ograničio primjenu člana 5(2)(a) Fakultativnog protokola, što govori, ne samo o uzdrmanom povjerenju država u međunarodne pravne instance, već može biti znak da kršenje temeljnih prava postoji na višem stepenu od onoga koji je prijavljen, i da su pojedinci, osnaženi odlukama Komiteta, spremniji da prijavljuju te slučajeve, nego ranije, a da države to nastojeda spriječe.

SUMMARY

The central question that the author gives the answer in this paper is the extent to which there is a convergence concerning jurisprudences of the two most important bodies of the international implementation of civil and political rights - UN Human Rights Committee, as the universal body, and the European Court of Human Rights, as the regional one. Through the analysis of their legal nature, jurisdictions and, in particular, the concerned case-law, the paper provides an overview of how the bodies interpret and apply international legal standards, to what extent one refers to the jurisprudence of the another, as well as the extent to which they use the institute of margine of appreciation in decision making processes regarding the violation of human rights. In addition, the paper implicitly deals with the procedural aspect of relationship between these bodies, particularly in terms of their jurisdictions.

Keywords: Covenant on Civil and Political Rights, double examination of a case, European Convention on Human Rights, jurisprudence, margine of appreciation.

Doc dr Miloš VUKČEVIĆ¹

EVROPSKO JAVNO TUŽILAŠTVO

Nakon više od šest godina od usvajanja Lisabonskog ugovora² i tri godine od kada je Evropska komisija predložila Uredbu o osnivanju Kancelarije Evropskog javnog tužilaštva³, još uvijek traju pregovori u Savjetu Evropske unije o budućim propisima po kojima će raditi ova institucija.⁴

Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, stvorio se pravni osnov za formiranjem Kancelarije evropskog javnog tužilaštva, koja bi djelovala nadnacionalno⁵, van okvira granica država članica. Naime, članom 86 navedenog ugovora propisano je da za borbu protiv kriminala koji utiče na finansijske interese Unije, Savjet ministara može uredbama donesenim u skladu sa posebnim zakonodavnim postupkom od Eurojusta osnovati Evropsko javno tužilaštvo. Savjet odlučuje jednoglasno nakon pribavljanja saglasnosti

¹Miloš Vukčević je docent na predmetima Pravo Evropske unije i Međunarodno javno pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta Mediteran u Podgorici, e-mail: milos.vukcevic@unimediterran.net

² Reformisani Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, stupili na snagu u decembru 2009. godine.

³ Uredba o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužilaštva je usvojena 17. jula 2013. godine i od tada je predmet diskutovanja u nadležnoj radnoj grupi Savjeta (COPEN) - Proposal for a COUNCIL REGULATION on the establishment of the European Public Prosecutor's Office/COM/2013/0534 final - 2013/0255 (APP).

⁴ Giuseppe RIZZO, „(EPPO) European Public Prosecutor: also the European parliament wants a say.....“, European Area of Freedom Security and Justice, april 2015. godine, str. 4.

⁵ Koncept “nadmacionalno” ili “supranacionalno” je uvijek na početku nailazio na otpor (protivljenje) država članica EU, vidi više o tom kod K. Ligeti, M. Simonato, “The European public prosecutor's office: Towards a truly European prosecutor service?”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, Issue 1-2, 2013., str. 8.

Evropskog parlamenta. Interesantno je i da u slučaju da nema jednoglasnosti, grupa od najmanje devet država članica, može zahtijevati da se nacrt uredbe uputi Evropskom savjetu. U tom slučaju, prekida se postupak u Savjetu ministara i nakon rasprave, a u slučaju konsensusa, Evropski savjet može u roku od četiri mjeseca od prekida, vratiti nacrt Savjetu na usvajanje. Takođe, korišćenjem odredbi o bližoj odnosno unaprijeđenoj saradnji⁶, i ako istekom navedenog roka nije postignuta saglasnost, najmanje devet država na osnovu nacta navedene uredbe mogu obavjestiti Evropski parlament, Savjet i Komisiju, čime se smatra da je dato ovlašćenje za pokretanje bliže, odnosno unaprijeđene saradnje pokrenut. Evropsko javno tužilaštvo nadležno je za vođenje istrage, gonjenje i optužbu izvršilaca ili saizvršilaca krivičnih djela protiv finansijskih interesa Unije, na način koji će biti propisan uredbama koje će sadržati opšta pravila kojima se uređuje postupanje evropskih tužilaca, uslovi za vršenje njihovih poslova, poslovnik koji uređuje njihov rad, kao i pravila o prihvatljivosti dokaza i pravila koja se primjenjuju na sudsku kontrolu procesnih mjera koje kancelarija preduzima u vršenju svojih poslova. Važno je napomenuti da Evropski savjet može proširiti nadležnost Evropskog javnog tužilaštva na teške oblike kriminala koji imaju prekograničnu dimenziju.

Predlog o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužilaštva usvojen je u vidu više internih dokumenata (rezolucija) koje su usvajane od strane Evropskog parlament. Ovim rezolucijama uređuje se pitanje nadležnosti Evropskog

⁶ Odredbe o bližoj ili pojačanoj saradnji definisane su članom 20 Ugovor o funkcionisanju EU i daju mogućnost najmanje devet država članica da između sebe ostvare bližu – pojačanu saradnju u onim oblastima koje ne spadaju u isključivu nadležnost Unije, odnosno da mogu koristiti njene institucije i izvršavati te nadležnosti primjenjujući odgovarajuće odredbe Ugovora. Pojačana saradnja usmjerena je na unaprijeđivanje ciljeva Unije, zaštitu njenih interesa i jačanje procesa njenih integracija. Akti usvojeni u okviru pojačane saradnje obavezuju samo države članice koje u njoj učestvuju. Oni se ne smatraju pravnom tekovinom koju moraju prihvatiti države kandidati za pristupanje EU.

javnog tužilaštva, njegove karakteristike, način primjene odluka tužioca, odnos između Kancelarije i postojećih sličnih tijela kao što su Eurojust i OLAF. Takođe, ovim internim dokumentima ograničava se nadležnost Evropskog javnog tužilaštva na krivična djela iz oblasti prevara i štete po finansijske interese EU, iako poslednji slučajevi širenja i jačanja terorizma u Evropskoj uniji ukazuju da bi nadležnost Kancelarije trebala biti proširena i na ova krivična djela.

Još u julu 2012. godine, Evropska komisija je predložila da sve države članice definišu prevaru na štetu finansijskih interesa Evropske unije na sličan način u svojim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima. Prema predlogu Uredbe Evropske komisije o osnivanju Kancelarije, koji je usvojio Evropski parlament sa ogromnom većinom (467 u korist, 161 protiv i 30 uzdržana), Evropsko javno tužilaštvo bi nadležnost imalo isključivo u zemljama članicama EU. Tako će za istrage o toj vrsti zloupotreba, Crna Gora i dalje morati oslanjati na nacionalne organe.

Novo tijelo, Kancelarija evropskog javnog tužilaštva trebala bi da prvenstveno zaštiti evropski budžet i evropske poreske obveznike, te da učini bržim i ujednači različite nacionalne zakonske procedure širom EU. Njenim formiranjem bio bi prevaziđen i osnovni problem u istrazi prekograničnog kriminala, jer bi jurisdikcija Kancelarije obuhvatala gotovo sve članice EU.⁷

Struktura Kancelarije Evropskog javnog tužilaštva

Kancelariju Evropskog javnog tužilaštva činiće javni tužilac i njegova četiri zamjenika, koji će se nalaziti u sjedištu Kancelarije i delegirani evropski tužioci koji će biti nastanjeni u državama članicama. Oni će biti zaduženi za rukovođenje

⁷http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm

istragama na terenu, zajedno sa pratećim osobljem delegiranim iz nacionalnih pravosudnih sistema. O internim procedurama Kancelarije odlučivao bi kolegijum sastavljen od javnog tužioca, njegova četiri zamjenika i pet delegiranih tužilaca, dok bi svaka odluka javnog tužioca mogla biti preispitivana pred nacionalnim sudom države članice EU.

Kancelarija evropskog javnog tužilaštva zamišljena je kao nezavisno tijelo Unije sa ovlaštenjem da istražuje i procesuirati pronevjere novca iz budžeta Evropske unije i druga krivična djela koja utiču na njene finansijske interese. Uspostavljanje Kancelarije će doneti suštinske promjene u načinu na koji se štite finansijski interesi Unije. Složeni krivični predmeti sa prekograničnom dimenzijom će na taj način biti koordinirani i rješavani od strane Kancelarije. Trenutno, samo nacionalni organi mogu istraživati i procesuirati ovakva djela. Njihove nadležnosti se zaustavljaju na njihovim nacionalnim granicama. Postojeća tijela Unije (kao što su OLAF, Eurojust i Europol) nemaju i nemogu imati nadležnost za vođenje krivičnih istraga. Kancelarija evropskog javnog tužilaštva će popuniti ovu institucionalnu prazninu.⁸

Od prijave koje Evropska kancelarija za borbu protiv pronevjera (OLAF)⁹ dostavlja nacionalnim vlastima država

⁸ Tako je samo u slučaju obnove i izgradnje autoputa u Kalabriji 2011. godine na fiktivne ugovore i radove potrošeno 388 miliona eura koji su bili izdvojeni iz evropskih sredstava pomoći. Poznata je procjena da je u samoj Italiji od 2006. do 2010. pronevjeren dvije milijarde eura iz fondova EU. Najčešći primjeri zloupotreba novca iz EU budžeta upravo se odnose na finansiranje poljoprivrednih i regionalnih razvojnih projekata. U prosjeku oko 500 miliona eura pronevjeren je u državama članicama u posljednje tri godine, ali stvarni iznos od prevare procjenjuje se na znatno veći. Podaci ne obuhvataju neotkrivene pronevjere, pa je samim tim vjerovatno mnogo veća ukupna brojka, vidi više o tome http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm

⁹ OLAF predstavlja nezavisnu službu EU, čiji je zadatak da otkriva i preuzima mjere za otklanjanje svih vrsta prevara, korupcija i drugih protivzakonitih radnji, odnosno da sprovodi borbu protiv svakog vida finansijskih zloupotreba i korupcije. Naime, u namjeri da zaštiti finansijske interese Evropske unije od prevara i korupcije, Evropska komisija je, 1999

članica EU, za manje od polovine se podignu optužnice koje rezultiraju osuđujućom presudom, takođe u manje od 50 odsto slučajeva. Koliko nacionalne vlasti država članica EU nisu sklone suočavanju s tim problemima, pokazuje i podatak da su one dostavile samo četvrtinu prijava na osnovu kojih je OLAF vodio svoje istrage. Vjerovatno nisu željele da otkrivanjem inkriminišućih podataka ugroze dalji priliv novca iz Brisela, odnosno fondova EU.¹⁰ Čak i uz takve opstrukcije, OLAF je 2011. uspio da vrati oko 700 miliona evra pronevjerenih iz EU budžeta, a sudovi u državama članicama su, vodeći se OLAF-ovim podacima, izrekli kazne od ukupno 511 godina zatvora.¹¹ Ali, OLAF-u ostaje prepreka za efikasan rad to što nema ovlašćenje da samostalno podiže optužnice. Sa Evropskim javnim tužiocem bi bilo drugačije, mada bi i on u krajnjem završene predmete morao da predaje nacionalnim sudovima na odlučivanje.

Kancelarija evropskog javnog tužilaštva će biti tijelo Unije sa decentralizovanom strukturom koja će imati za cilj uključivanje i integrisanje nadležnih nacionalnih organa za sprovođenje zakona. Evropski javni tužilac biće na čelu Kancelarije. Njegove istrage će, u principu, vršiti delegirani evropski tužioci iz svake države članice. Države članice treba da imaju najmanje po jednog delegiranog tužioca, a mogu i više. Ovi delegirani tužioci će biti dio Kancelarije, ali će nastaviti vršiti svoju funkciju i kao domaći tužioci. Imaće potpunu nezavisnost od nacionalnih organa gonjenja u postupcima koje vode po nalogu Kancelarije. Ova struktura bi trebalo da dovede do sinergije između evropskog i nacionalnog

godine, osnovala OLAF. Istraživanja OLAF-a dovela su do povraćaja više od 1 milijarde € poreskih obveznika EU. Vidi više o tome http://ec.europa.eu/anti-fraud//home_en

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

odlučivanja¹² čime će se na najbolji način obezbjediti puna efikasnost u istragama.

Glavne karakteristike Kancelarije Evropskog javnog tužilaštva

Kancelarija će biti efikasno tijelo Unije koje će kroz spoj istražnih i tužilačkih sredstava država članica i sa jasnim hijerarhijskim linijama osigurati brzo donošenje odluka. Imaće ujednačena istražna ovlašćenja širom Unije integrisana u nacionalne pravne sisteme država članica. U skladu sa domaćim pravom, pravom Unije i Poveljom o osnovnim pravima, postojaće jake mjere zaštite prava lica uključenih u istrage Kancelarije. Naravno, potrebno je prethodno odobrenje od strane nacionalnog suda za istražne radnje koje se tiču i osnovnih ljudskih prava (npr. mjere tajnog nadzora). Naime, istrage ovog tijela podliježu sudskom preispitivanju od strane nacionalnih sudova.

Evropsko javno tužilaštvo će se uglavnom oslanjati na nacionalna pravila istrage i postupka, uz primjenu evropskih pravila i propisa tamo gdje to bude apsolutno neophodno. Time će se osigurati efikasnost i efektivnost istraga i gonjenja Kancelarije, ali i visok nivo proceduralnih garancija za osumnjičene.

Uredba o osnivanju ovog organa, koja je još uvijek predmet pregovaranja u Savjetu EU, sadrži istražna ovlašćenja i obezbeđuje opšte uslove njihove primjene.¹³ Uredba takođe sadrži odredbe kojima se definišu procesna prava osumnjičenog lica, kao i pravila o prihvatljivosti dokaza. Dokazi prikupljeni zakonito u jednoj državi članici prihvatljivi

¹²http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm

¹³ Proposal for a COUNCIL REGULATION on the establishment of the European Public Prosecutor's Office / COM/2013/0534 final - 2013/0255 (APP).

su u sudovima svih država članica, pod uslovom da ne utiču negativno na pravičnost postupka ili prava na odbranu, kako je to sadržano u Povelji EU o osnovnim pravima.

Evropskoj uniji je potrebno evropsko javno tužilaštvo, jer nacionalnim pravosudnim organima često nedostaju kapaciteti, neodlučni su ili preplavljeni slučajevima, posebno složenim koji imaju prekogranični element. U većini evropskih zemalja dugi postupci, ponekad u kombinaciji sa visokim nivoom birokratije i strogim propisima koji se odnose na dokaze, predstavljaju ozbiljne prepreke za borbu protiv korupcije. Takođe, nacionalni organi – istražitelji koji vode istrage u vezi sa tim krivičnim djelima na nivou države članice ne vide kompletnu sliku slučaja, već samo jedan njen dio koji se odigrava na nacionalnom nivou. Iako koriste instrumente međunarodne pravne pomoći, nacionalni istražitelji ih koriste jedino u cilju otkrivanja i procesuiranja onog djela krivičnog djela koje se odvija na teritoriji njihove države.¹⁴ Drugim riječima, kad nadležni organi države članice EU otkriju krivično djelo protiv finansijskih interesa EU, oni ograniče svoju istragu na nacionalni aspekt slučaja, ignorišući njegovu evropsku dimenziju.¹⁵ Evropski javni tužilac tijesno će saradivati sa drugim institucijama EU zaduženim za suzbijanje korupcije i kriminala.¹⁶

Važno je istaći da je Uredbom o Kancelariji Evropskog javnog tužilaštva propisano da tužioci neće tražiti, niti primati instrukcije od bilo koga izvan Kancelarije. Ova odredba podrazumijeva da institucije Unije, tijela, kancelarije ili agencije i države članice moraju poštovati nezavisnost Kancelarije i ne smiju uticati na vršenje njihovih zadataka. Takođe, Kancelarija evropskog javnog tužilaštva neće biti

¹⁴ K. Ligeti, M. Simonato, op. cit., str. 9.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ OLAF-a (Evropska služba za suzbijanje prevara), Eurojust (Evropska agencija za krivično pravosudnu saradnju) i Europol (evropska policija).

integrisana u druge institucije ili službe EU.¹⁷ Bivši službenici Suda pravde, pripadnici nacionalnih vrhovnih sudova, državnih službi i javnih tužilaštava pomoći će da se sačini uža lista kandidata za imenovanje Evropskog javnog tužioca. Predlog je da njegov mandat bude ograničen na osam godina i da ne bude obnovljiv. Evropski javni tužilac može biti razriješen od strane Suda pravde, nakon predloga od strane Evropskog parlamenta, Savjeta i Komisije. Što se tiče nacionalnih evropskih delegiranih tužilaca, Uredba navodi da će njihov rad na predmetima za Evropskog javnog tužioca uvijek imati prednost nad nacionalnim predmetima. Svaki eventualni sukob interesa će biti riješen od strane Evropskog javnog tužioca. Delegirani tužioci ne mogu biti otpušteni bez saglasnosti Evropskog javnog tužioca.¹⁸ Ovako rešenje iako je po mišljenju autora ispravno, može izazvati zabrinutost kod država članica i postaviti pitanje efikasnog djelovanja nacionalnih organa u otkrivanju i procesuiranju domaćih krivičnih djela.¹⁹ Naime, postavlja se pitanje u kojoj mjeri njihov rad za Evropskog javnog tužioca može uticati i ometati njihov rad u istraživanju krivičnih djela koja pogađaju domaći nacionalni interes.²⁰

Da bi se izbjeglo preklapanje nadležnosti i vođenje istovremenih istraga, predlogom Uredbe propisana je obaveza nacionalnih organa država članica EU da o tome obavještavaju Kancelariju koja ukoliko procjeni da je „prikladnije“ i efikasnije

¹⁷ U teoriji su se izdefinisala tri modela organizacije Kancelarije evropskog javnog tužilaštva: model kolegijalnog organa, model centralizovanog organa i model integrisanog organa, vidi više o tom kod K. Ligeti, M. Simonato, op. cit., str. 12-18.

¹⁸ Procjena je da će evropski tužioci u prosjeku imati 2.500 slučajeva godišnje. Ova cifra je zasnovana na godišnjim izvještajima EU upravnih istražnih organa zemalja članica. Očekuje se da će Kancelarija Evropskog javnog tužilaštva privući više informacija o mogućoj prevari nego države članice ili OLAF . Broj predmeta može stoga biti veći nego što je procjenjeno, vidi više o tome http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm

¹⁹ K. Ligeti, M. Simonato, op. cit., str. 9.

²⁰ Ibidem.

da slučaj vodi evropsko javno tužilaštvo može isti preuzeti u svoju nadležnost. Dakle, u slučaju sukoba nadležnosti Kancelarija će odlučiti ko će istraživati i procesuirati slučaj. Takođe, Evropsko javno tužilaštvo može biti nadležno i za “drugo” krivično djelo, odnosno krivično djelo koje ne pogađa finansijski interes EU, ukoliko su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi:²¹

- Istom radnjom kojom je počinjeno drugo krivično djelo, počinjeno je i krivično djelo koje pogađa finansijski interes EU;
- Postoji dominantno krivično djelo koje pogađa finansijske interese EU, dok je drugo krivična djela pretežno „pomoćno“, koriste se u cilju realizacije djela koje pogađa finansijske interese EU.
- Drugo krivično djelo ne bi bilo otkriveno i kažnjeno, ukoliko nije optuženo i gonjeno zajedno sa krivičnim djelo koje pogađa finansijske interese EU.

Zadnji nabrojani uslov je ispunjen samo ukoliko su dva krivična djela usko povezana i jedno od njih je djelo prevare na štetu EU . Tada je važno da oba djela budu procesuirana u isto vrijeme, bilo od strane Kancelarije, bilo od strane nadležnih nacionalnih tužilaca.²²

Važno je istaći da odluke Evropskog javnog tužilaštva neće biti predmet sudske kontrole od strane Suda pravde EU, već sudova država članica EU. Takođe, kako Savjet EU tokom svojih pregovora nije uspio da uspostavi sopstvena pravila za vođenje istrage, to će svaki evropski tužilac spovoditi istrage u skladu sa pravom svoje države članice, iako mu to stvara problem kad koristi dokaz u prekograničnim slučajevima.²³ Naravno, evropski javni tužilac moći će da koristi insitute međusobno priznatog sistema uspostavljenog na nivou EU,

²¹ G. Rizzo,op.cit., str. 4.

²² Ibidem.

²³ G. Rizzo,op.cit., str. 5-6.

poput Evropskog naloga za hapšenje i Direktive 2014/41 o Evropskoj naredbi za istragu.

Kada je u pitanju zaštita prava pojedinaca i kompanije protiv kojih se vode istrage ili krivično gonjenje, važno je istaći da predlog Uredbe uključuje sveobuhvatan skup procesnih garancija, što će osigurati da prava osumnjičenih i drugih lica uključenih u istrage evropskog javnog tužioca budu zaštićena postojećim zakonodavstvom EU, kao i nacionalnim zakonodavstvom. Predlog Uredbe pojašnjava da osumnjičeni ima sva prava garantovana zakonodavstvom EU i Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije.²⁴ Pored toga, osumnjičeni ima pravo odbrane garantovano domaćim zakonodavstvom.

Interesantno je da Kancelarija evropskog javnog tužilaštva neće imati ovlašćenja da lišava slobode i određuje zadržavanje učiniocima krivičnih djela. Samo nadležna tužilaštva država članica EU će moći da vrše hapšenja za krivična djela u okviru nadležnosti Evropskog javnog tužilaštva.

Ovlašćenja nacionalnih organa zaustavljaju se na nacionalnim granicama, a krivična djela protiv finansijskih interesa EU su često složena i uključuju komplikovane i složene šeme prevara, više zemalja i nekoliko nacionalnih jurisdikcija. U nekim slučajevima, nacionalni organi mogu odlučiti da samo istražuju „svoj“ nacionalni dio krivičnog djela, bez obzira na potencijalno mnogo šire implikacije međunarodne šeme prevare. Efikasna saradnja između država članica do sada je bila teška zbog različitih krivično pravnih sistema, nejasne nadležnosti, dugotrajnih procedura pravne

²⁴ Tako se u Predlogu uredbe eksplicitno navode sledeća prava: pravo na tumačenje, prevođenje, informacije, uvid u predmet materijala, pristup advokatu i da obavjeste treća lica u slučaju pritvora, pravo na ćutanje, pravna pomoć, svako se smatra nevinim dok se ne osudi i sl.

pomoći, problema sa jezikom, nedostatka sredstava i različitih prioriteta.²⁵

S obzriom da je Velika Britanija pokrenula procedure izlaska iz EU, a da prema Ugovoru o EU Irska imaju takozvanu "opt - out" politiku iz pravosuđa i unutrašnjih poslova, što znači da ove dvije države neće biti dio Kancelarije evropskog javnog tužilaštva.

Evropski tužioci koji su delegirani u državama članicama će činiti dio Kancelarije evropskog javnog tužilaštva. Po pravilu, oni će sprovoditi istragu i gonjenje u svojim državama, koristeći domaće kadrove i primjenu nacionalnog zakona. Njihove akcije će biti koordinirane od strane centralne Kancelarije na čelu sa Evropskim javnim tužiocem. Ovu decentralizovanu strukturu činiće, dakle, nacionalni eksperti čija je prednost u detaljnom poznavanju nacionalnog pravosudnog sistema, poznavanju lokalnog jezika, integracija u lokalne strukture tužilaštva, praksa u rukovanju lokalnih sudskih predmeta itd.

Delegirani tužioci mogu nastaviti svoju funkciju kao domaći tužioci. Međutim, kada djeluju u okviru nadležnosti Kancelarije evropskog javnog tužilaštva, delegirani tužioci će biti potpuno nezavisni od svojih nacionalnih vlasti.²⁶ Evropsko javno tužilaštvo ne smije biti pod ničijim uticajem, niti države članice niti institucije EU. Povezivanjem Evropskog javnog tužioca, njegovih zamjenika i nacionalnih tužioca obezbjediće se i dogovor o internim pravilima postupka. Ovo rješenje, takođe će obezbjediti koordinaciju potrebnu u tužilaštvu kako bi se izbjegao rizik od "dvostrukog suđenja" (*ne bis in idem* princip).²⁷

²⁵http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm

²⁶ Ideja nezavisnog tužilaštva ne proizilazi iz zajedničkepravne tradicije država članica EU. Naime, u većini država članica EU državno tužilaštvo je pod ministarstvom pravde, vidi više o tom kod K. Ligeti, M. Simonato, op. cit., str. 12.

²⁷ Vidi više o tome kod Giuseppe RIZZO, op.cit., str. 4.

Nacionalni sudovi država članica će imati uvid u aktivnosti Evropskog javnog tužilaštva, koje će se moći osporiti pred nadležnim nacionalnim sudom. Osim toga, nadležni pravosudni organi država članica EU će biti odgovorni za prethodno odobrenje istražnih radnji Kancelarije evropskog javnog tužilaštva. Kancelarija Evropskog javnog tužilaštva će imati ovlašćenja da predlaže, naređuje i sprovodi istražne radnje. Instrumenti na raspolaganju su jasno definisani u Predlogu Uredbe o evropskom javnom tužilaštvu koji sadrži pregled istražnih mjera koje su na raspolaganju evropskim tužiocima. Tako će evropski tužioci moći pretraživati prostorije, imovinu i računarske sisteme, oduzimati predmete, presretati telefonske razgovore i zamrznuti finansijske transakcije. Takođe, moći će ispitivati osumnjičena lica i svjedoka, kao i sprovoditi mjere za praćenje lica.

Uloga Eurojusta-u u budućnosti

Eurojust je osnovan s ciljem podsticanja i poboljšanja koordinacije i saradnje između nacionalnih pravosudnih tijela u krivičnom gonjenju teškog prekograničnog kriminala u Europskoj uniji. Eurojust pomaže nacionalnim istražnim organima i tužilaštvu, saradjujući i koordinirajući u oko 1500 prekograničnih slučajeva godišnje.²⁸ To je pomoglo da se izgradi međusobno povjerenje i da premosti jaz između širokog spektra EU pravnog sistema i tradicija. Sa druge strane, Eurojust, nema nadležnost za vođenje krivičnih istraga.

Trenutni set zakonodavnih predloga ima za cilj uspostavljanje snažne veze i sinergije između ove dvije organizacije kroz efikasnu saradnju i razmjenu informacija, znanja i resursa. Naročito, u slučajevima kada su osumnjičeni učestvovali u zločinima koji utiču na finansijske interese Unije i drugim oblicima kriminala. Podrazumijeva se da će postojati

²⁸ <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/home.aspx>

potreba za stalnom bliskom saradnjom. Pored toga, u slučaju preklapanja nadležnosti u izuzetnim slučajevima, Eurojust može pružiti pomoć u rješavanju pitanja nadležnosti .

Eurojust će obezbjediti administrativne usluge podrške za Kancelariju evropskog javnog tužilaštva, kao što su osoblje, finansije i IT. Na primjer, Kancelarija javnog tužilaštva će moći da koriste IT infrastrukturu Eurojust-a, uključujući i njegove sisteme za upravljanje predmetima , privremene radne datoteka. Detalji ovog aranžmana će biti precizirani u sporazumu između Kancelarije evropskog javnog tužilaštva i Eurojust-a. Osnivanje Kancelarije takođe povećava demokratski legitimitet Eurojust-a, dok će Evropski parlament i nacionalni parlamenti u budućnosti biti više uključeni u procjeni njegovih aktivnosti.

Zaključak

Usvajanjem Lisabonskog ugovora otvorio se prostor za novu diskusiju o osnivanju Kancelarije Evropskog javnog tužilaštva, dok je pojava svetske ekonomske krize dala dodatni podsticaj i vjetra u leđa.²⁹ Kancelarija evropskog javnog tužioca bi svakako imala potencijal da pomogne obnovi povjerenja u institucije EU i njihovu sposobnost da se efikasnije bave korupcijom, ukoliko bi uspjela da koordinira i privede pravdi 2,000-3,000 dodatnih slučajeva godišnje, kako je to procjenjeno. Nažalost, još uvijek uvođenje Evropskog javnog tužilaštva je na nivou predloga i u razmatranju je više modaliteta njegove organizacije i djelovanja. Ipak, za razliku od ranije kada su države članice EU blokirale inicijative za uspostavljanje Kancelarije evropskog javnog tužilaštva, sada se gotove sve slažu da je potrebno uspostaviti jedno ovakvo tijelo sa suzbijanje finansijskih pronevjera na račun budžeta EU. Svaki dan odlaganja uspostavljanja Kancelarije, direktno

²⁹ K. Ligeti, M. Simonato, op. cit., str. 21.

pogađa budžet i nanosi štetu Evropskoj uniji. Takođe, EU rizikuje da izgubi priliku da uvede veoma važan ključ za razvoj jedinstvenog pravosudnog prostora u EU prostoru slobode, sigurosti i pravde.³⁰

Predlogom Uredbe o osnivanju Kancelarije Evropskog javnog tužilaštva potrebno je dodatno urediti oblasti zaštitu ljudskih prava, napraviti jasnu razliku između ovlašćenja evropskog tužioca od tužioca država članica, kao i razmotriti mogućnost da Sud prave EU u Luksemburgu bude Sud poslednje instance kada se krivični postupak za krivična djela iz nadležnosti Evropskog javnog tužilaštva vode pred nacionalnim sudovima država članica EU.³¹ Na kraju, autor je mišljenja da bi nadležnost Evropskog javnog tužilaštva trebalo proširiti i na krivična djela koja se izvršavaju van granica EU a pogadaju i nanose štetu budžetu EU. Posebno bi trebalo razmisliti o uvođenju mogućnosti da Kancelarija evropskog javnog tužilaštva može procesuirati i goniti počinioce krivičnih djela na štetu finansijskih interesa EU na teritoriji država kandidata za članstvo poput Crne Gore, Srbije, Makedonije i drugih.

REZIME

Autor analizira mogućnost osnivanja Kancelarije Evropskog javnog tužilaštva, kao i šta je do sada Evropska unija uradila u ostvarivanju navedenog cilja. Naime, stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, stvorio se pravni

³⁰ „Evropska komisija se zalaže za nultu toleranciju prema zloupotrebi zajedničkog evropskog budžeta. U tom kontekstu je i prijedlog za formiranje Kancelarije evropskog javnog tužioca. –Javne finansije su pod pritiskom širom Evrope i svaki euro se računa”, poručila je potpredsjednica Evropske komisije, komesarka za pravdu, temeljna prava i građanstvo Viviane Reding, vidi više http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm

³¹ G. Rizzo, op.cit., str. 8.

osnov za formiranjem Evropskog javnog tužilaštva, koje bi djelovala nadnacionalno, van okvira granica država članica. Članom 86 navedenog ugovora propisano je da za borbu protiv kriminala koji utiče na finansijske interese Unije, Savjet ministara može uredbama donesenim u skladu sa posebnim zakonodavnim postupkom od Eurojusta osnovati Evropsko javno tužilaštvo. Evropska komisija je predložila Uredbu o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužilaštva i još uvijek traju pregovori u Savjetu Evropske unije o budućim propisima po kojima će raditi ova institucija. Kancelarija evropskog javnog tužilaštva će biti tijelo Unije sa decentralizovanom strukturom koja će imati za cilj uključivanje i integrisanje nadležnih nacionalnih organa za sprovođenje zakona. Ova struktura bi trebalo da dovede do sinergije između evropskog i nacionalnog odlučivanja čime će se na najbolji način obezbjediti puna efikasnost u istragama.

SUMMARY

The author analyzes the possibility of establishing a European Public Prosecutor's Office, as well as what has been done by the European Union in achieving this objective. The entry into force of the Lisbon Treaty, created the legal basis for the formation of a European Public Prosecutor's Office, which would act transnational, beyond the borders of the Member States. Article 86 of the said agreement provides that the fight against crime affecting the financial interests of the Union, the Council of Ministers may Regulations adopted in accordance with a special legislative procedure of Eurojust to establish a European Public Prosecutor's Office. The European Commission proposed a Regulation on the establishment of a European Public Prosecutor's Office and is still being negotiated in the Council of the European Union on future legislation for which will operate these institutions. The Office of the European Public Prosecutor's Office will be a body of the

Union with decentralized structure which will aim to inclusion and integration of the relevant national law enforcement agencies. This structure should lead to synergies between European and national decision-making, which will be the best way to ensure the full effectiveness of the investigations.

doc dr Vesna RATKOVIĆ¹

**SPROVOĐENJE KONVENCIJE SAVJETA EVROPE O
SPRJEČAVANJU I BORBI PROTIV NASILJA NAD ŽENAMA I
NASILJA U PORODICI, POTREBA REDUZIMANJA
PREVENTIVNIH I REPRESIVNIH MJERA**

Konvencija Saveta Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici tzv. "Istanbulska" konvencija predstavlja najsveobuhvatniji i obavezujući međunarodni ugovor u ovoj oblasti. Odredbe i vrijednosti koje se promovišu ovom konvencijom polaze i nadovezuju se na brojne međunarodne dokumente iz oblasti zaštite ljudskih prava koji se od 90-tih godina prošlog vijeka sprovode npr. Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (UN, Komitet CEDAW), Preporuke Saveta Evrope broj, 5 (2002) o zaštiti žena od nasilja, Direktiva 2012/29/EU, minimalni standardi u vezi prava, podrške i zaštite žrtava kriminala/oštećenih strana.

Usvajajući "Istanbulsku" konvenciju Savjet Evrope po prvi put utvrđuje instrument sa pravno obavezujućim standardima sprečavanja nasilja nad ženama i nasilja u porodici, sa principima zaštite žrtava i kažnjavanja izvršilaca². Za konvenciju se može se reći da predstavlja pravac kretanja savremenog međunarodnog zakonodavstva u oblasti promocije i zaštite ljudskih prava i opšte je prihvaćena kao savremeni i

¹ Pravni fakultet, Univerzitet Mediteran, Podgorica; Članica GREVIO, Savjet Evrope, Strazburg, Francuska.

² Regionalne organizacije u Americi (Organizacija američkih država- OAS- države Sjeverne i Južne Amerike) i Africi-Afrička unija, donijele su odgovarajuće konvencije prije nego što je SE donio Konvenciju o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

sveobuhvatni standard u sprječavanju i procesuiranju nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

Savjet Evrope (u daljem tekstu: SE) je “Istanbulsku” konvenciju (u daljem tekstu: konvencija) donio je 2011, a ista je stupila na snagu 1. avgusta 2014. g. Uz tekst Konvencije donijet je i Izvršni izvještaj, čime je SE komentarisanjem odredbi doprinio boljem razumjevanju intencija i obaveza iz Konvencije³.

Skupština Crne Gore 31. oktobra 2013. g. usvojila je Zakon o potvrđivanju Konvencije SE o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.⁴ Ratifikujući ovu konvenciju, Crna Gora je izrazila rezervu, na član 30, stav 2, koja se odnosi na potrebu obezbijedenja odgovarajuće državne naknade za osobe koje su dobile ozbiljne tjelesne povrede ili kojima je ozbiljno narušeno zdravlje nasiljem koje su pretrpjele.

Ovaj članak ima za cilj da ukaže na sadržaj i vrijednosti konvencije i da doprinese lakšem prepoznavanju obaveza i djelotvornijem sprovođenju nekih od standarda i zahtjeva koje konvencija ustanovljava, ukazujući na sadržaj Poglavlja: I, II, III i posebno V, imajući u vidu potrebu harmonizacije i u tom smislu očekivanih izmjena i dopuna Krivičnog zakonika Crne Gore (u daljem tekstu: KZ CG).

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

Međunarodni akti i “Istanbulska” konvencija

Globalni problemi, podrazumijevaju i nasilje nad ženama i nasilje u porodici, koji su svojstveni svim savremenim

³ www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio, Explanatory Report.

⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije Savjeta Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici „Službeni list CG”-Međunarodni ugovori, Broj, 4/2013.

društvima, bez obzira na stepen dostignutog društvenog i ekonomskog razvoja ili geografsko područje. Zbog toga, međunarodne ili regionalne organizacije na ovakve vrste problema žele da dugoročno utiču, te da preko međunarodnih akata kojima ustanovljavaju standarde tj. definišu preventivna, represivna i druga sredstva i mjere za spriječavanje i suzbijanje ovih pojava. Prema ovim standardima nasilje nad ženama i nasilje u porodici je krivično djelo i predstavlja grubo kršenje osnovnih ljudskih prava, što je već dugi niz godina dio nacionalnih krivičnih zakonodavstva evropskih država, pa i Crne Gore.

Inače, nasilje nad ženama je prepoznato kao jedano od najčešćih kršenja ljudskih prava uopšte, o čemu govori i procjena da 35% žena ima iskustvo fizičkog ili seksualnog nasilja, bilo od strane svog partnera ili nepoznate osobe.⁵ Na bazi osnovnog instrumenta UN o pravima žena- Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW, 1979) Komitet je 1992. g. objavio Opštu preporuku 19, prema kojoj rodno zasnovano nasilje predstavlja oblik diskriminacije koje spriječava mogućnost žena da uživaju prava i slobode na osnovu jednakosti sa muškarcima. Koristeći ovu interpretaciju, CEDAW Komitet daje preporuke državama koje se odnose na nasilje nad ženama. Tako Zaključna zapažanja Komiteta UN o II izvještaju o sprovođenju (CEDOW) ⁶ podsjećajući na Opšte preporuke Br.19 (1992) o nasilju nad ženama, Komitet 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 počionoci kažnjavaju u skladu sa težinom zločina; 2) Ubrza usvajanje svih preostalih regulativa koji proističu iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, i identifikuje sve propuste u primjeni zaštitnih mjera u krivičnim postupcima; i dr.”

⁵ www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio

⁶ www.gov.me II Izvještaj o sprovođenju konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena za Crnu Goru (CEDAW) Podgorica, str. 14 i 15, 2015. g.

Promocija i zaštita ljudskih prava primarni je cilj SE, posebno imajući u vidu da SE predstavlja 47 država članica i njenih 800 miliona stanovnika. Nasilje nad ženama i nasilje u porodici poništavaju suštinske vrijednosti na kojima se zasniva SE. Kao vodeća organizacija za ljudska prava u Evropi, SE je preduzeo niz inicijativa za unaprijeđenje zaštite žena od nasilja još od 1990-ih godina. Parlamentarna skupština SE, takođe je zauzla čvrst politički stav protiv svih oblika nasilja nad ženama, a usvojila je i niz rezolucija i preporuka za usvajanje standarda za spriječavanje, zaštitu i procesuiranje najtežih i rasprostranjenih oblika rodno zasnovanog nasilja.

Istovremeno, brojni nacionalni izvještaji, studije i istraživanja otkrili su veličinu ovoga problema u Evropi i nejednaku reakciju država na ove vrste nasilja. Potreba za usklađenim pravnim standardima, koji bi osigurali da žrtve imaju koristi od istog nivoa zaštite u svim državama Evrope postala je očigledna i neophodna. Konvenciju su do juna 2016. g. ratifikovale je 22 države, a Crna Gora među prvih deset država, ispoljavajući i na taj način volju i odlučnost da što prije pristupi sprovođenju brojnih standarda koje konvencija uspostavlja.

Uspostavljeno je i nadzorno ekspertsko tijelo SE (GREVIO, Strazburg)⁷, koje treba da kroz mehanizam evaluacije i izvještavanja doprinese djelotvornom, kontinuiranom i dugoročnom praćenju sprovođenja konvencije, pri čemu važnu ulogu imaju predstavnici nevladinog sektora i nacionalni parlamenti država članica. GREVIO će na osnovu sadržaja konvencije i Upitnika ⁸ koji je kreirao i objavio na svojoj internet stranici analizirati izvještaje koje države dostavljaju. Ako su informacije nedovoljne ili zahtjevaju posebnu pažnju, članovi GREVIO mogu posjetiti državu i neposredno tražiti odgovore.

⁷ Predstavnic Crne Gore je jedna od 10 članica GREVIO, predstavnic prvih 15 država koje su ratifikovale Konvenciju.

⁸ www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio, Questionary.

Proces evaluacije započeo je krajem marta 2016. g. kada su Austrija i Monako pozvane da dostave svoje izvještaje do 1. septembra iste godine. U skladu sa obavezom iz člana 10 konvencije, Vlada Crne Gore je osnovala Koordinacioni odbor, na čelu sa potpredsednikom Vlade Crne Gore, kao zvanično nadležno tijelo za koordinaciju aktivnosti i komunikaciju sa GREVIO-m.⁹ Po sadašnjem redosledu, Crna Gora će biti pozvana da podnese svoj izvještaj o sprovođenju konvencije već februara 2017. g. u roku od četiri mjeseca.¹⁰

Evropski sud za ljudska prava u obrazloženju svojih presuda poziva se i na odredbe "Istanbulske" konvencije, čime doprinosi integraciji i afirmaciji odredaba ove konvencije koja sadrži obavezujuće odredbe.¹¹

Obaveze usaglašavanja sa "Istanbulskom" konvencijom

Potreba za normativnim usklađivanjem u mnogim oblastima na nacionalnom nivou samo je jedna od obaveza kojima se vrši usklađivanje sa konvencijom. Navedeno, budući da postoji potreba za kreiranjem i sprovođenjem mnogih zahtjevnih mjera i specifičnih aktivnosti koje treba da doprinesu efikasnijoj zakonodavnoj usklađenosti sa konvencijom i njenom djelotvornom sprovođenju: jedinstvene baze podataka, koordinacija rada brojnih državnih organa i saradnja sa civilnim sektorom, unapređenje javne svijesti, obezbjeđenje adekvatnih preventivnih mjera i dr. Uzimajući u obzir postojeći zakonodavni okvir, konvencija obavezuje države

⁹ www.gov.me Vlada Crne Gore, Odluka o obrazovanju Koordinacionog odbora za koordinaciju, sprovođenje, praćenje i procjenu politika i mjera za sprječavanje i borbu protiv svih vidova nasilja obuhvaćenih Konvencijom SE o sprječavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici, april 2016. g.

¹⁰ www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio/Evaluation

¹¹ Y. v. Slovenia- 41107-10, čl. 49, 54, 56, Konvencije; M. and M. v. Croatia- 10161-13, čl. 3, 31, 45, 46, Konvencije, i dr.

na sveobuhvatan odgovor na nasilje nad ženama, koji podrazumijeva dopunu i usklađivanje zakonodavnog okvira u mnogim oblastima kako bi primjena tih propisa bila efikasna i dosljedna (porodični odnosi, krivično, prekršajno, građansko zakonodavstvo).

Što se tiče usklađivanja KZ CG sa odredbama konvencije, već su učinjeni značajni koraci sagledavanjem postojećih odredbi i prakse, na osnovu čega su dati inicijative i prijedlozi za pristupanje neophodnim izmjenama i dopunama u Opštem Dijelu, i relevantnim krivičnim delima u Posebnom Dijelu KZ CG.¹²Inače usklađivanje sa odredbama "Istanbulske" konvencije u oblasti krivičnog zakonodavstva države iz regiona su već započele, npr. Slovenija, Hrvatska, Makedonija, BiH, na način što su unijele nova krivična djela ili proširile definiciju nasilja u porodici, i dr. U cilju efikasnije koordinacije i saradnje u sprovođenju ove konvencije i brojnih nacionalnih propisa, Ministarstvo pravde Srbije započelo je izradu novog Zakona o zaštiti od nasilja u porodici kojim treba da se uredi organizacija i postupanje državnih i drugih organa i organizacija radi sprečavanja nasilja u porodici, suzbijanja krivičnih dela određenih tim zakonom i pružanja zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i krivičnih djela određenih tim zakonom. Navedeno, jer se brojni postojeći protokoli o saradnji državnih organa nijesu primjenjivali ili je njihova primjena bila nedjelotvorna. Takođe, planirana je i Izmjena i dopuna KZ RS, s obzirom da je prethodno urađena Analiza potrebe usklađivanja ovog zakonika sa "Istanbulskom"

¹² www.legislationline.org OEBS/ODIHR, Mišljenje o uticaju ratifikacije Konvencije Savjeta Evrope za sprječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici na zakonske propise u Crnoj Gori, Waršava, 2014; Analiza usklađenosti zakonodavnog i strateškog okvira Crne Gore sa Konvencijom Savjeta Evrope o sprječavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici – osnovna studija - Autorke: mr T. Saveljić; J. Hajduković; N. Međedović i M. Raičević, Podgorica, 2015; www.szk.me, Inicijativa Sigurne ženske kuće podnijeta Skupštini CG za izmjenu i dopunu KZ CG, radi usklađivanja sa "Istanbulskom" konvencijom, jun, 2016.

konvencijom koja je ukazala da treba intervenisati u Opštem i u Posebnom dijelu KZ RS.¹³

U Poglavlju V. konvencije države člancice se obavezuju da inkriminišu sledeće oblike nasilja, ako već nijesu obuhvaćeni nacionalnim krivičnim zakonodavstvom: psihičko nasilje (čl. 33), proganjanje (čl. 34), fizičko nasilje (čl. 35), seksualno nasilje, uključujući i silovanje (čl. 36), prinudni brak (čl. 37), genitalno sakaćenje žena (čl. 38), prinudni abortus i prinudnu sterilizaciju (čl. 39), seksualno uznemiravanje (čl. 40), kao i: pomaganje i podstrekivanje i pokušaj izvršenja krivičnih djela utvrđenih na osnovu pomenutih čl. 33-39.

Pored KZ CG, postoji potreba za normativnim usaglašavanjem i drugih zakona i podzakonskih akata sa odredbama konvencije, npr. sa Poglavljem VI. konvencije, odnosno donošenja izmjena i dopuna Zakonika o krivičnom postupku vezano za odredbe konvencije koje se odnose na Hitne mjere zaštite (član 52), Postupci *ex parte* i po službenoj dužnosti, kako bi se uticalo na uočenu činjenicu da je visok broj prijavljenih nasilnika, a relativno mali broj pravosnažno osuđenih, tzv. "osipanje" podataka.¹⁴

Takođe, neophodno je analizirati odredbe Zakona o prekršajima, posebno u odnosu na spornu nadležnost za pokretanje prekršajnog ili krivičnog postupka u slučajevima nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Navedeno, imajući u vidu i planirane Izmjene i dopune KZ CG- izmjenjena i nova krivična djela, sprovođenje zaštitnih mjera i mjera bezbjednosti, kako bi se izvršilo neophodno usklađivanje ova dva zakona, a time uticalo na efikasnost i djelotvornost zaštite žrtava svih oblika nasilja koje konvencija određuje (čl. 33 - 40).

¹³ www.propisi.com/ministarstvo-pravde-republike-srb

¹⁴ B. Branković, Vesti iz budućnosti, Istanbulska konvencija i odgovornost države za borbu protiv nasilja nad ženama, Funkcionisanje opštih servisa-operacionalizacija dužne prilježnosti, 2013, str. 85-86;

Potrebno je analizirati i odredabe Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, vezano za lica na izdržavanju kazne zatvora za relevantna krivična dela nasilja nad ženama i nasilja u porodici, radi mogućnosti sprovođenja specifičnih tretmana i zaštitnih mjera i dr.

Crna Gora je donijela Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih dela nasilja¹⁵, kojim su uređeni uslovi, način i postupak za ostvarivanje prava na državnu naknadu štete žrtvama krivičnog dela nasilja, ali primjena ovoga zakona je odložena dok Crna Gora ne postane članica EU, član 44. Smatramo da bi trebalo usvojiti izmjene i dopune ovoga zakona, čime bi se stvorili uslovi za povlačenje rezerve, odnosno započela primjena ovog veoma važnog člana konvencije koji se odnosi na potrebu obezbjeđenja odgovarajuće državne naknade za one: “koji su zadobili ozbiljne tjelesne povrede ili kojima je ozbiljno narušeno zdravlje do te mjere da stepen povreda nije pokriven iz drugih izvora, kao što su: počinitelj, osiguranje, odnosno državno ili socijalno davanje”.

Poslednje Izmjene i dopune Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći¹⁶, omogućile su besplatnu pravnu pomoć i žrtvama porodičnog nasilja. Treba obratiti pažnju i na sadržaj člana 48 konvencije, Zabrana procesa obaveznog alternativnog razrešenja sporova, odnosno određivanja kazne, jer konvencija žrtvu nasilja stavlja u prvi plan zaštite i ne želi da žrtva bude onemogućena da traži pristup pravdi, ako to želi. To znači zabranu obaveznog alternativnog rešavanja sporova, ali ne i isključenje primjene ovakvog načina rešavanja sporova za žrtve nasilja nad ženama i nasilja u porodici.¹⁷

¹⁵ Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih dela nasilja, “Sl. list Crne Gore“, broj 35/2015.

¹⁶ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, „Službeni list Crne Gore“, Broj: 20/2011 i 20/2015.

¹⁷ Op. cit, Explanatory Report, ps. 251-252.

Kada je riječ o ravnopravnosti žena i muškaraca, usvojene su izmjene i dopune Zakona o rodnoj ravnopravnosti čime se Crna Gora približila evropskim standardim.¹⁸ Zakon sadrži jasniju definiciju neposredne i posredne diskriminacije, proširuje definiciju pola, unaprijeđuje odredbe o kaznama, a nadležnost u oblasti rodne ravnopravnosti je kod Zaštitnika ljudskih prava i sloboda, uz neophodnost jačanja administrativnih kapaciteta.

Potreba zakonodavnog usaglašavanja sa konvencijom je značajna, ali su jednako značajne i zahtijevne brojne aktivnosti koje treba preduzeti u oblasti institucionalnog razvoja i saradnje, kontinuiranih i obaveznih treninga, edukacije, unaprijeđenje koordinacije i saradnje sa civilnim sektorom, posebno sa nevladinim organizacijama koje se bave pitanjem zaštite žena od nasilja, zaštitom žrtava porodičnog nasilja, medijima i dr. Zbog potrebe izvršavanja preuzetih obaveza i potrebe suštinske izmjene pravne regulative, prakse i unaprjeđenja društvene svijesti u pogledu zaštite ljudskih prava i prevencije i suzbijanja nasilja nad ženama i nasilja u porodici, međunarodne organizacije OEBC, UNDP i regionalne inicijative, uz značajan doprinos predstavnica NVO sektora iz Crne Gore omogućile su stručnu pomoć, pored ostalog i kroz izradu analitičkih materijala koji treba da doprinesu određivanju presjeka sadašnjeg stanja u Crnoj Gori kad je riječ o potrebi harmonizacije sa konvencijom.¹⁹

“Ipak, sprovođenje Konvencije o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja se odvija sporo:

¹⁸ Zakon o rodnoj ravnopravnosti, „Službeni list Crne Gore“, Broj: 46/2007; 40/2011 i 35/2015.

¹⁹ www.legislationline.org OEBS/ODIHR, Mišljenje o uticaju ratifikacije Konvencije Savjeta Evrope za sprječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici na zakonske propise u Crnoj Gori, Waršava, 2014; mr T. Saveljić; J. Hajduković; N. Međedović i M. Raičević, Podgorica, Analiza usklađenosti zakonodavnog i strateškog okvira Crne Gore sa Konvencijom SE o sprječavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici – Osnovna studija, Podgorica, 2015; www.gov.me Strategija zaštite od nasilja u porodici 2016-2020, sa pratećim Akcionim planom, decembar 2015.

uspostavljanje jedinstvene baze podataka na nacionalnom nivou za evidentiranje slučajeva nasilja nad ženama je odloženo i u međuvremenu statistika ostaje nepouzdana ... Uključenost policije u borbu protiv nasilja zasnovanog na rodnoj osnovi ostaje na niskom nivou; treba uspostaviti bolji mehanizam za koordinaciju na centralnom nivou, koji je povezan sa lokalnim policijskim jedinicama²⁰. Na osnovu navedenoga trebalo bi kroz aktivnosti novoosnovanog Koordinacionog odbora napraviti plan sveobuhvatnih aktivnosti za cjelovitu i djelotvornu harmonizaciju i sprovođenje konvencije.

I. Sadržaj i vrijednosti Konvencije

1. Preambula

Države koje su ratifikovale konvenciju, saglasile su se da njenim sprovođenjem nastoje da stvore Evropu slobodnu od nasilja nad ženama i nasilja u porodici! Navedenim su označeni najzahtijevniji cilj i misija konvencije, uz osudu svih vidova nasilja nad ženama i nasilja u porodici. U Preambuli je prepoznata strukturna priroda nasilja, koja se smatra uzrokom i posljedicom nejednakih odnosa moći između žena i muškaraca, koje ograničavaju puni napredak žena, te se zahtijeva od država da sprovedu politiku ravnopravnosti polova i osnaživanje žena. Nasilje nad ženama i nasilje u porodici direktno je povezano sa pitanjem rodne ravnopravnosti, pa žene mogu biti izložene nasilju upravo zbog svog roda, a određene vrste nasilja, naročito nasilja u porodici, pogađaju žene nesrazmjerno. Zbog toga konvencija promovise stavove i vrijednosti kako bi postizanje rodne ravnopravnosti bilo *de jure* i *de facto*. U prvi plan su stavljeni svi oblici nasilja nad ženama, uključujući i djevojčice, iako se ova konvencija odnosi

²⁰ www.gov.me Izvještaj o napretku CG za 2015. g. Poglavlje 23, aktivnosti 4.23, strana 69.

i na i druge žrtve nasilja u porodici, dječaci, muškaraci, starije osobe, prepoznajući da su: “djeca žrtve nasilja u porodici, kao i svjedoci nasilja u porodici;” Mnogi oblici diskriminacije, štetnih praksi i rodnih stereotipa često su polazna tačka za nasilničko ponašanje, zbog čega se države obavezuju da osiguraju kako bi mjere zaštite i podrške, istrage i sudski postupci bili bazirani na razumijevanju rodno zasnovanog nasilja.

2. Ciljevi, definicije, princip jednakosti i nediskriminacije, opšte obaveze

Kao što se vidi iz naslova Prvog poglavlja, njegov sadržaj je složen i obuhvata najvažnije postulate na kojima se zasniva konvencija. Ciljevi konvencije sadržani su u članu 1, stavu 1 a), naglašen je specifični i suštinski cilj konvencije, a to je prije svega zaštita žena od svih vidova nasilja, a zatim i spriječavanje, procesuiranje i eliminisanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Naredni specifični cilj je u tač. b)- suzbijanje svih oblika diskriminacije nad ženama i promocija suštinske jednakosti muškaraca i žena, koja uključuje osnaživanje žena. Iz sadržaja ova dva cilja vidi se koliko su standardi sveobuhvatni (široki raspon od promocije do zaštite) visoko postavljeni i kako ih je u ukupnim i suštinskim vrijednostima zapravo teško dostići. Obaveza države je da se bavi svim oblicima nasilja i da preduzme mjere radi spriječavanja nasilja nad ženama, zaštite žrtava i kažnjavanja učinilaca. Propust da se to učini, odgovornost je države, i u tom pogledu konvencija ne ostavlja nikakvu sumnju. Dakle, ne može biti istinske jednakosti između žena i muškaraca ako su žene žrtve rodno zasnovanog nasilja, posebno ako državni organi ne reaguju ili ne reaguju djelotvorno.

Potreba za izradom sveobuhvatnog okvira, politika i mjera zaštite i pomoći svim žrtvama nasilja nad ženama i nasilja u porodici izražena je u tač. c) kojom se zahtijeva sveobuhvatvan pristup brojnih subjekata, koje nije moguće

izvršiti jedokratno ili u kratkom roku. Crna Gora je donijela više strateških dokumenata sa akcionim planovima ²¹, ali su njihova dinamika sprovođenja i obuhvat sporni: nedorečenost brojnih propisa i nepostojanje sistemskih rešenja u oblasti porodične zaštite, nedostatak utvrđenih procedura ili njihova neobaveznost, nedovoljno razvijena saradnja institucija i nepostojanje obaveze razmjene informacija, nedovoljna obučenost i specijalizacija stručnjaka, nepotpuna saradnja državnih organa i nevladinog sektora, ispoljavanje stereotipnih stavova da je riječ o privatnim, a ne javnim problemima, umanjivanje problema i posledica nasilja nad ženama i nasilja u porodici, te nedovoljna podrška i informacije o mogućnostima zaštite žrtava. Kod planiranja ovih dokumenata na nacionalnom i lokalnim nivou treba voditi računa o zaštiti žrtava za ubuduće i potrebi ponovnog uspostavljanja njihovog fizičkog i psihičkog zdravlja i "normalanog" života.

Što se tiče institucionalnog okvira, uspostavljeni su brojni mehanizmi podrške i zaštite od nasilja nad ženama i nasilja u porodici: Odbor za ravnopravnost polova Skupštine Crne Gore; Koordinacioni odbor, na čelu sa potpredsednikom Vlade Crne Gore; Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, druga ministarstva (rada i socijalnog staranja, zdravlja, prosvjete, pravde), Ombudsman. Nacionalna kancelarija za rodnu ravnopravnost nastavila je sa izgradnjom mreže mehanizama u oblasti rodne ravnopravnosti na lokalnom nivou, te je devet opština usvojilo akcione planove za rješavanje pitanja vezanih za rodnu ravnopravnost. Potrebno je uspostaviti zvaničan model saradnje između odjeljenja za rodnu ravnopravnost, koordinatora u oblasti rodne ravnopravnosti i relevantnih organizacija civilnog društva. Inače, „broj odbornica u lokalnim skupštinama porastao je na

²¹ www.gov.me Strategija zaštite od nasilja u porodici 2016-2020, sa AP, decembar 2015.

32%; međutim, mali broj žena obavlja funkciju gradonačelnika ili predsjednika opštinskih vijeća“.²²

Ova konvencija primjenjuje se u doba mira, kao i u situacijama oružanog sukoba, polazeći od principa međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog krivičnog prava.

Nasilje nad ženama obuhvata i sva djela rodno zasnovanog nasilja koja dovode do ili mogu da dovedu do: fizičke, seksualne, psihičke, odnosno, finansijske povrede ili patnje za žene, obuhvatajući i prijetnje takvim djelima, prinudu ili proizvoljno lišavanje slobode. U odnosu na ostala međunarodna dokumenta koja tretiraju pitanje zaštite žena od nasilja, ova konvencija, pored ostalih povreda po prvi put unosi i ekonomske povrede i patnje, koje posebno mogu biti povezane i sa psihičkim nasiljem.

Važan element određenja “nasilje nad ženama” definisan je bez obzira na to da li se nasilje desilo u javnosti ili u privatnom životu, jer se nasilje nad ženama često smatra privatnom stvari ili ličnim odnosom supružnika ili partnera. Radi zaštite žrtava nasilja, država treba da osigura da potrebe i bezbjednost žrtve budu na prvom mjestu svih mjera i da učinioци nasilja nad ženama budu krivično gonjeni i adekvatno kažnjeni, jer se radi o krivičnom djelu.

Definicija nasilja u porodici je rodno neutralna i obuhvata žrtve i učinioce oba pola, a sadrži elemente koji su od značaja za definisanje ove vrste nasilja u krivičnom, ali i drugim zakonodavstvima (npr. porodičnom). Naglašeno je da je to svako djelo fizičkog, seksualnog, psihičkog, odnosno ekonomskog nasilja, ako do njega dolazi između članova porodice ili domaćinstva, između bivših ili sadašnjih supružnika ili partnera, bez obzira da li učinilac dijeli ili je dijelio isto boravište sa žrtvom. Nasilje u porodici obuhvata uglavnom dvije vrste nasilja: između sadašnjih/bivših

²² Opet cit. Izveštaj o napretku CG za 2015. g, strana 69.

supružnika ili partnera i međugeneracijsko nasilje npr. između roditelja i djece. S obzirom da termin "domaćinstvo" može da ograniči kontekst gdje može doći do nasilja, koje se često nastavlja nakon prestanka braka, vanbračne zajednice ili partnerskog odnosa, konvencija ne traži kao uslov nasilja u porodici zajedničko prebivalište žrtve i počinioca. U smislu navedenih elemenata konvencije, trebalo bi uskladiti sadržaj definicije "nasilje u porodici" i u KZ CG, posebno u smislu proširivanja subjekata nasilja u porodici, tj. partnera, kao i brisanje uslova zajedničkog boravišta.²³

Obaveza sprječavanja i borbe protiv nasilja nad ženama stavljena je u širi okvir postizanja jednakosti između žena i muškaraca, kroz definisanje pojma "rod", c), a pojam "pol", na osnovu dva pola, muškog i ženskog, objašnjava da postoje i društveno konstruisani uloge, ponašanja, aktivnosti i atributi koje dato društvo smatra prikladnim za žene i muškarce. Pojam "pol" po definiciji nije predviđen kao zamjena za termine "žena" i "muškarac", koji se koriste u konvenciji. Izraz "rodno zasnovano nasilje nad ženama" u konvenciji odnosi se na nasilje koje je usmjereno protiv žena ili koje posebno pogađa žene i ukorijenjeno je u socijalnim i kulturnim strukturama, normama i vrijednostima savremenog društva, koje prate tolerancija, poricanje ili šutnja. Konvencija "žrtvom" označava svako fizičko lice koje je izloženo nasilju nad ženama ili nasilju u porodici. Žene, uključujući i djevojčice, mogu biti žrtve nasilja nad ženama, dok žrtve nasilja u porodici mogu uključivati muškarce, žene i djecu.

Osnovna prava, princip jednakosti i nediskriminacije, sadržani su u članu 4, a države članice su obavezane da preduzmu neophodne zakonodavne i druge mjere za unaprjeđenje i zaštitu svih, a posebno žena koje su pretežno žrtve rodno zasnovanog nasilja. Dakle, osim odredaba iz

²³ Sigurna ženska kuća, Podgorica, Inicijativa za izmjenu KZ CG i Zakona o zaštiti od nasilja u porodici, dostavljeno Skupštini Crne Gore, jun 2016. g.

konvencija, građani se od povrede ljudskih prava i diskriminacije štite i propisima nacionalnog prava. “Kod tumačenja tih propisa valjalo bi koristiti iskustva i razmišljanja iz pravne prakse tzv. evropskih izvora prava. Na to obavezuje i tzv. „harmonizirajuća” klauzula iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, prema kojoj je nužno obezbijediti propisnu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva preuzetog iz EU. Već stoga bi nacionalni sudovi i nacionalna tijela trebali biti upoznati sa sudskom praksom ESLJP i Evropskog suda pravde. Vrijedi naglasiti da se „harmonizirajuća klauzula“ iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju odnosi i na presude ESLJP, a ne samo na pisane pravne izvore EU i odluke Suda EU. Za Hrvatsku, kao zemlju članicu EU, obaveza poštivanja presuda ESLJP u pravu EU izravno proizilazi iz čl. 6. st. 3. Ugovora o Evropskoj uniji i općih načela prava EU. U svim zemljama regiona u proteklih pet godina usvojeni su zakoni koji uređuju područje zabrane diskriminacije, a nastali su primarno kao rezultat transpozicije Direktiva EU (prvenstveno Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ). ..., ovo nacionalno zakonodavstvo treba tumačiti i provoditi u svjetlu evropskih pravnih izvora. Za razliku od Direktiva EU, nacionalni propisi o zabrani diskriminacije pružaju sveobuhvatnu zaštitu, jer sadrže otvorenu listu zaštićenih osnova koja nije ograničena na područje zapošljavanja. U skladu sa trenutnim razvojem područja zabrane diskriminacije, nacionalni propisi o zabrani diskriminacije u zemljama regiona u većem opsegu pružaju zaštitu i od povreda od strane trećih privatnih lica (tzv. „Drittwirkung“).²⁴

Diskriminacija žena pruža plodno tlo za toleranciju nasilja nad ženama, tako da konvencija traži preduzimanje mjera za spriječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i

²⁴ Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije, IRZ, Beograd, 2013, strana 36.

promovisanje jednakosti žena i muškaraca kako bi se ostvarila suštinska jednakost i spriječilo takvo nasilje u budućnosti. Nadalje, obaveza država je da obezbijede mjere za zaštitu prava žrtava, bez diskriminacije po bilo kojem od brojnih osnova koji su navedeni u konvenciji. Naime, brojna istraživanja govore o primjerima diskriminacije, prema pripadnicima određenih grupa (gej, lezbejke, biseksualne žrtve nasilja u porodici) koji se isključuju iz službe podrške zbog njihove seksualne orijentacije, dok višestruke oblike diskriminacije mogu imati žene sa invaliditetom, žene nacionalnih manjina, sa HIV/AIDS-om, izbeglice, migranti.

Član 5. konvencije sadrži odredbu koja se odnosi na obaveze država i njihovu punu posvećenost ka njihovom sprovođenju. Obaveza države je da osigura da se organi, službenici, institucije i drugi akteri koji djeluju u ime države uzdrže od akata nasilja nad ženama, kao i da je država obavezna da sa potpunom posvećenošću *due diligence* spriječi, istraži, kazni i obezbijedi naknadu štete za djela nasilja obuhvaćena konvencijom, koja počine nedržavni subjekti. Princip *due diligence* usvojen je u brojnim međunarodnim aktima koji tretiraju pitanje zaštite žena od nasilja, pa i praksa ESLJP koji je u odluci koja se odnosila na nasilje u porodici, usvojio obavezu dužne pažnje (presuda: Opuz protiv Turske, 2009), tj. utvrđena je pozitivna obaveza da se zaštiti pravo na život (član 2. Evropske konvencije) i zahtijeva od državnih organa da preduzmu dužnu pažnju, odnosno neophodne mjere u zaštiti pojedinca čiji je život u opasnosti. Nadležni organi treba da spriječe, istraže, kazne i obezbijede odštetu za djela nasilja nad ženama ili nasilja u porodici, a u koliko to ne urade treba da snose odgovornost. Izraz "reparacija" može da obuhvati različite oblike: restitucija, kompenzacija, rehabilitacija, zadovoljstvo i garancije ne-ponavljanja.

3. Integrisanje politika i prikupljanje podataka

Kada je riječ o sveobuhvatnim i koordiniranim politikama, član 7 konvencije slijedi tzv. "3 P strukturu" (eng. *Prevention, Protection, Prosecution*) "prevencija", "zaštita" i "krivično gonjenje", uz dodatni "P", koji se odnosi na "integrisane politike".²⁵ Kod planiranja ovih sveobuhvatnih dokumenata na nacionalnom i lokalnim nivoima treba voditi računa o zaštiti žrtava za ubuduće i potrebi ponovnog uspostavljanja njihovog fizičkog i psihičkog zdravlja. Nadalje, od država se traži da usvojene politike efikasno sprovede koordinacijom i saradnjom brojnih obveznika. Primjeri dobre prakse pokazuju unaprijeđene rezultate u borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici ako se kod sprovođenja zakona pristupa sinhronizovano i po principima koordinacije ²⁶, npr. uključenost policije, pravosuđa, zdravstvenih i obrazovnih ustanova, ženskih nevladinih organizacija, institucija za zaštitu dece i relevantnih partnera, koji rade na procjeni daljeg rizika od učinioca krivičnog dela nasilja, ili sl. Ova vrsta saradnje zahtjeva donošenje obavezujućih smjernica i protokola o saradnji i kontinuiranih stručnih obuka profesionalaca o njihovom sprovođenju. Takvi timovi su formirani u svih 11 centara za socijalno staranje u Crnoj Gori, ali međuinstitucionalnu saradnju treba stalno unaprijeđivati, naročito kada je riječ o saradnji između socijalnih službi i organa za sprovođenje zakona, kao i saradnji između institucija i NVO u toj oblasti.

Tako brojne nevladine organizacije u Crnoj Gori koje su angažovane po pitanju promocije i zaštite prava žena i zaštite od nasilja u porodici imale su i imaju veoma važnu ulogu kroz angažovan, transparentan i predan rad sa žrtvama nasilja.

²⁵ Op. cit, Explanatory Report, par. 63, p. 59.

²⁶ Poslovnik o radu multidisciplinarnih timova za prevenciju porodičnog nasilja, decembar, 2015. g.

Tako, brojne usluge za žrtve nasilja nad ženama i nasilja u porodici, pružaju nevladine organizacije ili organizacije civilnog društva, koje imaju dugu tradiciju u pružanju specifičnih usluga: skloništa, davanja pravnih, medicinskih ili psiholoških savjeta. Svoj aktivizam su pokazale takođe i na promociji ciljeva konvencije, zalažući se za njenu ratifikaciju od strane Crne Gore, ali i kroz zakonodavne inicijative za usklađivanje zakonodavnog okvira.

Članom 8. predviđena je obaveza obezbeđenja neophodnih i dovoljnih finansijaskih sredstava i ljudskih resursa, kako bi bilo moguće kreirati i sprovesti sveobuhvatne i koordinisane politike na svim nivoima vlasti uz uključenost civilnog sektora i medija. U članu 11, traži se ispunjenje kompleksnih obaveza koje po pravilu zahtijevaju kreiranje ili ujednačavanje postojećih baza podataka, ali i znatna finansijska sredstva i specijalizovane kadrove za kreiranje evidencija njihovo praćenje i obradu. Navedene aktivnosti su osnova za proučavanje uzroka i posledica svih vrsta nasilja, učestalosti i stope osuda i efikasnosti preduzetih mjera. Ovakvi podaci i informacije su od nacionalnog značaja, ali istovremeno omogućavaju međunarodnu saradnju i komparativnu analizu, uz obavezu objavljivanja podataka.

U Crnoj Gori nije uspostavljeno sistematsko prikupljanje i analiza podataka o nasilju nad ženama i nasilju u porodici, što onemogućava pouzdano sagledavanje rasprostranjenosti i specifičnosti problema, kao i kreiranje i jačanje institucionalnog odgovora na nasilje. Zato je potrebno unaprijediti prikupljanje podataka na nivou institucija i na nacionalnom nivou, jer ne postoje strukturirani podaci i informacije (krivična djela, npr. silovanje; podaci o žrtvama i nasilnicima po polu; podaci o žrtvama-porodičnog/partnerskog nasilja; podaci o nasilnicima porodičnog/partnerskog nasilja; djeca-svjedoci porodičnog/partnerskog nasilja; njihov pol; životno doba; odnosi između nasilnika i žrtve, podaci o recidivizmu, i dr). Potrebno je formirati jedinstvene baze

podataka (policija, prekršaji, tužioc, sudovi, prekršaji, centri za soc. rad) radi podataka i informacija o efikasnosti i djelotvornosti sprovođenja propisa, preduzimanja mjera u skladu sa *due diligence* principom, ali i onoga što nije urađeno. Na osnovu dobijenih podataka moguće je vršiti istraživanja (uzroci, posledice nasilja, *gender analysis*), kontrolu progresa, ali i kreirati mjere za prevenciju i zaštitu žena i žrtava porodičnog nasilja.

4. Prevencija

Poglavlje III. (čl. 12-17) posvećeno je mjerama prevencije protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici čija primjena zahtijeva promjene u društvenim i kulturnim obrascima, posebno u onima koji se zasnivaju na inferiornosti žena i stereotipnim ulogama žena i muškaraca, podrazumjevaju dugoročne i kontinuirane aktivnosti državnih organa, ali i podršku i uključenost civilnog sektora, posebno "ženskih" nevladinih organizacija i medija. Zahtijeva se da preventivne mjere budu prilagođene specifičnim potrebama lica ugroženih određenim okolnostima, jer nasilnici ispoljavaju nasilje upravo prema „slabijim“ osobama: trudnice, žene sa malom djecom, osobe sa invaliditetom (mentalna ili kognitivna oštećenja), lica koja žive u seoskim ili udaljenim područjima, narkomani, prostitutke, lica nacionalnih ili etničkih manjina, migranti, izbeglice, gej osobe, lezbejke, biseksualci, HIV pozitivne osobe, beskućnici, djeca, starije osobe²⁷. Svi članovi društva mogu dati značajan doprinos sprečavanju nasilja, uz aktivan doprinos muškarca i dječaka u spriječavanju nasilja i njihovo zalaganje za uzajamno poštovanje.

U tački 5 navodi se da kultura, običaj, vjera, tradicija ili takozvana "čast" ne treba da opravdavaju bilo koji akt nasilja iz okvira konvencije, a poštovanje ovoga principa posebno je

²⁷ Op. cit, *Explanatory Report*, par. 87, p. 67.

značajno za društva u kojima žive različite etničke i vjerske zajednice i u kojima su prisutni stavovi o prihvatljivosti rodno zasnovanog nasilja. Opšte preventivne mjere u tački 6 predstavljaju promociju specifičnih programa i aktivnosti za poboljšanje položaja žena i njihovog osnaživanja u svim aspektima života, a posebno ekonomskoj nezavisnosti, i dr.

Član 13, konvencije govori o nužnosti podizanja svijesti u javnosti, te potrebi osmišljavanja i sprovođenja različitih vrsta kampanja ili programa koji govore o posledicama nasilja, posebno na žene, djecu, stare, cijelo društvo i o načinima prijavljivanja nasilja (policija, tužilaštvo, nvo, brojevi telefona, nacionalni *hot line* ²⁸, društvene mreže, e mail adrese). Obilježavanje određenih datuma od strane međunarodnih organizacija (UN, SE), npr. 25. novembar, Međunarodni dan borbe protiv nasilja nad ženama i narednih 16 dana aktivizma, kao i 9. decembar, Međunarodni dan ljudskih prava ("Svi ljudi rođeni su slobodni, sa jednakim dostojanstvom i pravima"-prvi član Opšte povelje o ljudskim pravima) mogu se koristiti kako bi predstavnici državnih organa i civilnog sektora poslali zajedničke poruke da su na istom putu do ostvarenja velikog evropskog cilja- rodne ravnopravnosti i "nulte tolerancije" kad je u pitanju nasilje nad ženama i nasilje u porodici. "Dani otvorenih vrata u sudovima", mogli bi biti pogodan oblik na podsjećanje da nasilje nad ženama znači kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije i da zauzimanje za efikasnije

²⁸ www.sosnk.me Radom servisa koordinira SOS telefon za žene i djecu žrtve nasilja Nikšić. Servis predstavlja prvi i najvažniji kontakt za podršku žrtvama nasilja u porodici. Konsultantkinje koje rade na liniji imaju zadatak da ojačaju snage žrtve, servisiraju njene akutne potrebe, podrže je da osnaži svoje kompetencije i povrati kontrolu nad svojim životom. Od 1. septembra 2015 do 30. juna 2016. g. primljeno je 2.860 poziva iz 21 opštine (najviše iz: Nikšića 731, Podgorice 688, Bara 281, Herceg Novog 229 itd). Tokom predhodnih 10 mjeseci pruženo je ukupno 3.826 usluga, od čega usluga informisanja 1.528, povjerljivih razgovora 1.330, 349 psiholoških savjetovanja, 312 posredovanja prema institucijama i urgentnih intervencija, 45 zahtjeva za smještaj u sklonište i dr. Nasilje u porodici se u preko 93% slučajeva prijavljuje za nasilje nad ženama od strane muškaraca.

rješavanje krivičnih postupaka, znači i efikasnije postupanje po predmetima koji se vode protiv svih vrsta nasilja.

Obrazovne ustanove imaju važnu ulogu u promociji konvencije, te je potrebno da obezbjede nastavni materijal za sve nivoe obrazovanja, koji promoviše principe jednakosti i uvažavanja među polovima. Od država članica zahtjeva se da uključe medije u promovisanje i realizaciju navedenih principa, imajući u vidu principe nezavisnosti medija i slobode štampe.²⁹

U okviru jačanja stručnih kapaciteta nadležnog kadra značajno je da profesionalci koji su u stalnom kontaktu sa žrtvama ili učiniocima krivičnih dela sa obilježjima nasilja imaju specijalistička znanja o ovim vrstama nasilja, član 15, te je potrebno obezbjediti ili unaprijediti obuke za stručnjake koji se bave žrtvama ili počiniocima svih akata nasilja na koje se konvencija odnosi: sprečavanje i otkrivanje nasilja, jednakost žena i muškaraca, potrebe i prava žrtava i sprječavanje njihove "sekundarne" viktimizacije. Učešće predstavnika Zaštitnika ljudskih prava, socijanih službi, zdravstvenih i obrazovnih ustanova sa najafirmisanijim NVO po pitanju prevencije i zaštite žena od nasilja i nasilja u porodici, mogu da doprinesu efikasnijem i djelotvornijem sprovođenju brojnih propisa. Na pravnim fakultetima, putem opcionih predmeta ili "pravnih klinika", studente treba upoznati u okviru promocije i zaštite ljudskih prava i sa sadržajem i ciljevima "Istanbulske" konvencije.

Obaveze koje se odnose na programe preventivne intervencije i programe za rad sa učiniocima krivičnih dela sa

²⁹ Op. cit, *Explanatory Report*, pgs. 73-74. "Savjet Evrope, preko svog Komiteta ministara i Parlamentarne skupštine, poziva na prestanak rodni stereotipa i nejednakosti između žena i muškaraca izdavanjem sledećih preporuka: Preporuka br R (84) 17 Komitet ministara država članica o ravnopravnosti žena i muškaraca u medijima; Preporuka 1555 (2002) Parlamentarne skupštine SE o slici žena u medijima; Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope o slici žena u oglašavanju; Rezolucija 1751 (2010) i Preporuka 1931 (2010) Parlamentarne skupštine SE o borbi protiv seksističkih stereotipa u medijima"- slobodni prevod autorke.

obilježjima nasilja, čl. 16, sa ciljem da pomognu učiniocu da promjeni svoje stavove i ponašanja prema žrtvi i preuzme odgovornost za svoje postupke kako ne bi ponovo vršio krivično djelo. Ova vrsta preventivnih intervencija i programa rada zahtijeva stručan i iskusan kadar (psiholozi različitih specijalnosti i dr) koji programe sprovode u saradnji sa socijalnim i zdravstvenim ustanovama, ženskim službama podrške, ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija, institucijama za zaštitu djece. Učešće u ovim programima može biti određeno od strane suda ili na dobrovoljnoj osnovi, ali sigurnost žrtava i njihova ljudska prava imaju prioritet kod njihovog određivanja i sprovođenja. Države su obavezne da osnuju ili podrže programe i tretmane za učinioce seksualnih napada i silovanja, radi za liječenja i tretmana osuđenih seksualnih prestupnika, tokom izdržavanja kazne ili van zatvora, da bi se rizici od ponavljanja krivičnog djela sveli na minimum.

U cilju ekonomskog osnaživanja žena, potrebno je obezbijediti mogućnosti prioritetnog zapošljavanja i privatnog preuzetništva za žene žrtve nasilja.

II. Materijalno krivično pravo

Poglavlje V. Materijalno krivično pravo ³⁰ sadržano je u čl. 29 – 49, u okviru kojih su definisana i krivična djela (čl. 33-40) i predstavlja suštinski dio konvencije. Navedeno, jer su brojna istraživanja pokazala nejednak obuhvat i sadržaj krivičnih djela u nacionalnim zakonodavstvima država SE, tako da opšte principe i krivična djela konvencije, treba posmatrati kao minimalni konsenzus, koji ne isključuje njihovu dopunu ili uvođenje viših standarda u nacionalno krivično zakonodavstvo. Ovo treba imati u vidu, prilikom odlučivanja,

³⁰ Naziv i sadržaj glave nijesu usaglašeni, kao i prevod sa engleskog jezika, prim. autora.

pored ostaloga, da li da se propišu nova krivična djela predviđena konvencijom i da li se i u kojoj mjeri mogu podvesti pod opšte odredbe ili postojeća krivična dela.

U članu 29, precizirano je da države treba da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mjere i obezbjede žrtvama odgovarajuće pravne lijekove protiv učinilaca krivičnih djela sa elementima nasilja nad ženama i nasilja u porodici (hitne mjere zaštite žrtve ili ugroženog lica, mjere zabrane prilaska, odnosno zaštite). Akti nasilja nad ženama i porodičnog nasilja ne smiju biti izuzeti od procesuiranja i krivičnih sankcija i smatrani manjom prijetnjom od istih akata učinjenih protiv drugih lica.³¹

Takođe je neophodno preduzeti zakonodavne ili druge mjere i obezbjediti žrtvama adekvatne pravne lijekove protiv državnih organa, koji nijesu preduzeli neophodne preventivne i zaštitne mjere u okviru svojih ovlašćenja. Zavisno od stepena odgovornosti državnih organa, ostavljeno je državama da opredjele djelotvorno pravno sredstvo protiv nesavjesnog rada nadležnih državnih organa, čime se ponavlja i naglašava princip odgovornosti državnih organa, *due diligence*. Neophodno je analizirati i sudsku praksu vezano za činjenicu da li je žrtva prethodno prijavljivala nasilnika, da li je bilo prethodnih postupaka koji ukazuju na nasilnično ponašanje i zavisno od rezultata, eventualno predložiti izmjene i dopune i relevantnih krivičnih dela: Neprijavljivanje pripremanja izvršenja krivičnog djela, Neprijavljivanje krivičnog djela i učinioca, ukoliko ga čini službeno ili odgovorno lice koje svjesno propusti da prijavi krivično djelo za koje je saznalo u vršenju svoje dužnosti, ako se za to djelo po zakonu može izreći pet godina zatvora ili teža kazna, Nesavjestan rad u službi, i dr.

³¹ Prof. i.R. Dr Carol Hageman-White, University of Osnabruck, Germany, Analytical Study of the Results of the fourth Round of Monitoring the Implementation of Recommendation Rec(2002)5 of the Protection of Woman against Violence in CoE member states, page 47.

Pravo žrtava na naknadu štete, zbog bilo kog krivičnog djela iz konvencije, čl. 30, a tač. 1 uspostavljen je princip, da je učinilac odgovoran za nadoknadu štete, iako se ona može tražiti i od osiguravajućih društava i dr. Nadalje, država se obavezuje i na naknadu štete kada je žrtva zadobila teške tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, tako što "tjelesne povrede" uključuju povrede koje su prouzrokovale smrt žrtve, kao i da "oštećenje zdravlja" obuhvata teška psihička oštećenja nastala aktima psihičkog nasilja. Državna kompenzacija je ograničena na ozbiljne povrede i oštećenja zdravlja, što ne isključuje mogućnost da države dodjeljuju naknadu štete u višem ili nižem iznosu. Ove obaveze ne utiču na obaveze strana u Evropskoj konvenciji o naknadi žrtvama nasilnih krivičnih djela.³² Obaveza države o naknadi štete žrtvama ne isključuje mogućnost da se država kasnije regresno naplati od učinioaca krivičnog dela sa obeležjima nasilja, jer je žrtvama nasilja najčešće neophodno brzo nadoknaditi štetu, ne čekajući ishod sudskih postupaka. Obaveza država je da primjenjuju standard "razumnoga vremenskog roka", a naknade mogu biti dodeljene u građanskom, upravnom ili krivičnom postupku.

Iako je izrazila rezervu na član 30, stav 2, donijet je Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih dela nasilja, kojim su uređeni uslovi, način i postupak za ostvarivanje prava na državnu naknadu štete žrtvama krivičnog djela nasilja, sa odloženom primjenom dok Crna Gora ne postane članica Evropske Unije.³³ Smatramo da bi trebalo, što prije obezbijediti sredstva u državnom fondu iz kojih bi se isplaćivala ova vrsta naknade štete, uz brisanje odredbe iz zakona koja vezuje njegovu primjenu sa članstvom Crne Gore u EU.

Pitanja starateljstva, prava na posjetu i bezbjednost, član 31, propisuje obavezu neophodnih zakonodavnih ili drugih

³² Op. cit, *Explanatory Report*, ps. 88-90. Inače, Crna Gora je potpisala Evropsku konvenciju o naknadi štete žrtvama krivičnih dela sa elementima nasilja.

³³ Op. cit. Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih djela nasilja, član 44.

mjera koje treba da obezbjede da, prilikom dodjele starateljstva i prava na posjetu djece, slučajevi nasilja obuhvaćeni ovom konvencijom budu uzeti u obzir. Time bi se osiguralo da pravosudni organi izdaju naloge kojima se reguliše kontakt između djece i njihovih roditelja i drugih lica koja imaju porodične veze sa djecom, imajući u vidu najbolji interes žrtava. To su kompleksna pitanja, posebno uzimajući u obzir roditeljska prava učinioca krivičnih djela sa obilježjima nasilja, kada su zajednička djeca jedina veza između žrtve i učinioca. Za mnoge žrtve i njihovu djecu kontakt sa učiniocem nasilja može predstavljati ozbiljan rizik za bezbjednost, te konvencija insistira da se ove odluke donose od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja nasilnog ponašanja i u "najboljem interesu žrtve".

Odredbe o građanskim posledicama prinudnih brakova, obuhvaćene su članom 32 konvencije, kojim se države obavezuju da obezbjede da se brakovi sklopljeni pod prinudom mogu smatrati ništavnim ili predmetom poništenja, odnosno razvoda bez nepotrebnog finansijskog ili administrativnog opterećivanja žrtve. Ovaj član se bavi pravnim posledicama prinudnih brakova, a zbog različitih pravnih sistema, dejstava i posledica ništavih ili razvedenih brakova, važno je da pravni postupak koji se vodi ovim povodom bude lako dostupan, bez dodatnih finansijskih i administrativnih opterećenja za žrtve.

"Strane se obavezuju da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mjere i obezbjede da namjerno ponašanje, koje ozbiljno narušava psihički integritet nekog lica prinudom, odnosno prjetnjama bude inkriminisano"- Psihičko nasilje, čl. 33. Ovu vrstu nasilja konvencija dosta usko definiše i nezavisno od prirode odnosa između učinioca i žrtve. Psihičko nasilje definisano konvencijom, može se podvesti pod više krivičnih dela iz KZ CG, zavisno da li je psihičko nasilje učinjeno van porodice (krivično djelo prinude, član 165 i krivično djelo ugrožavanje sigurnosti, član 168) ili se radi o nasilju u porodici ili u porodičnoj zajednici (član 220), a

gonjenje se za sva tri krivična djela preuzima se po službenoj dužnosti. Smatramo da ima opravdanja za razmatranje mogućnosti da postojeće krivično djelo, prinuda u članu 165 na eksplicitniji način obuhvata i slučajeve psihičkog nasilja, a što se tiče člana 220 KZ CG, već je istaknuto da treba što prije proširiti krug zaštićenih lica (partneri), uz brisanje uslova zajedničkog boravišta, radi usklađivanja sa čl. 3. konvencije.³⁴ U uporednoj praksi krivično djelo psihičko nasilje inkriminisano je kao posebno krivično djelo kod 40 evropskih država, a Zakon o rodnom nasilju koji je npr. Španija donijela, navodi se kao primjer mnogo šire definicije nego što to i sama Konvencija za psihičko nasilje određuje.³⁵

Narednim članom određeno je: *“Strane se obavezuju da preuzmu neophodne zakonodavne ili druge mjere i obezbjede da namjero ponašanje ponavljanjem prjetnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se lice plaši za svoju bezbjednost, bude inkriminisano”*- Proganjanje. Akcenat je na ponavljanju prijetnji koje kod žrtve izazivaju osjećaj straha, npr. učestala neželjena komunikacija posmatranjem, hodanje neposredno iza žrtve, pojavljivanje na radnom mjestu, u virtuelnom svjetu (*chat rooms*, društvene mreže). Neželjena komunikacija podrazumjeva bilo koji aktivni kontakt sa žrtvom preko sredstava komunikacija i informaciono-komunikacionih tehnologija, a prijeteeće ponašanje može uključivati: vandalizam prema imovini žrtve, njenim ljubimcima; ostavljanje tragove kontakta sa ličnim stvarima; uspostavljanje lažnih identiteta ili širenje neistinitih informacija na društvenim mrežama.³⁶

Krivično djelo ugrožavanja sigurnosti iz člana 168. KZ CG može obuhvatiti neke od slučajeva proganjanja, ali ne i slučajeve kontinuiranog zastrašivanja, koji su posebno naglašeni u konvenciji, tako da bi trebalo preispitati mogućnosti uvođenja ovog krivičnog dela u KZ CG. Za

³⁴ Opet cit. Sigurna ženska kuća, jun 2016. g.

³⁵ Op cit. Prof. i. R. Dr Carol Hageman-White, page 14.

³⁶ Op. cit, *Explanatory Report*, pgs. 92-93.

uvođenje proganja kao nove inkriminacije u KZ CG dato je više inicijativa od strane NVO sektora, a i u uporednom zakonodavstvu su poznate takve inkriminacije.³⁷

Član 35. Konvencije odnosi se na obavezu država da preduzmu neophodne zakonodavne i druge mjere i obezbjede da namjerno počinjena dela fizičkog nasilja nad drugim licem budu inkriminisana. Navedena obaveza je obuhvaćena krivičnim djelima teška tjelesna povreda, član 151 i laka tjelesna povreda u članu 152. KZ CG.

Član 36 konvencije: Seksualno nasilje, uključujući silovanje definiše krivično djelo seksualnog nasilja, uključujući silovanje, a stav 1) obuhvata sve oblike seksualnog čina, dok se namjerno ponašanje odnosi na sve elemente krivičnog djela. Izraz "seksualne prirode" opisuje čin koji ima seksualnu konotaciju. Države su obavezne da obezbjede inkriminaciju koja obuhvata pojam nedostatka slobodno datog pristanka za bilo koju od seksualnih radnji navedenih u ovom članu. Prilikom analize elementa ovih krivičnih djela, države obaveznice treba da uzimaju u obzir i praksu ESLJP (npr. odluka M.C. protiv Bugarske, 4. decembar 2003), odnosno da se tumačenje krivičnog djela silovanja i procesuiranje silovanja ne vrši pod uticajem rodnih stereotipa i predrasuda o muškoj i ženskoj seksualnosti. Krivična djela seksualnog nasilja i silovanja u skladu sa konvencijom treba da se odnose na sve učinioce kada je izostao pristanak, bez obzira na odnos između počinioca i žrtve. Seksualno nasilje i silovanje su uobičajen oblik vršenja moći i kontrole u nasilnoj vezi, a nakon formalnog razilaska partnera česti su slučajevi nasilja sa smrtnim ishodom.

³⁷ Op. cit. mr T. Saveljić; J. Hajduković; N. Međedović i M. Raičević, strana 74; Zaštitnik građana, Inicijativa za izmenu KZ RS, sa Obrazloženjem, str. 9-10; Autonomni ženski centar, grupa autorki, strana 77; KZ Slovenije, Izm. i dop. KZ Slovenije, "Uradni list Republike Slovenije", broj 54/15, član 134 a), jul 2015. g.

Radi usklađivanja člana 204. stav 1, silovanje KZ CG, sa članom 36. stav 1, tač. a) i b). konvencije, kao i sa čl. 19 i 34. Konvencije o pravu djeteta, odredbama Opšteg protokola o zaštiti djece od zlostavljanja i zanemarivanja, predlažu se dopune u članu 204. st. 1 KZ CG, s obzirom da radnje izvršenja i uslovi pod kojima su izvršene nijesu u potpunosti usklađeni sa navedenim zahtevima iz člana 36, stav 1. tač. a) i b) Konvencije³⁸. Prema sadašnjem sadržaju krivičnog djela silovanja, nijesu obuhvaćene radnje različite vrste penetracije seksualne prinude na tijelu drugog lica bez njenog/njegovog pristanka korišćenjem bilo kog djela tijela, odnosno predmeta koje predviđa konvencija.³⁹ Nadalje, prema članu 36 b) konvencije, silovanje postoji u svim slučajevima kada žrtva nije dala svoj pristanak, tako da je važeći član 204. stav 1. KZ CG neophodno dopuniti i tim elementom. Inače, tokom 2013. g. u Crnoj Gori je registrovano 25 krivičnih djela protiv polne slobode: 4 silovanja, 4 silovanja u pokušaju, 9 nedozvoljene polne radnje, 4 obljuba nad djetetom i po jedno prikazivanje pornografskog materijala djeci i proizvodnja i posjedovanje dječije pornografije, podvođenje i omogućavanja vršenja polnog odnosa, silovanje u pomaganju i posredovanje u vršenju prostitucije.⁴⁰

U smislu člana 37 konvencije, KZ CG ne sadrži prinudni brak kao posebno krivično djelo, ali odredbe nekih drugih inkriminacija npr. prinuda, ako je reč o punoljetnom licu, navođenje na vršenje drugih radnji koje su štetne za razvoj maloljetnog lica, krivično djelo trgovina ljudima ili krivično djelo otmica bi mogli biti primjenjeni u praksi. Kod nas je ova problematika prisutna i kod slučajeva "ugovorenih" brakova, nekada sa obilježjima krivičnog djela trgovina ljudima, posebno

³⁸ Op. cit. Sigurna ženska kuća, Podgorica; mr T. Saveljić; J. Hajduković; N. Međedović i M. Raičević, str. 77-78.

³⁹ Op. cit. *Explanatory Report*, str. 93-94.

⁴⁰ Izveštaj o sprovođenju Plana aktivnosti za postizanje rodne ravnopravnosti u Crnoj Gori (PAPRR 2013 – 2017) za 2013. g. Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, mart 2014 g.

kod romske populacije.⁴¹ Kod sledećih izmjena KZ CG sagledati primjere iz prakse i eventualno propisati i krivično djelo, prinudni brak, sa svim elementima koje definiše konvencija.

Genitalno sakaćenje žena je specifično krivično djelo, član 38 koje odstupa od principa rodne neutralnosti koju konvencija promovira: *“1) Ko ženskoj osobi potpuno ili djelimično ukloni ili trajno promjeni spoljašnji dio polnog organa, kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina...”* Sadržaj ovog krivičnog djela mogao bi biti obuhvaćen krivičnim djelom teška tjelesna povreda, član 151 KZ CG. Iako nema dostupnih podataka o postojanju ovog krivičnog djela u Crnoj Gori, posebno se mora imati u vidu da su žrtve djevojčice i žene, da su posledice ovog krivičnog djela nepopravljive i trajne, a samo djelo se obično vrši bez saglasnosti žrtve. Takođe, treba uzeti u obzir i pojavu sve prisutnijih i masovnijih ratnih i ekonomskih migracionih tokova stanovništva ka Evropi, posebno njenog jugoistočnog djela, kao i odredbe 59 – 61 konvencije, dio koji se odnosi na rodno zasnovane zahteve za dobijanje azila. Za detaljnija obrazloženja oko konkretnih pojmova koji se koriste u konvenciji, vidjeti i Izvršni Izvještaj konvencije uz član 38, kao i Preambulu konvencije koja genitalno sakaćenje prepoznaje kao oblik ozbiljnog kršenja ljudskih prava žena i djevojčica.⁴² Neke od država koje su ratifikovale konvenciju posebno su inkriminisale to djelo, npr. Malta, Austrija, Italija, Portugal, Švedska i dr.

Krivično djelo Prinudni abortus i prinudna sterilizacija, član 39, takođe su izuzetak po pitanju rodne ravnopravnosti, jer su po prirodi stvari djevojčice i žene žrtve. Konvencija polazi od poštovanja reproduktivnih prava žene kako bi one mogle da

⁴¹Više o navedenom vidjeti na: <http://24sata.info/vijesti/regija/225131-skupstina-crne-gore-ugovoreni-brakovi-jedan-od-najvecih-problema-romske-populacije.html#sthash.dkxtriEG.dpuf>

⁴² Op. cit. *Explanatory Report*, pgs. 96-97; G. Gasmi, Konvencija SE o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Komentar, predstavnica Vlade RS u *Ad Hoc* CAHV IO komitetu SE, komentari uz član 38, str. 27-28.

slobodno odlučuju o reprodukciji i planiranju porodice. Smatramo da ne bi trebalo posebno inkriminisati ovo krivično djelo, budući da KZ CG definiše radnju izvršenja djela kao povredu propisa o prekidu trudnoće, ali bi se eventualno mogla dopuniti ova odredba u postupku budućeg amandmanskog djelovanja na KZ CG. Kod nas prinudna sterilizacija, nije predviđena kao posebno krivično djelo, ali bi mogla biti obuhvaćena krivičnim djelom, teška tjelesna povreda član 151, st. 2, KZ CG.

Seksualno uznemiravanje, član 40: *“Strane se obavezuju da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mjere i obezbjede da svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode u svrhu ili uz ishod povrede dostojanstva lica, posebno kada se stvara zastrašujuća, neprijateljska, degradirajuća, ponižavajuća, odnosno uvrjedljiva atmosfera bude predmet krivične ili druge pravne sankcije.”* Konvencija ovo k. d. definiše u bilo kojoj situaciji, a ne samo vezano za zaposlenje, radno mjesto, i sl. Prema našem Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici, u čl. 8, tač 6, kao radnje nasilja u porodici smatra se i seksualno uznemiravanje drugog člana porodice.

Članom 41, obuhvaćene su obaveze vezano za pomaganje, podstrekavanje i pokušaj krivičnih djela iz čl. 35, 36, 37, 38, tačka a) i 39 ove konvencije. Navedene obaveze su predviđene u KZ CG u čl. 20, 24 i 25, kroz primjenu opštih pravila o podstrekavanju i pomaganju. Za krivična djela navedena u stavu 2) ovoga člana, za većinu krivičnih djela, uključujući njihove teže oblike, može se primjeniti pravilo o kažnjavanju za pokušaj.

Neprihvatljiva opravdanja za krivična djela, pa i ona učinjena u ime tzv. „časti”, sadržana su u članu 42 sa ciljem da se kroz zakonske i druge mjere osigura da se kultura, običaji, religija, tradicija ili takozvani "čast", ne smatraju kao osnov za opravdanje za bilo koje djelo nasilja koje konvencija sadrži. Navedeni zahtevi, mogu se podvesti pod opšta pravila o

odmjeravanju kazne propisana članom 42, KZ CG kojim je određeno da će sud učiniocu krivičnog dela odmjeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti), a naročito: “stepen krivice, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, raniji život učinioca, ..., a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog dela, kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca”. Istovremeno član 42 a) KZ CG⁴³ propisuje da ako je krivično djelo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi, vjeroispovjesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, tu posebnu okolnost sud će cijeliti kao otežavajuću, osim ako to nije propisano kao obilježje osnovnog ili težeg oblika krivičnog djela. Pravila o odgovornosti podstrekača u KZ CG, data su uz čl 41 konvencije.

Prema članu 43 konvencije, krivična djela utvrđena na osnovu ove konvencije treba shvatiti nezavisno od prirode odnosa između žrtve i počinioca, jer za veliki broj krivičnih djela nasilja, učinioci su članovi porodice, intimni partneri ili druga lica iz neposrednog okruženja žrtve.

Član 44 konvencije propisuje različite uslove za uspostavljanje nadležnosti nad krivičnim djelima koje konvencija tretira. Tako se u stavu 1 tačka a) nadležnost zasniva na principu teritorijalnosti koji je osnovni princip važenja krivičnog zakonodavstva, ali je u tač. 2 i 3 proširen principom zastave broda i registracije aviona, itd. Prema konvenciji moguće je izjaviti rezervu na član 44, stav 1, tačka e), st. 3 i 4, ali to Crna Gora nije učinjela. Ipak, kroz planirane

⁴³ Izmjene i dopune KZ Crne Gore, “Službeni list Crne Gore”, Broj: 40/2013, Član 3- Član 42 a, Posebna okolnost za odmjeravanje kazne za krivično djelo učinjeno iz mržnje.

izmene i dopune KZ CG, preispitati odredbe Važenje krivičnog zakonodavstva i njihovu usklađenost sa članom 44 konvencije. Sadržaj člana 45, države članice su u obavezi da usklade propisane sankcije koje treba budu: "efikasne, proporcionalne i odvaračajuće". Imajući u vidu navedene zahtjeve, zaprječene kazne predviđene KZ CG mogu se generalno govoreći smatrati proporcionalnim i odgovarajućim. Kada je riječ o kazni zatvora, ona je za djela koja navodi konvencija propisana u rasponu od jedne i više godina, čime se ispunjava i uslov za ekstradiciju.

Međutim, imajući u vidu naredne stavove ovog člana konvencije, prema KZ CG licu kojem je sud izrekao uslovnu osudu, moguće je izreći mjeru zaštitnog nadzora, član 59 ili mjeru bezbjednosti, zabrane približavanja Član 77. a) i mjeru bezbjednosti- Udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje, Član 77. b): *"(1) Učiniocu krivičnog djela nasilja u porodici ili u porodičnoj zajednici sud će izreći udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje ako postoji opasnost da bi učinilac mogao ponovo izvršiti to krivično djelo"*...

Otežavajuće okolnosti, član 46, konvencije, u najvećem broju inkriminiranih krivičnih djela u KZ CG predstavljaju elemente težih oblika krivičnih djela, uz ponovni naglasak da definiciju porodice treba proširiti i na partnere i brisati elemenat zajedničkog življenja. Takođe, treba uzeti u obzir i opšta pravila o odmjerenju kazne- olakšavajuće i otežavajuće okolnosti o kojima je bilo riječi uz komentare vezano za ispunjavanje obaveza iz člana 42 konvencije.

Vezano za zahtjev iz 46 tač. d), krivično djelo počinjeno nad djetetom ili u prisustvu djeteta, razmortiti mogućnost da se u značenju izraza KZ CG, doda nova tačka ili u nekom drugom zakonu, poput člana 4. Zakona o sprečavanju nasilja u porodici Republike Slovenije: „dijete se ima smatrati žrtvom i kada nije neposredno žrtva nasilja, već živi u okruženju koje

karakteriše nasilje“ (neformalan prevod autorke)⁴⁴ kao i odgovarajuće preporuke Zaštitnika građana RS.⁴⁵

Zaključak

“Istanbulska” konvencija SE o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici osobena je po sveobuhvatnosti i obimnosti oblasti na koju se odnosi, ali i po pravno obavezujućim standardima, sa principima zaštite žrtava i kažnjavanja izvršilaca. Države koje su ratifikovale ovu konvenciju obavezale su se na njeno sprovođenje u cilju uspostavljanja ne tolerancije na slučajeve nasilja nad ženama i nasilja u porodici, što je zahtjevan, ali dugoročno dostižan cilj. Crna Gora je među prvim članicama SE ratifikovala ovu konvenciju. Od toga vremena preduzeto je niz aktivnosti na nacionalnom i međunarodnom nivou, koje su uticale na unapređivanje opšteg okvira za zaštitu od nasilja nad ženama nasilja u porodici. Pored zakonodavnog i institucionalnog okvira, strategije na nacionalnom i regionalnom nivou koje su već započele sprovođenje i prije ratifikacije konvencije, preduzeto je niz drugih aktivnosti koje predstavljaju značajan korak i pokazuju da pored spremnosti za ratifikaciju postoji i izražena volja da Crna Gora želi da se na sveobuhvatan, organizovan i kontinuiran način bori protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, pa i u oblasti krivičnopravne zaštite. Izuzetno važan doprinos u realizaciji standarda konvencije daju i brojne nevladine organizacije.

Ovaj rad je ograničenog obima i usmjeren samo na neke djelove konvencije kojom prilikom su analizirani pojedini standardi i obaveze iz konvencije, i to kako oni koji se tiču preventivnog djelovanja, tko i oni koji se odnose na represivno

⁴⁴ Zakon o sprečavanju nasilja v družini, „Uradni list Republike Slovenije“, Št. 16/08.

⁴⁵ Dostupno na sajtu <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/misljenja-preporuke-i-stavovi/1473-2011-09-05-07-31-04>

djelovanje (krivična djela, sankcije). Tako je uz nacionalni normativni okvir dat i pregled najznačajnijih propisa, uključujući i KZ CG koje treba harmonizovati sa konvencijom. Važno je pomenuti i postojeće inicijative za izmjenu KZ CG i njegovo potpuno usaglašavanje sa konvencijom, koje su date od strane nevladinih i međunarodnih organizacija koje sa različitih aspekata tretiraju probleme vezano za spriječavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Što brža i potpunija harmonizacija mnogobrojnih propisa, uključujući i KZ CG sa konvencijom, kao i efikasno i djelotvorno sprovođenje zakonodavstva iz brojnih oblasti na koje se odnosi problematika nasilja nad ženama i nasilja u porodici jedna je od prioritetnih reformskih aktivnosti u Crnoj Gori.

REZIME

“Istanbulska“ konvencija predstavlja najsveobuhvatniji i obavezujući međunarodni ugovor u ovoj oblasti. Usvajanjem, potpisivanju i ratifikaciji ove konvencije je predhodilo dugogodišnje zauzimanje i aktivizam, posebno nevladinih organizacija koje djeluju na promociji i zaštiti ženskih prava.

Savjet Evrope je “Istanbulsku“ konvenciju donio je 2011, a ista je stupila na snagu 1. avgusta 2014. g. Skupština Crne Gore 31. oktobra 2013. g. usvojila je Zakon o potvrđivanju Konvencije Savjeta Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.

U ovom članku je ukratko ukazano na sadržaj i vrijednosti ove konvencije, kao i na potrebu ispunjavanja obaveza i djelotvornije sprovođenje nekih od standarda i zahtjeva koje “Istanbulska” konvencija ustanovljava, za države potpisnice, pa i Crnu Goru. U tom smislu analiziran je sadržaj Poglavlja: I, II, III i posebno V. čije se odredbe odnose na krivično materijano pravo, imajući u vidu potrebu harmonizacije i u tom smislu očekivanih izmjena i dopuna KZ CG.

SUMMARY

“Istanbul Convention” presents the most comprehensive and obligatory international treaty in this area, that was preceded by many years of advocacy, especially by NGOs, which are active in the promotion and protection of women’s rights.

The Convention was adopted by the Council of Europe in 2011, and it came into effect on August 1, a 2014. The “Istanbul” convention was signed by Montenegro and ratified it with the Law on ratification of the CE Convention on prevention and combatting violence against women and domestic violence on 31th October 2013.

The objective of this article is to contribute to the promotion of the contents and values the Convention stands for, as well as to facilitate the recognition of obligations and a more efficient enforcement of some of the numerous standards and demands the “Istanbul” convention establishes. Thus, the Article gives a review and recommendations for implementation of the contents of the Chapters I, II i III, and V of the Convention within future amendments of Criminal Code of Montenegro.

Doc. dr Vesna SIMOVIĆ ZVICER¹

PROFESIONALNO OCJENJIVANJE RADA SUDIJA U CRNOJ GORI

Profesionalno ocjenjivanje rada sudija predstavlja novi institut u Zakonu o Sudskom savjetu i sudijama. Ocjenjivanje se vrši na osnovu dva kriterijuma: stručno znanje i opšta sposobnost sudije, a u okviru svakog od njih predviđena su po četiri podkriterijuma. Cilj profesionalnog ocjenjivanja rada sudija jeste procjena stručnosti sudije; procjena kvantiteta i kvaliteta rada; procjena etičnosti sudija; procjena potrebe za obukom i napredovanje u sud višeg reda.

Ipak, analiza predviđenih podkriterijuma i indikatora za ocjenjivanje sudija ukazuje da bi trebalo objediniti neke podkriterijume, posebno one koji se tiču opšte sposobnosti sudije. Takođe, ne bi trebalo dati isti značaj podkriterijumima koji se odnose na stručno znanje i opštu sposobnost sudija, koji su po važećim rješenjima stavljeni u istu ravan.

U radu se, osim kritičkog osvrta na podkriterijume i indikatore za ocjenjivanje rada sudija ukazuje na nadležnosti Sudskog savjeta u vezi sa ocjenjivanjem sudija, ciljeve i značaj ocjenjivanja, postupak ocjenjivanja sudija i predsjednika sudova.

Ključne riječi: ocjenjivanje rada, kriterijumi, podkriterijumi, indikatori.

¹ Univerzitet Crne Gore

1. Nadležnosti Sudskog savjeta u odnosu na profesionalno ocjenjivanje rada sudija

Sudski savjet je shodno članu 126 Ustava Crne Gore ("Službeni list CG", br. 1/2007), samostalan i nezavistan organ koji obezbjeđuje samostalnost i nezavisnost sudova i sudija. Članovi Sudskog savjeta su: predsjednik Vrhovnog suda, četiri sudije koje bira i razrješava Konferencija sudija, četiri ugledna pravnik koji bira i razrješava Skupština i ministar pravde. Sudski savjet ima predsjednika, koji ne može biti sudija, a bira ga Sudski savjet.

Prema amandmanu IX Ustava Crne Gore ("Službeni list CG", br. 38/2013), nadležnosti Sudskog savjeta su sljedeće:

- bira i razrješava predsjednika Vrhovnog suda;
- bira i razrješava predsjednika Sudskog savjeta;
- dostavlja Skupštini godišnji izvještaj o radu Sudskog savjeta i ukupnom stanju u sudstvu;
- bira i razrješava sudiju, predsjednika suda i sudiju-porotnika;
- razmatra izvještaj o radu suda, predstavke i pritužbe na rad suda i zauzima stavove o njima;
- utvrđuje prestanak sudijske funkcije;
- utvrđuje broj sudija i sudija porotnika;
- predlaže Vladi iznos sredstava za rad sudova;
- vrši i druge poslove utvrđene zakonom.

Nadležnosti Sudskog savjeta utvrđene su i Zakonom o Sudskom savjetu i sudijama ("Službeni list CG", br. 11/2015), koji u članu 27 predviđa da Sudski savjet, pored nadležnosti koje su utvrđene Ustavom, ima sljedeće nadležnosti:

- odlučuje o disciplinskoj odgovornosti sudija i predsjednika sudova;
- obezbjeđuje korišćenje, funkcionalnost i jednoobraznost pravosudnog informacionog sistema, u dijelu koji se odnosi na sudove;
- stara se o edukaciji sudija i predsjednika sudova;

- vodi evidenciju podataka o sudijama i predsjednicima sudova;
- razmatra pritužbe na rad sudija i predsjednika sudova;
- razmatra pritužbe sudija i zauzima stavove u vezi ugrožavanja njihove nezavisnosti i samostalnosti;
- predlaže okvirna mjerila o potrebnom broju sudija i ostalih državnih službenika i namještenika u sudovima;
- daje mišljenje o nespojivosti obavljanja određenih poslova sa vršenjem sudijske funkcije;
- obrazuje Komisiju za ocjenjivanje sudija;
- bira disciplinskog tužioca;
- donosi poslovnik Sudskog savjeta;
- utvrđuje metodologiju za izradu izvještaja o radu sudova i godišnjeg rasporeda poslova u sudu;
- izdaje službene legitimacije sudija i predsjednika sudova i vodi evidenciju službenih legitimacija;
- daje mišljenja na nacрте propisa iz oblasti pravosuda;
- vrši i druge poslove utvrđene zakonom.

Dakle, na osnovu navedenih normi, može se zaključiti da je ocjenjivanje rada sudija jedna od najznačajnijih nadležnosti Sudskog savjeta. Ona je povezana, odnosno reflektuje se i na druge nadležnosti koje ima Sudski savjet. Tako, ukoliko sudija ima uzastopno loše rezultate u radu, biće razriješen, što je takođe jedna od nadležnosti sudskog savjeta. U vezi sa ocjenjivanjem je i upućivanje na edukaciju sudija koji ne pokazuju dovoljnu stručnost u radu.

Kada je u pitanju samo ocjenjivanje, Sudski savjet u svojoj nadležnosti ima obrazovanje Komisije za ocjenjivanje rada sudija. Ovu komisiju čine predsjednik Vrhovnog suda i četiri člana Sudskog savjeta, od kojih su tri iz reda sudija i jedan iz reda uglednih pravnika. Osim pomenute komisije, Sudski savjet obrazuje i vijeće sudija za ocjenjivanje, koje čine: predsjednik suda u kojem se sudija ocjenjuje i četiri sudije iz sudova višeg stepena. Prema članu 51, sta 2 Poslovnika Sudskog savjeta ("Službeni list CG", br. 57/2015), odlukom o

obrazovanju Vijeća za ocjenjivanje Sudski savjet određuje predsjednika Vijeća i njegove članove, njihove zamjenike, sudije kojeg/kojih suda/sudova će to vijeće ocjenjivati, te dužinu mandata.

Sudski savjet odlučuje i o izuzeću člana Komisije ili vijeća sudija za ocjenjivanje. Razlozi za izuzeće predviđeni su Poslovníkom Sudskog savjeta, a to su:

Ako se razmatraju pitanja koja se:

- tiču njega samog;
- srodnika po krvi u pravoj liniji;
- srodnika u pobočnoj liniji do 4-og stepena;
- srodnika po tazbini od 2-og stepena;
- supružnika ili vanbračnog druga ili djece;
- ako postoje druge okolnosti koje izazivaju sumnju u nepristrasnost.

Osim toga, Sudski savjet uređuje način njihovog rada. postupak ocjenjivanja i utvrđuje indikatore za sačinjavanje izvještaja i predloga ocjene na osnovu kriterijuma propisanih za sudije, kao i kriterijume za ocjenjivanje i indikatore za sačinjavanje izvještaja i predloga ocjene za predsjednike sudova.

2. Ciljevi i značaj ocjenjivanja rada sudija

Zakonom o Sudskom savjetu i sudijama se po prvi put u naš pravni sistem uvodi institut ocjenjivanja sudija. Ovo ocjenjivanje ima sljedeće ciljeve: procjena stručnosti sudije; procjena kvantiteteta i kvaliteta rada; procjena etičnosti sudija; procjena potrebe za obukom i napredovanje u sud višeg reda.

Ocjenjivanju sudija podliježu sve sudije, osim sudija Vrhovnog suda. Rad sudije se ocjenjuje svake treće godine, osim u sljedećim slučajevima:

- ako je sudija ocijenjen ocjenom: "ne zadovoljava", kada će se ponovno ocjenjivanje vršiti po isteku jedne godine

od dana pravosnažnosti odluke kojom je utvrđena ta ocjena.

- ako se sudija prijavio za napredovanje u sud višeg stepena, a nema ocjenu ili je od prethodno utvrđene ocjene proteklo više od dvije godine.

Treba napomenuti da se postupak ocjenjivanja sudije neće sprovoditi ako je sudija u periodu za koji se vrši ocjenjivanje bio odsutan sa rada najmanje godinu dana.

Rad sudije može biti ocijenjen nekom od sljedećih ocjena:

- odličan: ako je njegov rad po svim podkriterijumima ocijenjen kao odličan, odnosno po dva podkriterijuma dobar, a po ostalim odličan;
- dobar: ako je njegov rad po najmanje pet podkriterijuma ocijenjen sa dobar;
- zadovoljava: ako je njegov rad po najmanje četiri podkriterijuma ocijenjen sa zadovoljava;
- nezadovoljava: ako je njegov rad po najmanje dva podkriterijuma ocijenjen sa nezadovoljava.

Značaj ocjenjivanja sudija ogleda se prije svega u posljedicama koje po njih ima ocjenjivanje. Naime, ukoliko je sudija ocijenjen ocjenama: "zadovoljava" i "nezadovoljava", upućuje se na program obavezne kontinuirane obuke, pri Centru za edukaciju sudija i tužilaca. Sa druge strana, sudija koji je ocijenjen kao dobar ili odličan ima pravo da napreduje u sud višeg stepena. Osim toga, sudija čiji je rad ocijenjen kao odličan, ukoliko u roku od godine dana ne napreduje u sud višeg stepena, ima pravo na zaradu u visini predsjednika suda u kojem vrši sudijsku funkciju. Pravo na ovaj iznos zarade zadržava sve do izbora u sud višeg stepena, odnosno dok ne bude ocijenjen sa nižom ocjenom.

3. Postupak ocjenjivanja sudija

Postupak ocjenjivanja sudija uređen je Zakonom o Sudskom savjetu i sudijama i Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika sudova.

Odluku o otpočinjanju procesa ocjenjivanja sudija u određenom sudu, shodno članu 53, stav 1 Poslovnika Sudskog savjeta donosi Sudski savjet. Nakon donošenja ove odluke, vijeće sudija za ocjenjivanje 15 dana prije početka rada ima obavezu da obavijesti sudiju o vremenu kada će početi postupak ocjenjivanja.

Ocjenjivanje sudija počinje biranjem predmeta za ocjenjivanje, kojem prisustvuju svi članovi vijeća za ocjenjivanje sudija i sudija čiji se rad ocjenjuje. Nakon toga, sudija čiji se rad ocjenjuje dužan je da u roku od osam dana predsjedniku suda dostavi izvještaj o svom radu . Ovaj izvještaj, prema članu 94, stav 1 sadrži sljedeće elemente: opis sudijskih aktivnosti; ocjenu sopstvenog rada; i navođenje predmeta koje je sam odabrao za ocjenjivanje. U ovom dijelu se može postaviti pitanje: koja je svrha ocjenjivanje sopstvenog rada od strane sudije? Da li sudija u ovom dijelu iznosi samo činjenice o svom radu ili ocjenjuje svoj rad nekom od ocjena koje su predviđene u zakonu? Mišljenja sam da bi iznošenje činjenica koje su od značaja za ocjenjivanje (posebno u dijelu koji se odnose na specifične okolnosti u kojima je postupao u predmetima koji su uzeti na razmatranje u postupku ocjenjivanja), ali ne i ocjena sopstvenog rada, što iz jezičkog tumačenja ove norme i proizilazi. Navedni izvještaj, kao i ostalu dokumentaciju koja je neophodna za ocjenjivanje sudije, predsjednik suda je dužan da dostavi vijeću za ocjenjivanje sudija, u roku od pet dana od dana prijema izvještaja sudije.

Vijeće sudija za ocjenjivanje ima obavezu da u roku od 30 dana od početka postupka ocjenjivanja sačini izvještaj o ocjenjivanju sudije, po predviđenim kriterijumima i podkriterijumima. Svaki član ovog vijeća, na posebnom

obrascu ocjenjuje sudiju, nakon čega se većinom glasova sačinjava izvještaj i utvrđuje predlog ocjene. Treba napomenuti da je, shodno Pravilima za ocjenjivanje sudija, glasanje u ovom slučaju javno. Nakon toga, predlog ocjene se upućuje Komisiji za ocjenjivanje.

Komisija za ocjenjivanje nakon toga, predlog ocjene, u roku od pet dana od dana dostavljanja, dostavlja sudiji čiji se rad ocjenjuje, koji ima pravo da se o tom predlogu izjasni. Međutim, u ovom dijelu ostvarena je pravna praznina u zakonu, jer nije predviđeno u kojem roku sudija čiji se rad ocjenjuje ima pravo da se izjasni. U daljem postupku, Komisija za ocjenjivanje može tražiti dodatne podatke i objašnjenja od vijeća sudija za ocjenjivanje. Osim toga, Komisija za ocjenjivanje može pozvati na razgovor čiji se rad ocjenjuje, radi utvrđivanja konačne ocjene, radi razjašnjenja određenih pitanja. Jedan od propusta u regulisanju postupka ocjenjivanja sudija u ovom dijelu jeste što nije određen rok u kojem Komisija za ocjenjivanje treba da utvrdi konačnu ocjenu, a nije uređen ni način donošenja odluke o konačnoj ocjeni.

Odluka Komisije o utvrđivanju ocjene rada sudije je konačna, a protiv nje se može pokrenuti upravni spor. Nakon okončanja spora, odnosno po pravosnažnosti odluke o ocjenjivanju sudije, ista se upisuje u evidenciju sudija.

4. Kriterijumi i indikatori za ocjenjivanje

Zakon o sudskom savjetu i sudijama predviđa dva kriterijuma za ocjenjivanje sudija, to su: stručno znanje i opšta sposobnost za vršenje sudijske funkcije, a za svaki od njih su predviđena po četiri podkriterijuma, dok su indikatori za sačinjavanje izvještaja u postupku ocjenjivanja uređeni Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika sudova.

Jedan od izvora ocjenjivanja sudije, prema članu 92 Zakona o sudskom savjetu i sudijama, jesu pravosnažno završeni predmeti, i to:

- pet pravosnažno završenih predmeta koji se biraju metodom slučajnog uzorka (iz PRIS-a);
- pet pravosnažno završenih predmeta koje sudija sam izabere;
- pet pravosnažno završenih predmeta u kojima se odluke ukinute, koji se biraju metodom slučajnog uzorka (iz PRIS-a);

Pri tome, treba napomenuti da se kao izvori ocjenjivanja koriste predmeti koji su završeni u periodu koji je predmet ocjenjivanja, a u kojima je sudija postupao bilo kao sudija pojedinac, sudija izvjestilac ili kao predsjednik vijeća. Osim toga, uzimaju se u obzir ne samo predmeti iz suda u kojem sudija obavlja sudijsku funkciju, već i iz suda u koji je bio upućen, u skladu sa zakonom.

Osim pravosnažno završenih predmeta, kao izvori ocjenjivanja navode se i statistički izvještaj o radu sudije, koji sadrži podatke o radu sudije, podatke iz evidencije o sudijama, podatke o broju pritužbi i odlukama o pritužbama na rad sudije, podatke o broju kontrolnih zahtjeva u predmetima sudije i odlukama po kontrolnim zahtjevima, kao i podatke o broju predmeta u kojima odluka nije izrađena u zakonskom roku; zapisnici dobijeni kontrolom rada suda; i izvještaj Centra za obuku sudija i tužilaca.

Kada je u pitanju stručno znanje sudija, predviđeni su sljedeći podkriterijumi: kvantiten i kvalitet rada; priprema za suđenje; sposobnost planiranja i djelotvornog vođenja procesnih radnji i vještina vođenja ročišta; i stručno usavršavanje.

4.1. Kvantitet i kvalitet rada

Kvantitet i kvalitet rada, kao podkriterijum kojim se ocjenjuje stručno znanje sudije se utvrđuju u odnosu na: broj predmeta u radu, broj završenih predmeta, ukinutih odluka, broj otvorenih pretresa i rasprava od strane drugostepenog

suda, usvojenih kontrolnih zahtjeva, odluka izradenih u zakonskom roku i kvaliteta obrazloženja.

Shodno Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika sudova, prosječna mjerila kvantiteta rada u određenoj vrsti predmeta utvrđuje Sudski savjet za svaku godinu, u roku od dva mjeseca po proteku kalendarske godine. Prosječna mjerila utvrđuju se tako što se ukupan broj predmeta u toku jedne godine u određenoj materiji za određenu kategoriju sudova² podijeli sa brojem sudija koji su radili u toj godini.

U pogledu broja predmeta utvrđeni su sledeći indikatori: sudija koji je završio 80 % ili manje predmeta prema Prosječnim mjerilima, a zato ne da opravdane razloge - nezadovoljava; a sudija koji je završio više od 80 % predmeta prema Prosječnim mjerilima – zadovoljava. Pri tome, ukoliko je sudija radio različite vrste predmeta kvantitet rada utvrđuje se zbirom ostvarenog procenta za svaku vrstu predmeta, a uz primjenu pomenutih kriterijuma. Može se postaviti pitanje da li je ovakvo određivanje mjerila adekvatno, sa razloga što se u praksi može desiti da nezadovoljava sudija koji je završio 79,9%, a sa druge strane da zadovoljava sudija koji je završio neznatan broj predmeta više.

Kada su u pitanju ukinute odluke, sudija koji je imao 30 % i više ukinutih odluka u odnosu na ukupan broj predmeta u kojima je u istom periodu donijeta odluka – nezadovoljava, dok sudija koji je imao manje od 30 % ukinutih odluka u odnosu na ukupan broj predmeta u kojima je u istom periodu donijeta odluka - zadovoljava. Takođe, dobro rješenje predstavlja odredba da se pri izračunavanju procenta ukinutih odluka predmet u kojem je odluka djelimično ukinuta računa kao pola (0,5 % predmeta), dok se

² Pravilima su određene sljedeće kategorije sudova: osnovni sudovi do šest sudija; osnovni sudovi od šest do 12 sudija; osnovni sudovi preko 12 sudija; sudovi za prekršaje; viši sudovi; Privredni sud; Viši sud za prekršaje; Upravni sud; Apelacioni sud.

u ukinute odluke ne ubraju one odluke koje su ukinute samo u dijelu troškova postupka. Ipak, može se reći da je procenat d 30% ukinutih odluka kao indikator visoko postavljen, zbog čega bi prilikom izmjena Pravila trebalo utvrditi manji procenat. U vezi sa ovim indikatorom može se javiti problem u praksi ukoliko je drugostepeni sud (u slučaju da je ukinuo odluku prvostepenog suda) donio pogrešnu odluku, odnosno ako je nepravilno ukinio prvostepenu odluku.

Broj ukunutih odluka treba dovesti u vezu sa podkriterijumom koji se odnosi na pripremu za raspravu i vođenje postupka, jer se odluke ukidaju upravo zbog propusta koji su izvršeni u toku trajanja sudskog postupka. Na ovaj način, dolazi se u situaciju da sudija po jednom predmetu dva puta iz istog razloga biva ocijenjen negativno: jedna put zbog ukunite odluke, a drugi put zbog propusta u vođenju postupka (zbog kojih mu je odluka i najčešće ukinuta).

U vezi sa brojem otvorenih pretresa, odnosno rasprava prilikom odlučivanja po žalbi, sudija u čijim je predmetima prilikom odlučivanja po žalbi otvoren pretres, odnosno rasprava u 30 % i više predmeta u kojima je odlučivano po žalbi – nezadovoljava, a ako je pretres, odnosno rasprava otvoren u manje od 30 % predmeta u kojima je odlučivano po žalbi - zadovoljava. Može se konstatovati da je i ovaj indikator visoko postavljen. Osim toga, u trenutnim uslovima ne postoji elektronska evidencija o broju otvorenih rasprava, što u praksi značajno otežava rad vijeća sudija za ocjenjivanje, zbog čega bi bilo neophodno obezbijediti dostupnost ovih podataka u PRISU (pravosudnom informacionom sistemu).

Kvalitet rada sudije uvrđuje se i na osnovu broja usvojenih kontrolnih zahtjeva. Tako, sudija u čijim predmetima je usvojeno preko 15 kontrolnih zahtjeva – nezadovoljava, a ako je usvojeno manje od 15 kontrolnih zahtjeva – zadovoljava. I u ovom slučaju je indikator visoko postavljen, a kao i u slučaju otvorenih pretresa, odnosno rasprava u postupku po žalbi ne postoje podaci u PRISU, zbog

čega bi i ovo pitanje moralo biti obuhvaćeno elektronskom bazom podataka.

Blagovremenost izrade odluka utvrđuje se na sljedeći način: sudija koji je u više od 20 predmeta odluku izradio mimo zakonskog roka, a prekoračenje nije duže od 30 dana ili je u tri ili više predmeta zakonski rok za izradu odluke prekoračio više od 30 dana – nezadovoljava. Sa druge strane, sudija koji je u 20 ili manje predmeta odluku izradio mimo zakonskog roka, a prekoračenje nije duže od 30 dana ili je u manje od tri predmeta rok za izradu odluke prekoračio više od 30 dana - zadovoljava. Postavlja se pitanje da li je ovakvo rješenje adekvatno, odnosno da li bi u presudama kojima su prethodili komplikovani postupci pred sudom (posebno postupci koji se vode pred višim sudovima) treba ostaviti duži rok, odnosno fleksibilnije rješenje.

Kvalitet obrazloženja presude predstavlja jedna od najznačajnijih indikatora za ocjenjivanje kvaliteta rada sudije. U tom smislu, Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika suda predviđena su različita mjerila za ocjenjivanje prvostepenih i drugostepenih odluka. Tako, sudija će dobiti ocjenu nezadovoljava po ovom mjerilu ako je obrazloženje odluke nerazumljivo, bez razloga o odlučnim činjenicama ili su ti razlozi nejasni i protivrječni, dok će ocjenu zadovoljava dobiti ako je obrazloženje potpuno, jasno i koncizno. Sa druge strane, na drugostepene odluke se primjenjuju sljedeća mjerila: ako obrazloženje ne sadrži odgovore na sve žalbene navode, nema jasnih uputa prvostepenom sudu koje dokaze treba provesti, koje činjenice utvrditi i u čemu je značaj istih za primjenu materijalnog prava, odnosno u čemu se sastoji povreda procesnog zakona - nezadovoljava; a ako obrazloženje sadrži ocjenu važnih žalbenih navoda sa jasnim razlozima, a ukidno rješenje sadrži jasne upute prvostepenom sudu – zadovoljava. Ovdje ostaje nejasno pitanje: kako će se u konačnom cijeliti kvalitet obrazloženja ukoliko ono u različitim presudama ima različiti kvalitet? U tom dijelu Pravila

ostaju nedorečena. Treba napomenuti da od kvaliteta obrazloženja zavisi i sam kvalitet presude. Zbog toga smatram da kvalitet obrazloženja mora biti u budućnosti drugačije tretiran, odnosno da ne bi trebao biti tretiran kao podkriterijum, već kao kriterijum za ocjenjivanje sudija.

Međutim, prema važećim pravilima, predviđeno je da će se pokriterijum kvantitet i kvalitet rada ocijenjivati na sljedeći način:

- Sudija koji je po svim indikatorima ocijenjen zadovoljava dobija ocjenu - odličan;
- Sudija koji je po pet indikatora ocijenjen zadovoljava dobija ocjenu - dobar;
- Sudija koji je po četiri indikatora ocijenjen zadovoljava dobija ocjenu - zadovoljava;
- Sudija koji je po tri ili manje indikatora dobio ocjenu zadovoljava dobija ocjenu - nezadovoljava.

4.2. Priprema za suđenje

Priprema za suđenje kao podkriterijum ocjenjuje se na osnovu tačno definisanih radnji koje treba sprovesti na pripremnom ročištu i dokaza koje treba izvesti uz njihovu koncentraciju. Ocjene po ovom podkriterijumu su:

- tačno definisane radnje koje treba sprovesti na ročištu i dokaze koje treba izvesti, te koncentracija dokaza - odličan;
- definisane radnje koje treba sprovesti na ročištu i dokaze koje treba izvesti, ali bez njihove koncentracije (propustio da pozove svjedoke ili vještaka ili pak nije pratio urednost dostave za iste) - dobar;
- nepotpuno definisao radnje koje treba sprovesti na ročište ili dokaze koje treba izvesti (odlaganje ročišta/pretrsa bez navodjenja razloga, nepotpuni nalog vještaku) - zadovoljava;

- zakazivanje ročišta bez tačno definisanih radnji koje treba sprovesti, dokaza koje treba provesti, nekoncentrisanja dokaza - nezadovoljava;

4.3. Sposobnost planiranja i djelotvornog vođenja procesnih radnji

Ovaj podkriterijum podrazumijeva planiranje i vođenje procesnih radnji shodno načelima efikasnosti i ekonomičnosti postupka, dok vještina vođenja suđenja podrazumijeva sposobnost sudije da na jasan i razumljiv način rukovodi ročištem uz poštovanje procesne uloge stranaka u postupku.

Ocjene po ovom podkriterijumu su:

- sudija koji postupak vodi u skladu sa načelom efikasnosti i ekonomičnosti postupka (preduzima zakonom propisane mjere za obezbjedjenje prisustva okrivljenog, odnosno parničnih stranaka, svjedoka i vještaka, preduzima mjere radi sprečavanja zloupotrebe procesnih prava stranaka i drugih učesnika u postupku, blagovremeno preduzima radnje u skladu sa rješenjima sa ročišta), a na jasan i razumljiv način rukovodi ročištem (poštuje odredbe člana 317 - 320 ZKP odnosno člana 313 - 322 ZPP) - odličan;
- sudija koji u većini slučajeva postupa u skladu sa načelom efikasnosti i ekonomičnosti postupka, ili u većini slučajeva postupa u skladu sa navedenim odredbama procesnih zakona o rukovodjenju ročištima - dobar;
- sudija koji u povremeno postupa u skladu sa načelom efikasnosti i ekonomičnosti postupka - zadovoljava;
- sudija koji u značajnom broju postupa neefikasno i neekonomično - nezadovoljava.

4.4. Stručno usavršavanje

Kao podkriterijum, stručno usavršavanje se ocjenjuje na osnovu svih aktivnosti sudije koje preduzima radi unaprjeđenja i primjene znanja i metoda u radu.

Ocjene po ovom podkriterijumu su:

- doktorirao ili magistrirao u periodu za koji se vrši ocjenjivanje ili u istom periodu učestvovao u različitim oblicima stručnog usavršavanja preko obaveznog - odličan;
- učestvovao u različitim oblicima stručnog usavršavanja preko obaveznog - dobar;
- učestvovao u obaveznim oblicima edukacije - zadovoljava;
- nije učestvovao u bilo kakvim oblicima edukacije - nezadovoljava.

Čini se da i u ovom dijelu zakonska rješenja trpe osnovane kritike. Naime, stručno usavršavanje ima isti rang kao i ostali podkriterijumi za ocjenjivanje stručne sposobnosti sudije, što znači da značajno može uticati na konačnu ocjenu rada sudije, iako objektivno gledano, za ocjenjivanje sudije veći značaj ima npr. njegov kvalitet rada, nego činjenica da li se stručno usavršavao u periodu za koji se vrši ocjenjivanje. Osim toga, indikatori su, a posebno prvi indikator su prilično konfuzno postavljeni. Naime, kaže se da će kao odličan biti ocijenjen sudija koji je u periodu za koji se vrši ocjenjivanje doktorirao ili magistrirao (pri tome se ne pravi razlika između ova dva naučna zvanja) ili ako je učestvovao u različitim oblicima stručnog edukacije preko obaveznog. Ovaj drugi indikator je predviđen i za ocjenu dobar, pa se postavlja pitanje: kako će sudija koji je učestvovao u različitim oblicima edukacije preko obaveznog(a nije doktorirao ili magistrirao) biti ocijenjen: kao odličan ili kao dobar. Osim toga, može se postaviti pitanje: da li je ovaj indikator pravedan, posebno u odnosu na sudije koji imaju odlične rezultate prema

indikatorima za ostale podkriterijume kojima se ocjenjuje njihova straučna sposobnost.

Jedno od pitanja koje nije uređeno ni zakonom ni Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika sudova jeste pitanje ocjenjivanja sudija za istragu, obzirom da oni ne donose presude. Isto tako, nije adekvatno riješeno pitanje ocjenjivanja sudija Upravnog suda, odnosno nijesu uzete u obzir specifičnosti postupka pred Upravnim sudom, pa ostaje dilema kako cijeniti po ovom kriterijumu rad ovih sudija. Takođe, nigdje nije prepoznato vrednovanje odluka u kojima je postupak pred sudom završen sudskim poravnanjem, što bi moralo bito posebno cijanjeno, imajući u vidu činjenicu da u ovakvim slučajevima posebno dolaze do izražaja sposobnosti medijacije sudije (kojima bi trebalo posvetiti posebnu pažnju), kao i njegov doprinos efiksnosti i djelotvornosti postupka.

Podkriterijumi za ocjenjivanje opšte sposobnosti sudije su: vještina komunikacije, sposobnost prilagođavanja promijenjenim okolnostima, učestvovanje u različitim stručnim aktivnostima i sposobnost organizacije i koordinacije zaposlenih u sudu.

Vještina komunikacije podrazumijeva iskazivanje poštovanja prema strankama, kolegama i zaposlenima u sudu. Indikatori za ocjenjivanje ovog podkriterijumima su sljedeći:

- Sudija koji se u ophodjenju sa strankama i drugim učesnicima u postupku i sudskim osobljem ponaša dostojanstveno, obzirno i sa poštovanjem, a van suda se ponaša u skladu sa dignitetom funkcije koju obavlja dobija ocjenu - odličan;
- Ako su usvojene tri pritužbe na odnos sudije prema strankama, kolegama i zaposlenima utvrđena kao osnovana ili je utvrđena jedna povreda Etičkog kodeksa kojim je definisan odnos sudije prema stranakama, kolegama i zaposlenim sudija dobija ocjenu - dobar;
- Ako je usvojeno pet pritužbi na odnos sudije prema strankama, kolegama i zaposlenim utvrđene kao

osnovane ili su u dva navrata utvrđene povrede Etičkog kodeksa kojim je definisan odnos sudije prema stranakama, kolegama i zaposlenim sudija dobija ocjenu - zadovoljava;

- Ako je usvojeno više od pet pritužbi na odnos sudije prema strankama, kolegama i zaposlenim utvrđene kao osnovane ili su više od dva navrata utvrđene povrede Etičkog kodeksa kojim je definisan odnos sudije prema stranakama, kolegama i zaposlenim sudija dobija ocjenu - nezadovoljava;

Sposobnost prilagođavanja promijenjenim okolnostima odnosi se na prilagodavanje strukturalnim i organizacionim promjenama u sudu u kojem vrši sudijsku funkciju, promjenama zakona i procesnih pravila, kao i novim tehnologijama i pravilima rada. U tom smislu, Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika suda predviđeno je sljedeće:

- Sudija koji se u potpunosti prilagođava strukturalnim i organizacionim promjenama u sudu u kojem vrši sudijsku funkciju, promjenama zakona i procesnih pravila, novim tehnologijama i pravilima rada - odličan;
- Sudija koji se prilagođava strukturalnim i organizacionim promjenama u sudu u kojem vrši sudijsku funkciju, promjenama zakona i procesnih pravila, novim tehnologijama i pravilima rada - dobar;
- Sudija koji se teže prilagođava strukturalnim i organizacionim promjenama u sudu u kojem vrši sudijsku funkciju, promjenama zakona i procesnih pravila, novim tehnologijama i pravilima rada - zadovoljava;
- Sudija koji se neprilagođava strukturalnim i organizacionim promjenama u sudu u kojem vrši sudijsku funkciju, promjenama zakona i procesnih pravila, novim tehnologijama i pravilima rada - nezadovoljava.

Mišljenja sam da ovaj podkriterijum ne bi trebao da ima isti rang sa ostalim podkriterijumima za ocjenjivanje sudija, odnosno da bi ga trebalo drugačije koncipirati. Ovo sa razloga što se postavlja pitanje: ko je kompetentan, odnosno da li su članovi vijeca sudija za ocjenjivanje kompetentni da ocijene da li se neki sudija uspješno prilagođava promijenjenim okolnostima?! Kako ocijeniti da se sudija prilagođava ili se teže prilagođava, odnosno da se uopšte ne prilagođava promijenjenim okolnostima, na osnovu kojih parametara?

Učešće u različitim stručnim aktivnostima odnosi se na učešće sudija u obukama i drugim stručnim aktivnostima, a indikatori su sljedeći:

- Sudija koji je u ocjenjivanom periodu učestvovao kao predavač na seminarima i drugim oblicima edukacije u Centru za edukaciju nosilaca pravosudne funkcije najmanje pet puta, ili najmanje pet puta bio član radnih grupa za izradu zakona; ili objavio najmanje pet stručnih radova, odnosno pet naučnih radova, odnosno jednu knjigu iz područja pravnih nauka - odličan;
- Sudija koji je u ocjenjivanom periodu učestvovao kao predavač na seminarima i drugim oblicima edukacije u Centru za edukaciju nosilaca pravosudne funkcije najmanje tri puta, ili najmanje jedan put bio član radnih grupa za izradu zakona; ili objavio najmanje dva stručna, odnosno dva naučna rada - dobar;
- Sudija koji je u ocjenjivanom periodu imao aktivnosti iz stava 2 ovog člana ali u manjem broju - zadovoljava;
- Sudija koji nije imao nikakvih stručnih aktivnosti ocjenjuje se ocjenom - nezadovoljava.

Sposobnost organizacije i koordinacije zaposlenih u sudu podrazumijeva sposobnosti sudije da saraduje, organizuje i kontroliše rad savjetnika, pripravnika i zaposlenih koji rade sa njim. U tom smislu, Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika suda utvrđeni su prilično nejasni indikatori za ocjenjivanje sudija. Tako, sudija koji konstantno

povjerala poslove savjetniku, pripravniku i ostalim zaposlenim i sa njima radi na predmetima dobija ocjenu - odličan; sudija koji to radi u većini slučajevima – sa dobar; ukoliko to radi često – sa zadovoljava, a ukoliko savjetnike i ostale zaposlene uključuje u rad povremeno – sa nezadovoljava. Takođe, i u pogledu ovog podkriterijuma, odnosno kod indikatora za ocjenu se može postaviti pitanje: da li je moguće valjano utvrditi sposobnost organizacije i koordinacije sudije. Čini se da se ona može cijeliti jedino na osnovu izvještaja o radu sudije i predsjednika suda, što ne mora da bude objektivan pokazatelj. Osim toga, nemaju sve sudije savjetnike sa kojima rade, pa se postavlja pitanje kako će oni biti ocjenjivani po ovom podkriterijumu.

5. Ocjenjivanje rada predsjednika suda

Predsjednik suda ocjenjuje se i kao predsjednik i kao sudija.

Postupak ocjenjivanja predsjednika suda je sličan postupku ocjenjivanja sudija, s tim što vijeće sudija za ocjenjivanje, osim četiri sudije iz sudova višeg stepena čine i predsjednik Višeg suda za prekršaje (kada se ocjenjuje predsjednik suda za prekršaje); predsjednik Višeg suda (kada se ocjenjuje predsjednik osnovnog suda); predsjednik Apelacionog suda (kada se ocjenjuje predsjednik privrednog suda); predsjednici viših sudova, odnosno Vrhovnog suda (kada se ocjenjuje predsjednik Upravnog, odnosno Apelacionog suda).

Predlog ocjene u ovom slučaju sadrži ocjenu kao predsjednika i ocjenu kao sudije. Predsjednik suda u dijelu obavljanja sudijske funkcije ocjenjuje se kao i sudija.

Odluku o konačnoj ocjenu daje Komisija za ocjenjivanje, s tim što ocjena za kao predsjednika suda može biti: dobar ili ne zadovoljava. Ukoliko predsjednik suda dobije ocjenu ne zadovoljava biće razriješen sa funkcije predsjednika suda.

Kriterijumi za ocjenjivanje predsjednika suda utvrđeni su Pravilima za ocjenjivanje sudija i predsjednika suda, a to su sljedeća tri kriterijuma:

1. Stepen realizacije Programa rada podnijetog prilikom izbora. Shodno Pravilima, predsjednik suda koji je realizovao 75 % i više svog programa rada dobija ocjenu – dobar. Analognim tumačenjem ove norme dolazimo do zaključka da predsjednik koji je realizovao manje od 75% svog programa dobiće ocjenu ne zadovoljava.
2. Uspješnost u rukovodjenju sudom. Ovaj kriterijum se ocjenjuje na osnovu toga da li je predsjednik suda u ocjenjivanom periodu blagovremeno izradio godišnji raspored poslova, da li je njegove izmjene vršio u skladu sa zakonom i da li je poštovao princip slučajne dodjele predmeta, u kom slučaju se ocjenjuje ocjenom – dobar. U suprotnom, biće ocijenjen ocjenom ne zadovoljava.
3. Pravilan i blagovremen rad sudske uprave. Ovaj kriterijum se ocjenjuje na osnovu toga da li je predsjednik suda dostavio blagovremen, potpun i tačan izvještaj o radu suda, kao i u odnosu na to da li su inspekcijskim nadzorom utvrđene veće nepravilnosti.

Ocjena predsjednika suda se formuliše na način da predsjedniku suda koji je po najmanje dva kriterijuma ocijenjen ocjenom - dobar utvrđuje se predlog ocjene – dobar, odnosno ako je sa najmanje dva kriterijuma ocijenjen ocjenom ne zadovoljava, utvrđuje se predlog ocjene ne zadovoljava. Treba napomenuti da predsjedniku suda koji je biran po ranijim propisima stepen realizacije programa se ne uzima kao kriterijum, a dobiće ocjenu dobar ako je bar po jednom kriterijumu dobio ocjenu dobar.

SUMMARY

Professional evaluation work of judges represents a new concept in the Law on the Judicial Council and judges. The evaluation is based on two criteria: professional knowledge and general ability to judge, but within each of them are provided by the four sub-criteria. The aim of the professional evaluation of judges is to assess the competence of a judge; quantity and quality of work; evaluation of ethics of judges; assessment of training needs and progress in the court of a higher order.

However, the analysis provided for sub-criteria and indicators for evaluation of judges indicates that it should consolidate some sub-criteria, especially those that concern the general ability of judges. Also, should not be given the same prominence sub-criteria relating to general professional knowledge and ability to judge, who are the current solutions are placed on the same level .

In this paper, in addition to critical review of the sub-criteria and indicators for the performance of judges evaluated indicates the jurisdiction of the Judicial Council in connection with the evaluation of judges, objectives and importance of evaluation, a process evaluation of judges and court presidents.

Keywords: evaluation, criteria, sub-criteria, indicators.

Prof. dr Branko VUČKOVIĆ¹

Prof. dr Vesna VUČKOVIĆ²

RATNI ZLOČINI
- zakonski okvir i strategija borbe -

Uvod

Ratni zločin sa aspekta međunarodnih pravnih akata i nacionalnog krivičnog zakonodavstva ima nekoliko osobenosti. Prvo, ratni zločin posmatrano istorijski, predstavlja najstarije međunarodno krivično djelo. Drugo, ono predstavlja najteže povrede međunarodnog ratnog prava koje se manifestuju kroz različite oblike nečovječnog postupanja, prema civilnom stanovništvu ili određenim kategorijama lica. Treće, brojnost radnji, njihova heterogenost i alternativna propisanost izvršenja. Četvrto, blanketni karakter djela. Peto, u svojstvu pasivnog subjekta ratnih zločina uglavnom se pojavljuju lica koja u ratu ili oružanom sukobu nijesu u mogućnosti da se brane od napada upotrebom oružja. Šesto, kao izvršilac krivičnog djela može biti domaći ili strani državljanin, civilno ili vojno lice. Sedmo, najveći broj ratnih zločina pored osnovnog ima i jedan ili više kvalifikovanih oblika. Osmo, nezastarivost krivičnog gonjenja i izvršenja kazne.³

¹ Predsjednik Osnovnog suda u Kotoru, Predsjednik Udruženja za krivično pravo i kriminalnu politiku Crne Gore, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta „Mediteran“ u Podgorici

² Sudija Upravnog suda Crne Gore, profesor na Fakultetu za mediteranske poslovne studije u Tivtu

³ B. Banović, S. Bejatović, Osnovi Međunarodnog krivičnog prava, Pravni fakultet, Kragujevac, 2011.g., str. 231-232.

Ratni zločini predstavljaju teška kršenja običajnih i, ugovornih pravila koja spadaju u korpus međunarodnog humanitarnog prava ratnih sukoba. Mogu se vršiti u toku međunarodnih ili unutrašnjih oružanih sukoba – u građanskim ratovima i u dugotrajnim oružanim borbama na teritoriji neke suverene države. Ranije se smatralo da ratni zločin obuhvata samo kršenje međunarodnih pravila, odnosno, međunarodnog oružanog sukoba, a ne i građanskog rata. Sve do Drugog svjetskog rata ratni zločini su se tretirali kao krivična djela po unutrašnjem pravu, a međunarodni element se ispoljavao u priznavanju diskrecionog prava zaraćene strane da zasnuje krivičnu jurisdikciju nad stranim državljaninom osumnjičenim za ratne zločine ili da od druge zaraćene, po pravilu pobijeđene strane, zahtijeva da ta lica kazni po svom nacionalnom krivičnom pravu.⁴

Da bi se radilo o krivičnom djelu ratni zločin mora postojati veza s međunarodnim ili unutrašnjim oružanim sukobom. Takođe, zločin koji počine civili protiv drugih civila, predstavlja ratni zločin, pod uslovom da postoji veza između zabranjenog djela i oružanog sukoba, u suprotnom, ako nema ove veze, nema ni krivičnog djela ratni zločin.

Za postojanje krivičnog djela ratni zločin, mora postojati inkriminacija za teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava, kao i da krivični i vojni sudovi sude za kršenje međunarodnog humanitarnog prava.

Za uočavanje glavnih pravnih karakteristika zabranjenog ponašanja, potrebno je u svakom slučaju razmotriti suštinu pravila za koja se tvrdi da su prekršena. U običajnom pravu ne postoji pravno obavezujući spisak ratnih zločina, koji se nalazi u članu 8. Statuta Rimskog suda.

⁴ M. Kreća, Međunarodno javno pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2004.g., str. 618.

Pojam ratnih zločina

U članu 8. Statuta Rimskog suda, predviđeno je:

"1. Sud ima nadležnost u pogledu ratnih zločina, posebno kad su izvršeni kao dio plana ili politike ili ako je taj zločin izvršen u velikom broju slučajeva.

2. Za svrhu ovog statuta "ratni zločin" podrazumijeva:

(a) Ozbiljna kršenja Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949., tačnije sljedeće postupke protiv lica ili imovine, zaštićenih odredbama relevantne Ženevske konvencije:

(I) namjerno ubijanje;

(II) mučenje ili nehumane postupke, uključujući i biološke eksperimente;

(III) namjerno nanošenje velike patnje, ozbiljnih tjelesnih povreda ili narušavanje zdravlja;

(IV) velika razaranja i otuđivanje imovine bez opravdane vojne potrebe koja su izvršena nezakonito i bezobzirno;

(V) prisiljavanje ratnih zarobljenika ili drugih zaštićenih lica da služe neprijateljskim snagama;

(VI) namjerno lišavanje ratnih zarobljenika ili drugih zaštićenih lica njihovog prava na pošteno i pravilno suđenje;

(VII) nezakonito progonstvo ili transfer ili nezakonito zatvaranje lica;

(VIII) uzimanje talaca.

(b) Ostala ozbiljna narušavanja zakona i običaja koji se primjenjuju u međunarodnom oružanom sukobu, unutar utvrđenog okvira međunarodnog prava, tačnije bilo koji od sljedećih postupaka:

(I) namjerno usmjeravanje napada protiv civilnog stanovništva ili protiv pojedinačnih civilnih lica koja nijesu direktno umješana u sukob;

(II) namjerno usmjeravanje napada na civilne objekte, tj. na objekte koji nijesu vojni ciljevi;

(III) namjerno usmjeravanje napada na osoblje, instalacije, materijale, jedinice ili vozila uključena u

humanitarnu pomoć ili mirovnu misiju u skladu sa Poveljom UN, sve dotle dok imaju pravo na zaštitu ili pružaju pomoć civilima ili civilnim objektima po međunarodnim zakonima koji važe za oružane sukobe;

(IV) namjerno započinjanje napada, znajući da će takav napad prouzrokovati propratna stradanja ili nanošenje povreda civilima ili nanošenje štete civilnim objektima ili da će prouzrokovati velika, dugotrajna i ozbiljna oštećenja životne sredine, koji bi bili očigledno prekomjerni u odnosu na konkretnu očekivanu vojnu korist;

(v) napad ili bombardovanje bilo kojim sredstvima gradova, sela, boravišta ili građevina koji nijesu branjeni ili koji nijesu vojni objekti;

(VI) ubijanje ili ranjavanje vojnika koji je položio svoje oružje sa ciljem da se preda ili više nema namjeru da se brani;

(VII) zloupotreba zastave kojom se daje znak za primirje, zastave ili vojnog obilježja i uniforme koji pripadaju neprijatelju ili Ujedinjenim nacijama, kao i zloupotreba karakterističnih znakova definisanih Ženevskim konvencijama, koje izazivaju smrt ili ozbiljne tjelesne povrede;

(VIII) direktan ili indirektan transfer, od strane Okupacione sile dijela njenog stanovništva, na teritoriju koju je okupirala, ili deportacija ili transfer svih djela populacije sa okupirane teritorije u okviru ili izvan te teritorije;

(IX) namjerno usmjeravanje napada na vjerske, obrazovne, umjetničke ili naučne građevine koje se koriste u dobrotvorne svrhe, istorijske spomenike, bolnice i mjesta gdje se sakupljaju bolesni i ranjeni, pod uslovom da to nijesu vojni ciljevi;

(X) podvrgavanje lica, koja imaju moć na suprotnoj strani, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nijesu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim liječenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom/njenom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica;

(XI) ubijanje ili ranjavanje izdajnika koji pripadaju neprijateljskom narodu ili vojsci;

(XII) objavljivanje da neće biti milosti;

(XIII) uništavanje ili konfiskaciju neprijateljske imovine, osim ukoliko to strogo ne zahtijevaju potrebe rata;

(XIV) ukidanje, suspendovanje ili zabranu prava i učešća u postupku pred sudom državljanima neprijateljske strane;

(XV) prinuđivanje pripadnika neprijateljske strane da učestvuju u ratnim operacijama uperenim protiv njihove zemlje, čak i ako su bili u vojnoj službi prije početka rata;

(XVI) pljačkanje grada ili bilo kog drugog mjesta, i u situaciji kad je zauzet u napadu;

(XVII) korišćenje otrova i sredstava koja u sebi sadrže otrove;

(XVIII) korišćenje zagušljivača, otrovnih ili drugih gasova i svih drugih sličnih tečnosti, materija ili izuma;

(XIX) korišćenje municije koja se lako širi ili se spljošti u ljudskom tijelu, kao što su meci sa čvrstom čaurom koja ne pokriva u potpunosti sredinu metka ili je pokriva, ali ima zasjeke;

(XX) korišćenje oružja, projektila, materijala i metoda ratovanja koji su takve prirode da mogu izazvati suviše povrede ili nepotrebne patnje ili se njima krše međunarodni zakoni o oružanom sukobu, pod uslovom da su takva oružja, projektili, materijali i metodi ratovanja zabranjeni i uključeni u aneks ovog statuta, amandmanima u skladu sa relevantnim odredbama utvrđenim u naprijed navedenim čl. 121. i 123.;

(XXI) izvršavanje djela koja izazivaju sramotu i ugrožavaju lično dostojanstvo, konkretno - ponižavanje i degradiranje ličnosti;

(XXII) izvršenje djela silovanja, seksualno ropstvo, prisiljavanje na prostituciju, nasilnu trudnoću, kako je definisano u članu 7. stav 3.(f), prisilnu sterilizaciju ili bilo koju drugu formu seksualnog zlostavljanja definisanu kao ozbiljno kršenje Ženevskih konvencija;

(XXIII) iskorišćavanje prisustva civila ili nekih drugih međunarodno zaštićenih lica, da bi se povratile određene tačke ili pozicije, oblasti ili da bi se određene vojne snage zaštitile od vojnih operacija;

(XXIV) namjerne napade na građevine, medicinske jedinice, transport i osoblje koje koristi očigledne oznake, definisane Ženevskim konvencijama u skladu sa međunarodnim pravom;

(XXV) namjerno pribjegavanje izgladnjivanju civila kao metoda ratovanja, lišavajući ih stvari neophodnih za njihov opstanak, uključujući namjerno spriječavanje dijeljenja minimalnih zaliha obezbjeđenih Ženevskim konvencijama;

(XXVI) regrutovanje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina u nacionalne oružane snage ili njihovo korišćenje za aktivno učestvovanje u borbama.

(c) U slučajevima oružanog sukoba koji nije međunarodnog karaktera, ozbiljna kršenja člana 3. zajedničkog za četiri Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine, naime bilo koja od narednih djela počinjenih protiv lica koja nijesu aktivno učestvovala u borbama, uključujući pripadnike vojnih formacija koji su položili oružje i one koji su van borbi zbog bolesti, ranjavanja, zbog kazne ili ma kog drugog razloga;

(I) nasilje prema životu, posebno ubistva svih vrsta, sakaćenja, okrutno ponašanje i tortura;

(II) postupanje na izrazito sramotan način prema ličnom dostojanstvu, a posebno na način koji ponižava lica;

(III) uzimanje talaca;

(IV) donošenje presuda i izvršenje smrtne kazne bez prethodne objave presude od strane regularno konstituisanog suda, koji bi obezbijedio sve zakonske garancije koje su generalno priznate i neophodne.

(d) Stav 2.(f) se primjenjuje na oružane sukobe koji nemaju međunarodni karakter i ne primjenjuje se na

unutrašnje nemire i zategnutosti, kao što su pobune, izolovani i sporadični akti nasilja ili drugi akti slične prirode.

(e) Druge ozbiljne povrede zakona i običaja primjenjivih u oružanim sukobima koji nijesu međunarodnog karaktera, unutar određenih okvira međunarodnog prava, konkretno bilo koji od sljedećih postupaka:

(I) namjerno usmjeravanje napada na civilno stanovništvo ili na civilna lica koja ne učestvuju aktivno u neprijateljstvima;

(II) namjerno usmjeravanje napada na građevine, materijale, medicinske jedinice, transporte i osoblje koje koristi očigledne oznake regulisane Ženevskim konvencijama u skladu sa međunarodnim pravom;

(III) namjerno usmjeravanje napada na osoblje, instalacije, materijale, jedinice ili vozila humanitarne pomoći ili mirovne misije u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija, sve dotle dok imaju pravo na zaštitu i pružanje pomoći civilima ili civilnim objektima po pravu oružanih sukoba;

(IV) namjerno usmjeravanje napada na vjerske, obrazovne, umjetničke, naučne građevine, kao i građevina za dobrotvorne svrhe, istorijske spomenike, bolnice i mjesta gdje su skupljeni ranjenici i bolesnici, pod uslovom da to nijesu vojni objekti;

(V) pljačkanje naselja i mjesta, čak i kad su zauzeta prilikom napada;

(VI) silovanje, seksualno ropstvo, prisiljavanje na prostituciju, nasilnu trudnoću, kako je to definisano u članu 7. stav 2.(f), prisilnu sterilizaciju ili bilo koju drugu formu seksualnog zlostavljanja definisanu kao ozbiljna povreda Ženevskih konvencija;

(VII) regrutovanje ili na bilo koji drugi način stavljanje u vojnu službu djece ispod 15 godina, u nacionalne oružane snage ili njihovo korišćenje za aktivno učestvovanje u borbama;

(VIII) naređenje za preseljavanje civilnog stanovništva iz razloga vezanih za sukob, osim ako to zahtjevaju sigurnost civila ili neophodni vojni razlozi;

(IX) podmuklo ubijanje ili ranjavanje vojnika suprotne strane;

(X) objavljivanje da neće biti milosti;

(XI) podvrgavanje lica, koja imaju moć na suprotnoj strani, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nijesu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim liječenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom/njenom/ interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica;

(XII) uništavanje ili konfiskacija vlasništva suprotne strane, osim ukoliko to uništavanje ili konfiskacija nijesu učinjeni zbog imperativne vojne potrebe u sukobu.

(f) Stav 2.(e) se primjenjuje na oružane sukobe koji nijesu međunarodnog karaktera, pa se zbog toga ne primjenjuje na situacije unutrašnjih nemira i zategnutosti, kao što su pobune, izolovani i sporadični akti nasilja ili drugi slični akti. Primjenjuje se na oružane sukobe koji se dešavaju na teritoriji države kad postoji produženi oružani konflikt između organa vlasti i organizovanih oružanih grupa ili između samih grupa.

3. Ništa iz stava 2. (c) i (d) ne utiče na odgovornost vlade da održi ili ponovo uspostavi red i zakon u državi ili da brani njeno jedinstvo i teritorijalni integritet svim legitimnim sredstvima."

Pojavi ratnih zločina u Međunarodnom krivičnom pravu prethodila su dva značajna događaja: prije svega pojava čuvenog Liberalnog kodeksa običajnog prava iz 1863. godine, koji je predsjednik SAD Abraham Linkoln uvrstio u naredbu broj 100. Uputstva Vlade SAD za bojište, koje je primjenjivano u američkom građanskom ratu (1861 - 1865). Ovome treba dodati i vrlo značajni Oksfordski priručnik koji je 1880., usvojio Institut za međunarodno pravo, kao i Haške konvencije

iz 1899. i 1907. godine. Drugi događaj odnosio se na pojavu nekoliko suđenja⁵ koja su održana za vrijeme navedenog građanskog rata u Americi koja su se odnosila na zločine izvršene u toku ratovanja.⁶

Zločini su tradicionalno definisani kao kršenje pravila ratovanja koje vrše borci u međunarodnim oružanim sukobima. Ratni zločini su značili da pojedinci koji djeluju kao državni zvaničnici (uglavnom zvaničnici višeg ranga) mogu biti izvedeni pred sud i kažnjeni za kršenje pravila ratovanja; da ih može kazniti ne samo njihova sopstvena država, nego i neprijatelj u ratu. Izuzetne karakteristike rata (patološka događanja u međunarodnim poslovima koja vode krajnje nečovječnom postupanju) opravdavale su ovo odstupanje od tradicionalnog prava koje, državnim zvaničnicima koja djeluju u službenom svojstvu daje imunitet od gonjenja koje bi sprovela strana država).⁷

Tako je konačno usvojen stav po kome je pravo zaraćenih da kažnjavaju kao ratne zločince lica koja krše zakone i običaje rata opšteprihvaćeno načelo međunarodnog prava. To je pravo koje zaraćeni mogu efikasno koristiti u toku rata, kada im izvršiocu padnu u ruke, ili nakon okupacije dijela ili cijele neprijateljske teritorije, kada su u stanju da uhvate ratne zločince koji se zateknu. Iako potpisivanjem ugovora o miru prestaje pravo na gonjenje ratnih zločinaca, nijedno pravilo međunarodnog prava ne spriječava pobjednika da, nekom odredbom sporazuma o primirju ili ugovora o miru, ne nametne poraženoj državi obavezu da joj preda na suđenje lica koja su optužena za ratne zločine.⁸

⁵ Vid. L. Fridman, *The Law of War - A Documentary History*, New York, 1972. godine, str. 160.

⁶ W. Winthrop, *Military Law and Precedents*, Buffalo, 1920. godine, str. 850.

⁷ A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava Beograd, 2005.g., str. 45.

⁸ Vid.: *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London, 1948. godine, str. 29. Ovdje treba

O pravom razvoju pojma ratnih zločina može se govoriti tek poslije II svjetskog rata, kada je došlo do formiranja Međunarodnog vojnog suda i suđenja ratnim zločincima sila Osovine u Nirnbergu i Tokiju.

Ipak, najvažniji momenat u svemu ovome su Ženevske konvencije iz 1949. godine, koje su dopunjene sa dva Dopunska protokola iz 1977. godine.

Posljednju fazu, naravno, predstavlja Statut Rimskog suda.

Ratni zločini predstavljaju najteže povrede Međunarodnog ratnog prava i obuhvataju, u prvom redu, različite oblike nečovječnog postupanja prema određenim licima za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije. Nezavisno o kojoj se vrsti ratnog zločina radi, svi oni imaju neka zajednička obilježja. U osnovi svih ratnih zločina je nečovječno postupanje prema ljudima koje se izražava kroz različite vidove nasilja kao što su ubijanje, mučenje, vršenje bioloških eksperimenata, zlostavljanje cijelog stanovništva u toku rata ili nanošenje velikih patnji ili tjelesnih povreda i slično.⁹

Najšire posmatrano, ratni zločini se mogu definisati kao svako kažnjivo kršenje normi Međunarodnog humanitarnog prava, koje su sadržane u međunarodnim ugovorima i običajima. Član 8. Rimskog statuta ubraja u ratne zločine osam oblika teških tjelesnih povreda Ženevskih konvencija iz 1949. godine i dvadeset šest oblika drugih ozbiljnih kršenja zakona i običaja rata izvršenih u međunarodnom oružanom sukobu.¹⁰

posebno istaći da je čuveni britanski Priručnik za ratovanje na kopnu iz 1912. godine definisao pojam ratnog zločina ovako: "ratni zločin je tehnički izraz za takva djela neprijateljskih vojnika i neprijateljskih građanskih lica koja se mogu kazniti po hvatanju izvršilaca". Vid.: J. Col, E. Edmonds, L. Openheim, Land Warfare, London, 1912, str. 95.

⁹ D. Radulović, Međunarodno krivično pravo, Podgorica, 1999.g., str. 107.

¹⁰ V. Dimitrijević, Račić. O., Đerić V., Papić T., Petrović S., Obradović S., Osnovi međunarodnog javnog prava, Beograd, 2005.g., str. 228.

Ovakvo stanje postavlja veoma složeno pitanje klasifikacije, odnosno unutrašnje sistematizacije ratnih zločina, o čemu će biti više riječi, nešto kasnije.

Najprije, o elementima ratnih zločina.¹¹

Objektivni element ratnih zločina

Iz formulacije člana 8. Statuta Rimskog suda i iz prethodnih izlaganja, lako se može zaključiti da ovaj element ratnih zločina predstavlja veoma kompleksan pojam.

Razlog tome, svakako, nalazi se u činjenici da postoji nevjerovatno veliki broj, isto toliko međusobno različitih, djelatnosti (činjenja ili nečinjenja) koje se mogu pojaviti kao radnja ovog krivičnog djela.

To, pored ostalog, nameće i već spomenuto pitanje njihove unutrašnje sistematizacije.

1. Po tom pitanju, postoji više gledišta.

Na prvom mjestu, sva krivična djela koja spadaju u pojam ratnog zločina, mogu da se klasifikuju na razne načine, a jedna od uobičajenih njihovih podijela je na sljedeće osnovne vrste: 1) ratni zločini učinjeni u međunarodnim oružanim sukobima (što znači u sukobu između dvije ili više država, ili između države i nekog nacionalnog oslobodilačkog pokreta), te 2) ratni zločini učinjeni u internim oružanim konfliktima (ovdje spada široka skala oružanih neprijateljstava, drugih unutrašnjih nemira i tenzija, ili nereda, odnosno drugih izolovanih ili sporadičnih akata oružanog nasilja, između predstavnika državne vlasti i pobunjenika, ili između dvije ili više organizovane grupe unutar jedne države. Sličan kriterijum je primijenjen u čl. 8. Rimskog statuta u kome su inkriminirani ratni zločini. U pitanju je strogo formalni kriterijum koji se zasniva na jednoj prethodnoj procjeni

¹¹ O tome šire vidjeti: K. Dörman, Elements of War Crimes under of the International Criminal Court, Kembriđ, 2003.g.,

karaktera oružanog sukoba u smislu da li u njemu učestvuju dvije ili više država kao međusobni ratni protivnici, ili se radi o sukobu unutar granica jedne države, pri čemu sama država može (i po pravilu jeste), da bude jedna strana u tom sukobu, ali ona i ne mora da bude akter takvog "unutrašnjeg" sukoba, već njegovi subjekti mogu da budu neke druge naoružane, odnosno paramilitarne grupe.¹²

Po drugom shvatanju, u okviru prethodne podjele, sva ova krivična djela bi se mogla podijeliti na sljedeće:

1) zločine protiv lica koja ne učestvuju, ili više ne učestvuju u oružanim neprijateljstvima;

2) zločine protiv neprijateljskih boraca ili civila koji su izvršeni zabranjenim metodama ratovanja;

3) zločine protiv neprijateljskih boraca, uključujući korišćenje zabranjenih sredstava ratovanja;

4) zločine protiv posebno zaštićenih lica i objekata (sanitetske jedinice ili transporta, osoblje koje učestvuje u akcijama spasavanja, humanitarne organizacije, kao što su jedinice Crvenog krsta, Crvenog polumjeseca, Crvenog lava i sunca, osoblje Ujedinjenih nacija u operacijama za očuvanje mira, itd.) i

5) zločine koji se vrše nepropisnim korišćenjem zaštićenih znakova i amblema (kao što su zastava primirja, amblemi Crvenog krsta, Crvenog polumjeseca, Crvenog lava i sunca, perfidno korišćenje nacionalne zastave, vojne uniforme, oznake i sl).¹³

Ovakva sistematizacija ima svoje opravdanje.

2. Ostaje još jedno pitanje koje ovdje treba razjasniti do kraja:

¹² M. Škulić, Međunarodni krivični sud, Beograd, 2005. g., str. 270-271.

¹³ A. Kaseze, op. cit., str. 62-65.

Vrijeme u kome mogu biti izvršeni ratni zločini

Naime, klasično ratno pravo odnosilo se samo na sukobe između država. Unutrašnji sukobi ("građanski ratovi") nijesu se ticali međunarodnog prava. U skladu s apsolutnom suverenosti države, njeni organi su imali pravo da se u takvim sukobima vladaju isključivo po domaćem pravu i običajima koji su često podrazumijevali surove obračune s pobunjenicima. Granice između međunarodnih i unutrašnjih sukoba su u XX vijeku postajale sve nejasnije a svijest o tome da ljudska bića zaslužuju zaštitu bez obzira na prirodu sukoba jača.

U Ženevske konvencije od 1949. godine unesen je zajednički član 3., koji predviđa minimum zaštite "u slučaju oružanog sukoba koji nema karakter međunarodnog sukoba". U takvom sukobu, svaka strana dužna je da s učesnicima koji su položili oružje, ili su onesposobljeni za borbu iz drugih razloga, postupaju čovječno i bez diskriminacije.

Poslije usvajanja Ženevskih konvencija, broj unutrašnjih sukoba se povećao, pa je zajednički član 3. postao nedovoljan. Zato je 1977. godine usvojen Dopunski protokol Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol II). Ovaj protokol primijenjuje se samo na oružane snage koje pokazuju veći stepen organizacije time što imaju odgovornu komandu, kontrolišu dio teritorije i "tako mogu da vode neprekidne i usmjerene vojne operacije i podvrgnu se međunarodnom pravu". "Obični" pobunjenici isključuju se iz primjene Protokola time što se on neće primjenjivati na unutrašnje nemire, kao što su nasilne demonstracije, izolovani i sporadični akti nasilja i ostali akti slične prirode. Prema Protokolu, ovakvi akti nasilja uopšte ne predstavljaju oružane sukobe u smislu međunarodnog prava.¹⁴

¹⁴ V. Dimitrijević i drugi, op. cit., str. 330-331.

Subjektivni element ratnih zločina

Za bolje razumjevanje subjektivnog elementa ratnih zločina, važno je imati u vidu član 130. III Ženevske konvencije (o ratnim zarobljenicima) koja, među "teška kršenja" navodi "namjerno ubistvo (ratnog zarobljenika), mučenje ili nečovječno postupanje, podrazumijevajući tu i „biološke opite" kao i "namjerno prouzrokovanje velikih patnji ili nanošenje ozbiljnih povreda tijelu i zdravlju", ili "njegovo lišavanje prava da mu bude redovno i nepristrasno suđeno prema odredbama Konvencije". Sigurno je da riječ "namjerno" ukazuje na zločinačku namjeru, da se prouzrokuju posljedice djela koje je zabranjeno međunarodnim pravilom (na primjer, u slučaju "namjernog ubistva" mora se dokazati da je postojala namjera da se prouzrokuje smrt žrtve; u slučaju "namjernog prouzrokovanja teških patnji", mora se dokazati da je izvršilac namjeravao da te patnje prouzrokuje, itd). Isto važi i za druge slične odredbe, kao što je član 147. IV Ženevske konvencije (o civilima), kao i za odredbe nekih drugih ugovora, kao što je član 15. Drugog haškog protokola (1999.) o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba. Nabrajajući teška kršenja Protokola koja povlače individualnu krivičnu odgovornost, ova odredba dovodi odgovornost u zavisnosti od toga da li je izvršilac "kršenja" to učinio "namjerno".

Odavde se zaključuje da je u pitanju umišljaj. No, smatra se da kada međunarodna pravila čak ni implicitno ne predviđaju subjektivni element, izgleda da treba stati na stanovište da se uvijek traži namjera ili, zavisno od okolnosti, nehat, kako je to propisano u najvećem broju pravnih sistema svijeta (u pogledu ubistva, silovanja, mučenja, uništenja privatne imovine, pljačke itd).¹⁵

Izvršilac djela može da bude kako domaći, tako i strani državljani, civilno ili vojno lice. Radnja kod ovih krivičnih

¹⁵ A. Kaseze, op. cit., str. 65-66.

djela sastoji se u naređivanju i u neposrednom vršenju navedenih djelatnosti. Radnja može da bude uperena protiv pojedinaca, a preko toga i protiv šire grupe ili stanovništva uopšte (na primjer ubijanje, mučenje, biološki eksperiment, povreda tjelesnog integriteta i slično, a može biti uperena direktno protiv stanovništva i slično).¹⁶

Kada je riječ o izvršiocu, odnosno aktivnom subjektu krivičnog djela, onda treba reći nešto više i o žrtvi ovih krivičnih djela, odnosno pasivnom subjektu.

U prethodnim izlaganjima su više puta, doduše više sporedno, pominjane žrtve ratnih zločina.

Formulacija člana 8. A Statuta Rimskog suda, navodi vrlo različite vrste ovih subjekata, bilo da su u pitanju fizička, bilo pravna lica, bilo objekti, odnosno pravna dobra.

S tog razloga, zaslužuju posebnu pažnju jedan pokušaj da se nabroje sva lica, grupe, objekti i druga dobra koja štiti Međunarodno krivično pravo.

Naime, tu bi spadali:

1) pripadnici oružanih snaga koji su ranjeni, bolesni ili pretrpjeli brodolom; 2) sanitetsko i vjersko osoblje, sanitetske jedinice i vozila, sanitetske ustanove, zgrade i materijal, brodovi i bolnice, sanitetski vazduhoplovi; 3) ratni zarobljenici; 4) interna lica; 5) borci u određenim situacijama, kao npr. lica koja iskaču iz oštećene letjelice; 6) nestala i mrtva lica; 7) civili zatečeni na neprijateljskoj teritoriji; 8) civili koji žive na okupiranoj teritoriji; 9) civili pogođeni neprijateljskim vojnim operacijama, civilni objekti, objekti nužni za opstanak civilnog stanovništva, instalacije koje sadrže opasne sile; 10) posebne kategorije civila: žene, djeca, izbjeglice, članovi razdvojenih porodica i lica bez državljanstva; 11) novinari; 12) organizacije za civilnu zaštitu; 13) Međunarodni komitet Crvenog krsta, nacionalna društva Crvenog krsta i druge humanitarne

¹⁶ D. Radulović, op. cit., str. 108.

organizacije; 14) oznake Crvenog krsta i druge slične oznake; 15) kulturna dobra i vjerski objekti; 16) životna sredina.¹⁷

Navedena podjela zaslužuje pažnju iz dva razloga: ona je od velikog značaja za unutrašnju sistematizaciju ratnih zločina. A, s druge strane, ona je bitna kod utvrđivanja subjektivnog elementa izvršenog ratnog zločina.

Naime, prema obilježjima krivičnih djela, za sve ove oblike ratnih zločina je neophodno da je učinilac posjedovao svijest u dva modaliteta u odnosu na pasivne subjekte:

1) bio svijestan da se radi o licima koja su zaštićena na osnovu jedne ili više Ženevskih konvencija iz 1949. godine – svijest o formalnom aspektu zaštite pasivnih subjekata, te

2) bio svijestan stvarnih okolnosti iz kojih je proizlazio njihov zaštićeni status – svijest o materijalnom aspektu zaštite pasivnih subjekata.¹⁸

Ocjena odredaba Rimskog statuta o ratnim zločinima ne može biti jedinstvena: usvajanje Statuta u mnogo čemu obilježava veliki korak naprijed u Međunarodnom krivičnom pravu; ipak, negdje otkriva nedostatke. Naročito se mora primijetiti da se imalo previše obzira prema suverenitetu država. Ostaje utisak da su tvorci Statuta jako željeli da pripadnike svojih oružanih snaga, u što je moguće većoj mjeri, zaštite od mogućnosti da budu gonjeni i, možda osuđeni, za ratne zločin.¹⁹

Ratni zločini u Krivičnom zakoniku Crne Gore

Krivični zakonik Crne Gore²⁰ ratne zločine eksplicitno označava: ratni zločin protiv civilnog stanovništva (član 428),

¹⁷ Vid.: J. Dinštajn, Međunarodno humanitarno pravo, u ediciji čiji je urednik K. Obradović, Humanitarno pravo - savremena teorija i praksa, Beograd, 1997. godine, str. 208-209.

¹⁸ M. Škulić, op. cit., str. 274.

¹⁹ A. Kaseze, op. cit., str. 71.

²⁰ „Sl. list CG“, br. 70/03, 13/04, 47/06 14/15 i 42/15

ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika (član 429), ratni zločin protiv ratnih zarobljenika (član 430).

Za sve ratne zločine, bez obzira o kojoj se vrsti radi, karakteristično je nekoliko obilježja:

Prvo, to je nečovječno postupanje prema ljudima koje se izražava u raznim aktima nasilja, kao što su npr. ubijanje, mučenje, vršenje bioloških eksperimenata, nanošenje velikih patnji ili tjelesnih povreda i dr.

Drugo, takvo ponašanje predstavlja kršenje pravila međunarodnog prava o postupanju sa određenim kategorijama lica. Riječ je o povredi pravila sadržanim u Ženevskim humanitarnim konvencijama iz 1949. godine, koje se odnose na zaštitu građanskih lica za vrijeme rata, na poboljšanje sudbine ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu, na poboljšanje sudbine ranjenika, bolesnika i brodolomnika, oružanih pomorskih snaga i na postupanje sa ratnim zarobljenicima.

Najzad, ratni zločini se vrše za vrijeme rata ili oružanog sukoba ili u vrijeme okupacije.²¹

Strategija borbe

Preduslov demokratizacije društva, afirmacije ljudskih prava i vladavine prava predstavlja procesuiranje i suđenje za ratne zločine. Nakon okončanja rada Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, nacionalne pravosudne institucije su jedini mehanizam uspostavljanja krivične pravde za nedjela učinjena na prostoru bivše Jugoslavije, 1990-tih godina. Takođe, jedan od uslova pristupanju Crne Gore Evropskoj Uniji jeste utvrđivanje individualne krivične odgovornosti za ratne zločine na teritoriji bivše Jugoslavije, jer procesuiranje pojedinaca odgovornih za najteža kršenja ljudskih prava

²¹ B. Čejović, B. Vučković, V. Vučković, Međunarodno krivično pravo, FMS, Tivat, 2011.g., str. 284.

predstavlja snažan izraz afirmacije osnovnih principa na kojima počiva Evropska Unija – principa vladavine prava i principa poštovanja ljudskih prava i sloboda. Procesuiranje predmeta ratnih zločina predstavlja izgradnju dobrosusjedskih odnosa, pomirenja među narodima i doprinosi miru na širem području, u region.

Da bismo govorili o efikasnoj strategiji borbe u procesuiranju i suđenju za ova djela, neophodno je ukazati da je osnovna pretpostavka za to, postojanje javne političke podrške njenom sprovođenju.

Takođe, za uspješnu saradnju u procesuiranju i suđenju od značaja je saradnja posebno tužilaštava u regionu, koja se ogleda kroz potpisivanje različitih sporazuma i memorandum o saradnji.

Važan segment predstavlja i informisanje javnosti o sudskim postupcima, odnosno o utvrđenim činjenicama o zločinima u prošlosti.

Značajnu ulogu u otkrivanju, procesuiranju i suđenju ima Regionalna komisija za utvrđivanje činjenica o ratnim zločinima i drugim teškim povredama ljudskih prava počinjenim na teritoriji nekadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije od 01. januara 1991. do 31. decembra 2001. godine (RECOM). Zadatak ove komisije je da poimenično popiše sve ratne zločine i druga teška kršenja ljudskih prava u vezi sa ratom, da prikuplja podatke o logorima i drugim mjestima prisilnog zatvaranja.

Nije sporno da su ratovi tokom devedesetih godina zaobišli crnogorsko tlo. Međutim, i pored toga, na ovom području došlo je do vršenja ratnih zločina, zbog čega je vođeno nekoliko postupaka. Opravdano je da se svi postupci procesuiraju, ako težimo pomirenju, jer pomirenje nije moguće bez pravde. Nerasvijetljeni i nekažnjeni zločinci ne mogu biti niti su put ka pomirenju. Jedino adekvatna kaznena politika može da pruži, eventualno, određenu satisfakciju žrtvama ratnih zločina.

Umjesto zaključka

Ratni zločini su međunarodna krivična djela kojima se krši međunarodno humanitarno pravo, nastalo sa pojavom prvih oružanih sukoba. Međunarodna zajednica je tek nakon Drugog svjetskog rata, osnivanjem Nirnberškog tribunala, ova krivična djela inkriminirala kao međunarodna, jer se njima napadaju vrijednosti koje su od značaja za cjelokupno čovječanstvo.

Osnivanjem Međunarodnog krivičnog suda i usvajanjem njegovog Statuta započela je nova faza u procesuiranju i suzbijanju ratnih zločina kao i drugih međunarodnih krivičnih djela.

Kao što je u radu istaknuto, ratni zločin se može posmatrati u širem i užem smislu. U širem značenju ratni zločin obuhvata sva međunarodna krivična djela. U užem značenju, pod ratnim zločinom podrazumjevamo povrede zakona i običaja rata. Dakle, ne postoji jedinstvena definicija ratnih zločina kao međunarodnog krivičnog djela. Nije sporno da, ratni zločini predstavljaju prvenstveno različite oblike nečovječnog postupanja prema određenim kategorijama lica za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, da predstavljaju najteže oblike povreda osnovnih ljudskih prava čovjeka – pravo na život, tjelesni integritet, lično dostojanstvo i druga prava. Oblici nečovječnog postupanja mogu biti u raznim oblicima nasilja – ubijanje, mučenje, zlostavljanje civilnog stanovništva u toku rata ili oružanog sukoba ili u vezi sa ratom ili oružanim sukobom, teškim povredama ratnog prava u odnosu na ranjenike, ratne zarobljenike, bolesnike, brodolomnike.

Opravdano je da se svi postupci procesuiraju, ako težimo pomirenju, jer pomirenje nije moguće bez pravde. Nerasvijetljeni i nekažnjeni zločinci ne mogu biti niti su put ka pomirenju. Jedino adekvatna kaznena politika može da pruži, eventualno, određenu satisfakciju žrtvama ratnih zločina.

REZIME

Ratni zločini predstavljaju najstarija međunarodna krivična djela. Pojam se različito shvata i koristi se za različita značenja. U širem smislu, ratni zločin podrazumjeva sva krivična djela izvršena u ratu i u vezi sa ratom. Osnov za inkriminaciju krivičnog djela ratni zločin je u četiri Ženevske konvencije o humanizaciji rata od 12. avgusta 1949. godine: I Ženevska konvencija – Ženevska konvencija o poboljšanju položaju ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu; II Ženevska konvencija – Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru; III Ženevska konvencija – Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima i IV Ženevska konvencija – Ženevska konvencija o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata. Ove konvencije dopunjene su sa dva Dopunska protokola – Protokol I – odnosi se na zaštitu žrtava u međunarodnim oružanim sukobima i Protokol II – odnosi se na zaštitu žrtava u međunarodnim, odnosno unutrašnjim oružanim sukobima.

SUMMARY

The subject of the paper is war crimes - the legal frame work and the strategy of action. War crimes represent the eldest criminal acts. Although this term is differently used, it is indisputably that war crimes mean all criminal acts committed in war and related to war.

In order to exist a criminal act of war crime it is necessary the relation between international or internal conflict.

The paper points out the main elements of acts of war crime, the time of their committing and the measures and actions which have to be undertaken in order to be revealed and processed, considering that trial for war crime represents

the condition of the rule of law, the base for mediation between states, and only penal policy can offer certain satisfaction to victims of war crimes.

Prof. dr Damjan ŠEČKOVIĆ¹

NOVČANA FUNKCIJA ZLATA

1. Opšte napomene

U istorijskom razvoju oblika vrijednosti postoje četiri faze: prost, pojedinačan i slučajan oblik vrijednosti; razvijeniji oblik vrijednosti; opšti oblik vrijednosti i novčani oblik vrijednosti. Kroz razvoj oblika vrijednosti pokazuje se istorija razvitka ljudskog društva, naročito njegov ekonomski aspekt. Novac je bio jedno od najznačajnijih čovjekovih otkrića. Da nema novca u društvu bi vladala prava anarhija. Novac je postao mjera vrijednosti svih roba. I koliko god je novac čovjeku sredstvo pružanja i ostvarivanja različitih pogodnosti, isto toliko ga dovodi do različitih iskušenja, pa i propasti. U privrednom životu društva novac prouzrokuje krize koje kao karcinom uništavaju privredne subjekte, a time i ljudima zagorčavaju život.

Danas svaka država u svijetu ima svoj novac-svoju monetu koja svoju snagu (vrijednost) dobija na dva načina. Jednom, što ga država proglašava za zakonsko sredstvo plaćanja (monetu) unutar zemlje, i drugi put, što svaka moneta, bilo koje zemlje, predstavlja ime i prezime te zemlje. Pa ako je privreda jaka i njeni proizvodi kvalitetni, a zbog toga i traženi na tržištu, tada je i novac te zemlje snažan, upotrebljiv je i na drugim tržištima, zamjenjiv, a to znači konvertabilan. Takav novac čim pređe nacionalnu granicu skida nacionalno ruho i postaje traženi svjetski novac, jer je mjera vrijednosti svih roba. Takav novac su monete: američki dolar, evropski euro, engleska funta, kuvajtski dinar, japanski jen i dr.

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Mediteran u Podgorici

U fazi razvoja vrijednosti u obliku novca, novac se najprije iskazivao kao metalni izrađeni djelovi od različitih metala na kraju od plemenitog metala-zlata i papirnog novca. Na tržištu novca i kapitala javljale su se i javljaju različite zloupotrebe i špekulacije u upotrebi nepunovrijednog papirnog i kovanog metalnog novca. Papirni i kovani novac nemaju svoju unutrašnju vrijednost, ali mu vrijednost u transakcijama daje određena država što ga zakonom utvrđuje i proglašava kao zakonsko sredstvo plaćanja koje obavlja sve funkcije novca kao: mjere vrijednosti, prometnog, platežnog, tezaursanog i svjetskog novca. Zbog različitog nivoa razvijenosti zemalja postoje razlike u paritetima i kursevima različitih moneta od konvertibilnosti do potpune neupotrebljivosti pojedinih moneta. Upravo zbog toga ima predloga da se uvede jedinstven novac. Tako su u SAD postojali predlozi da se platina koristi za izradu jedinstvene monete.² Iz muslimanskih (arapskih) zemalja predlagalo se da se vrati zlatno važenje i zlato treba da funkcioniše kao jedinstven svjetski novac,³ te da svijet treba da mjenja pravila međunarodne i ukupne razmjene.

Najviše se insistira na zlatu. Zlato je imalo ulogu svjetskog novca. Zbog čega je zlato pogodan novac? Zato što je zlato plemeniti metal. Njegov prirodni oblik i prirodna svojstva učinili su ga najprirodnijim elementom za obavljanje funkcije sveopšteg ekvivalenta. Ovo zbog toga što je zlato kvalitetno, jednorodno, što je lako djeljivo, što se njegovi djelovi mogu bez posebnih teškoća ponovo sjedinjavati, što može da se izrađuje u jednakim djelovima. U maloj količini zlata sadržana je velika količina društvenog rada, zato i mala količina zlata može da izražava veliku vrijednost mase roba. Zlato je vrlo postojano što je od posebne važnosti. Izraz novčanog oblika vrijednosti zlata može se izraziti na način što će na jednoj strani se nalaziti više roba, a na drugoj se izražava

²Predlagana je platinska novčanica u apoenju od jedne milijarde.

³Zašto zlato? "Zlato predstavlja sredstvo u kojem se drži i čuva najmobilniji element bogatstva svake zemlje."

njihova vrijednost samo u određenoj količini zlata. Kada vrši funkciju sveopšteg ekvivalenta zlato ima pored svoje unutrašnje upotrebne vrijednosti i društvenu upotrebnu vrijednost, jer vrši ulogu sveopšteg ekvivalenta svih drugih roba. Zlato ima svoju vrijednost koja je određena društveno potrebnim radnim vremenom neophodnim za njegovu proizvodnju. Time zlato postaje novčana roba jer počinje funkcionisati kao novac. Zlato tu funkciju može da vrši jer je i samo roba sa svim njenim svojstvima: upotrebne, prometne vrijednosti i društvene vrijednosti, kao oblika vrijednosti sadržanih u robi.

Navedeni nastanak zlatnog novca rezultat je nastanka robne proizvodnje, afirmacije razmjene, historijskog procesa razvoja i saznanja, ali nije dobio tu ulogu sve dok nije dobio svoj spoljni izgled.

2. Teško do jedinstvene valute

Sigurno je da je teško doći do jedinstvene valute, možda i nemoguće u budućnosti, ali će zlato u svim funkcijama novca ostati postojano sa još jednom važnom funkcijom. Naime, česte fluktuacije i turbulencije na svjetskom tržištu dovode do novčane krize, do recesija i depresija u privredi što obezvređuje sve čovjekove napore i nastojanja u razvoju. To je primoralo ljude da mjenjaju prioritete ulaganja i da svoj kapital plasiraju u zlato. Zašto u zlato? Zato što zlato ima postojanu vrijednost. Tako štednja postaje još važnija funkcija zlata. Štednja u papirnom novcu se obezvređuje i ljudi gube u poslovanju. Zlato se ne obezvređuje. U firmama koje se bave prometom zlata, zlato se može kupovati u apoenima različite veličine. Najveći apoen je 1000gr zlata. Može se čuvati zlato u domaćem kućnom sefu ili sefu banke. Zlato na štednji čuva realnu vrijednost. Za primjer očuvanja realne vrijednosti zlata navodi se primjer očuvanja vrijednosti prvog „fordovog“ modela automobila koji je 1915 godine koštao 370 dolara, a sada

fordov model „mondeo“ košta 24.000 dolara. I prije sto godina i danas 2016 godine bila je vrijednost 18 unci zlata što je oko 540gr zlata, a 1915 godine 370 dolara imalo je vrijednost 18 unci zlata. Specifičnost je u tome što zlato čuva vrijednost, a ne donosi kamatu. Oni koji se bave prometom zlata ističu da to nije tačno. I cijena zlata se povećava odnosno mjenja. Na primjer početkom 2016 godine zlato je poskupjelo 24%. Zar to nije kamata? Kamata izvorno ipak znači cijenu upotrebe kapitala. Ovdje je u pitanju promet zlata. Trenutna cijena zlata po 1 gramu sirovog neprerađenog je 38,53 eura, a prerađenog u predmete je 51 euro po gramu. Ulaganja u štednju zlata država ne oporezuje kao što oporezuje deviznu štednju. Zlato je berzanska roba. Na zlatu može i da se dobija i gubi. Zato i prodavci i kupci zlata mora da imaju u vidu da zlato nije investicija na kratak , nego na duži rok. U trgovini zlato nije poželjno danas kupiti, a sutra ga prodati. Sa kamatama na novac situacija je drugačija. Kada su kamatne stope na depozite neatraktivne (visoke) ulagači se obično odlučuju na kamatne stope koje na duži vremenski rok vezuju njihov kapital. Ako je nivo depozita stabilan onda je manja bojaznost pada uloženog kapitala i ako je kamatna stopa visoka. Nekada se ulagačima savjetuje i da svoj kapital ulažu u različite fondove. Klijenti, ulagači odlučuju se u skladu sa rokom na koji ulažu i stepenom rizika koji su spremni da prihvate. Kada su u pitanju fondovi najčešći su investicioni i penzioni fond i dr.

Što se tiče zlata? Građani mogu nesmetano da kupuju predmete od zlata koji im se nude na tržištu. Uvoz i izvoz zlata, odnosno trgovanje sa zlatom u inostranstvu regulisano je Zakonom o spoljnotrgovinskom poslovanju jer se mora pribaviti dozvola za izvoz i uvoz određenih poluproizvoda između ostalog i poluga od zlata. Promet i uslovi trgovanja sa predmetima od zlata uređeni su i Zakonom o kontroli predmeta od dragocjenih metala.

Zlatne poluge su dio deviznih rezervi i za to je nadležna Centralna banka. Zakonom o Centralnoj banci propisano je da devizne rezerve između ostalog čine: zlato i drugi plemeniti metali (platina, srebro). A zlato predstavljaju: zlatne poluge, zlato na računima CB u inostranstvu i kovano zlato.

Centralna banka može izvoziti i uvoziti, iznositi i unositi u inostranstvo i iz inostranstva zlatne poluge i zlato u neprerađenom i kovanom obliku, kao i kupovati i prodavati zlatne poluge u zemlji, a može koristiti usluge pretapanja i izlivanja zlatnih predmeta i poluga.

Svaka zemlja ima svoje zlatne rezerve. One čine određeni procenat deviznih rezervi. Na primjer Srbija ima 2016 godine 7,60% deviznih rezervi NB Srbije. U naturalnoj vrijednosti to je 18,5 tona zlata, a u vrijednosnoj strukturi zlata kod NB Srbije iznosi 93,8 miliona dolara.⁴

Ne zna se tačno kolike su zlatne rezerve u svijetu, ali se znaju podaci o zlatnim rezervama zemalja koje posjeduju najviše zlata. Deset prvih zemalja su:

1. SAD imaju 8.133 tone (SAD su 1952 godine imale 20.633 tona, a od 1968 imaju stalno ispod 10 tona).
2. Njemačka ima 3.384 tone (Njemačka svake godine svom Ministarstvu finansija proda 6-7 tona zlata).
3. Italija ima 2451 tona.
4. Francuska ima 2435 tona.
5. Rusija ima 1094 tone (Rusija ne prodaje zlato, čuva ga za eventualije nepredviđenih okolnosti).
6. Kina ima 1054 tone.
7. Švajcerksa ima 1040 tona.
8. Japan ima 765,2 tona.
9. Holandija ima 612 tona.
10. Indija ima 557,7 tona.⁵

⁴ „Politika“ petak 20 juli 2016 (ekonomija@politika.rs)

⁵ Podaci su prema internetu iz 2014 godine.

Crna Gora je jedina zemlja u regionu koja u rezervama nema ni grama zlata. Zlato je imala (a to je iz bivše Jugoslavije 1 tona), ali je založeno za kredit kod Švajcarske banke (credit chit) kojeg se oslobađa tek 2017 godine. Kredit je bio 150 miliona eura. Od toga 20 miliona obezbjeđeno je crnogorskim zlatnim rezervama u eurima. Od sticanja nezavisnosti (2006 godine) Crna Gora nije kupila ni grama zlata.

3. Pozicija zlata neodvojiva je od banaka

Pozicija zlata neodvojiva je od banaka. Kaže se da su zlatari tvorci banaka-njihove preteče. Kako je došlo do toga. Zlatari čiji je osnovni posao bio izrada nakita i drugih predmeta od zlata, počeli su da se bave i drugim sporednim, ali profitabilnim djelatnostima. Ta djelatnost bila je čuvanje novca drugih ljudi. A zlatari su imali sigurne sefove za čuvanje zlata, zato je bogatašima bilo sigurnije da novac čuvaju u sefovima zlatare nego u slamaricama ili kovčezima ispod kreveta.⁶

Otkrili su zlatari da im čuvanje novca može biti profitabilna djelatnost, da novac koji im je povjeren na čuvanje treba da se uzima uz kamatu. Na početku se to osporavalo navodeći da će vlasnici vrlo često podizati novac. Uvidjelo se da to nije tako i nije vjerovatno. Naprotiv, uvidjelo se da oni koji imaju novac imaju potrebu da dio novca čuvaju u rezervi, a dio u prometu. To čuvanje novca bio je razlog i uzrok rađanja bankarstva.

Od prvih zlatarskih preduzetničkih poslova pa sve do naših dana suštinska karakteristika banaka bila je što obećava lak pristup novcu onima koji povjeravaju svoj novac na čuvanje banci i što banka na taj način ostvaruje svoj proizvod novac.

⁶Pol Krugman: Povratak ekonomije depresije (Svetska kriza 2008), „Heliks“, Smederevo, 2010 g. str.160-162

Česte promjene u privredi, razne fluktuacije i turbulencije čiji su krajnji izrazi recesija i depresija doveli su do čestog bankrota banaka, do nelojalne konkurencije, do različitih glasina o propasti jednih i uspješnom poslovanju drugih. Tako je došlo do stvaranja Centralnih banaka. U SAD je tek 1913 godine stvorena Centralna banka nazvana Nacionalne rezerve. Za početak te Centralne-Nacionalne banke imale su skromni stepen regulacije poslovanja pod zajednički utvrđenim uslovima. Kasnije se nadležnost Nacionalnih Centralnih banaka širila i osamostavljivala toliko uspješno da se za predsjednika Nacionalnih rezervi SAD kaže da „odgovara samo Bogu“.

4. Gubitak mjerila cijena

Zlato nije moglo da vrši ulogu svjetskog novca ni jedinstve valute, zbog toga što su njegove rezerve u svijetu ograničene što se velikom upotrebom haba i gubi od svoje težine, a time i od svoje vrijednosti, što može da se krivotvori, špekuliše i sl. Zato je u prometu zlato zamjenjeno papirnim novcem i kovanim apoenima od metala. Ale, sve do 1973 godine bila je u svakoj moneti zadržana kovnička vrijednost zlata kao mjerilo cijena kojim se mjerio paritet valuta. Tako je u jedno vrijeme mjerilo cijena odnosno kovnička vrijednost zlata u jednom dolaru iznosila 0,889 gr zlata, a jugoslovenski dinar 0,00078 gr zlata.

Brestovundskim institucijama 1945 godine dogovoreno je da svjetska obračunska valuta bude dolar SAD-ka kao predstavnik najveće i najsnažnije privrede u svijetu. Zato je dolar kao valuta bio najviše u upotrebi. Amerika ima dvije fabrike proizvodnje dolara i to je bilo i ostalo najznačajnije preduzeće SAD. Dolara u svijetu ima više nego u samoj Americi. Kada su dugovi u SAD prevršili mjeru 1973 godine ukinuto je i mjerilo cijena dolara u zlatu. Ovo je učinjeno sa ciljem da se lakše manipuliše sa dolarom, da se teret dugova

lakše podnosi prebacujući teret na drugoga preko oblika novčanih operacija kao što su: inflacija, deflacija, devalvacija i revalvacija.

5. Novi trendovi u politici

Centar za trgovinu zlatom je legendarni City u Londonu. Na njegovim „tezgama“ u direktnim kontaktima ugovara se promet zlata. Novo je u politici sa zlatom to što berza u Londonu i Svjetski savjet za zlato nude da od početka 2017 godine se trguje zlatnim „fjučersima“ tj. ugovorima po kojima se zlato nabavlja ne na licu mjesta već dostavom u tačno preciziranom roku u budućnosti. Ova nova ponuda nabavke zlata vrlo je pažljivo izabrana. Jer, od početka 2010 godine cijena zlata je povećala 25%, a to znači 1.337 dolara za jednu uncu⁷zlata. London je ovaj potez povukao što je situacija u svijetu komplikovana naročito nakon „Bregzita“, sukoba Rusije i Ukrajine, sukoba sa islamskom državom, migratornim kretanjima posebno sa Bliskog istoka, dugovi u svijetu koji su toliko veliki da se vraćati ne mogu. Samo Italija duguje više od 2,3 biliona evra, a dug je preko 132% BDP.

Pošto zlato ima postojanu vrijednost biznismeni znaju da u turbulentnim vremenima cijene zlata redovno rastu. Eto prilike za dobre zarade. Biznis sa zlatnim fjučersima mnogim bankama značiće njihovo održanje (Goldman Saks, Morgan Stenli, Societe Generale, Kineska ICBC i dr.) U mutnim vremenima imetak se najbolje čuva u zlatu. Zlato treba čuvati što bliže sebi, što znači djelom i van trezora banke. Čuvanje zlata u inostranstvu najsigurnije se čuva u Kanadi, Švajcarskoj, SAD, Singapuru, Njemačkoj, Honkongu, Dubaiju, Australiji.

⁷Unca je mjera za težini. U SAD i Velikoj Britaniji iznosi 28,349 grama, za plemenite metale 31,103 gr zlata

Po avgustovskoj listi Svjetskog savjeta za zlato vlasnici najvećih rezervi zlata su: SAD, Njemačka, MIF. Ima zemalja koje ne iskazuju kolike su im rezerve zlata i to ne prijavljuju.

.



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

PRILOZI

mr Denis VUKOTIĆ¹

**MJERA TAJNOG NADZORA –
PRIKRIVENI ISLJEDNIK I SARADNIK**

*“Prikriveni isljednik nerijetko lebdi na žici
između dozvoljenog lukavstva i zabranjenih prevara”
(Körner)*

Prikriveni isljednik i saradnik predstavlja pravni i kriminalistički institut novijeg datuma. Njegova priroda u odnosu na tradicionalne metode predkrivičnog postupka ispoljava određene specifičnosti. Naime, pojedina uobičajena pravila predkrivičnog postupka pokazala su se u savremenim uslovima suprotstavljanja kriminalu kao neefikasna i prevaziđena. Ključne odlike ovog koncepta, jesu da se može preduzeti samo u zakonom strogo definisanim slučajevima, da se očekuju znatno bolji efekti na otkrivanju krivičnih djela i njihovih počinitelaca, i da se njegovom primjenom u određenoj mjeri ograničavaju prava i slobode građana zagarantovana Ustavom i međunarodnim propisima. Analizom elemenata strane i domaće literature prikriveni isljednik se može definisati kao: “Policijski službenik, službenik drugog državnog organa ili drugo lice sa promijenjenim–legendarnim identitetom, koji u zakonom propisanom roku tajno preduzima djelatnosti, procesno legalizovane naredbom suda (kod nas naredbom državnog tužioca), samostalno ili u sastavu organizovane kriminalne grupe kao njen član, s ciljem da sazna, prikupi, utvrdi, zabilježi, reprodukuje i prezentuje podatke o organizovanoj kriminalnoj grupi, njenoj strukturi i oblicima funkcionisanja, odnosno da otkrije, prikupi i

¹ saradnik na Pravnom fakultetu Univerziteta “Mediteran”- Podgorica

obezbijedi dokaze o izvršenim krivičnim djelima ili krivičnim djelima koja će biti ponovljena i njihovim učiniocima.”²

Po M. Škuliću: “Prikriveni isljednici se definišu kao policijski službenici kojima je dodijeljen promijenjen identitet (legenda) u određenom vremenskom periodu, da bi djelujući tajno u kontaktu sa određenim kriminalnim krugovima prikupljali informacije koje će moći da se koriste za otkrivanje, razjašnjavanje i sprječavanje krivičnih djela i to prije svega onih koja se odnose na organizovani kriminal.”³

U Komentaru Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore M. Grubač i B. Vučković, definišu prikrivenog isljednika na sljedeći način: “Prikriveni isljednik je ustvari policijski službenik posebno pripremljen, sa izmijenjenim identitetom, ubačen u kriminalnu organizaciju u kojoj djeluje po instrukcijama organa gonjenja.”⁴

SAD se opravdano mogu smatrati jednim od začetnika savremenog pristupa primjene instituta prikrivenog isljednika koji je kao *undercover work*, počeo da se primjenjuje u borbi protiv kriminala početkom XX vijeka. Jedinica specijalnih agenata 1909. godine, dobija naziv Istražni biro poslije više puta promijenjenog naziva, da bi 1935. godine osnivanjem Saveznog istražnog biroa (Federal Bureau of Investigation-FBI) ta institucija zadržala naziv sve do danas. Federalni istražni biro bio je i danas je ključna institucija za planiranje, organizovanje i primjenu tajnih operacija u okviru kojih prikriveni isljednik ima veoma značajnu ulogu.⁵ Upotrebu prikrivenog isljednika (*undercover agenta*), FBI počinje 1972.

² Vojislav Jović, *Prikriveni isljednik*, Beograd, 2011, str. 55.

³ Milan Škulić, *Organizovani kriminal*, Pravni fakultet Univerziteta Beograd, 2010. str.290.

⁴ Momčilo Grubač, Branko Vučković, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Fakultet za mediteranske poslovne studije, Tivat, 2015., str. 384.

⁵ Pored FBI značajan dio prikrivenih operacija sprovode i DEA (Drug Enforcement Agency), zatim INS (Immigration and Naturalization Service), kao i IRS (Internal Revenue Service) i druge agencije.

godine, da bi 1973-1974. godine prikriveni isljednici bili angažovani u približno 30 krivičnih djela poslije čega ovaj metod doživljava svoju ekspanziju.

Mjere tajnog nadzora kontinentalni dio Evrope počinje da primijenjuje krajem sedamdesetih i početkom osamdesetih godina prošlog vijeka. Većina evropskih teoretičara navodi da je primjena prikrivenih metoda relativno kasno počela, odnosno da je do njihovog normiranja i primjene u borbi protiv najtežih krivičnih djela kao legalnog pravnog sredstva trebalo doći mnogo ranije, te da bi u tom slučaju sadašnjost, kada je o organizovanom kriminalu riječ, izgledala znatno drugačije. U zemljama balkanskog regiona period uvođenja mjera tajnog nadzora veže se za kraj prošlog vijeka.

Primjenu prikrivenih istražnih metoda u zemljama bivše Jugoslavije većemo za kraj prošlog i početak ovog vijeka. Među prvim zemljama koja je uvela institut prikrivenog isljednika je Republika Hrvatska, koja je 1998. godine ovaj institut normativno uredila odredbama Zakonika o krivičnom postupku. Iste godine i Republika Slovenija normirala je institut prikrivenog isljednika. Srbija i Crna Gore prikrivene mjere normirale su u okviru Zakonika o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine, da bi Zakonom o izmjenama i dopunama tog Zakonika koje su uslijedile naredne 2002. godine, bio normiran i institut prikrivenog isljednika. Poslije toga, 2003. godine, u svoje nacionalno zakonodavstvo institut prikrivenog isljednika normirala je Bosna i Hercegovina. Zajedničko obilježje krivičnog zakonodavstva ovih zemalja jeste pokušaj da se iskoriste komparativna iskustva država koje su institut prikrivenog isljednika normirale znatno ranije, i da se na taj način izbjegnu eventualne negativne posljedice u njegovoj primjeni. Težnja društva u cjelini za djelotvornim krivičnim postupkom, izražava se kroz namjeru da se kazni svaki izvršilac krivičnog djela, protiv koga za to postoje dokazi. U tom smislu, opšta je obaveza državnih institucija da zaštite

univerzalna prava čovjeka, pravna dobra, osnovne vrijednosti pojednaca i zajednice, od svih bezbjedonosnih izazova, rizika i prijetnji, kojima se ta prava mogu ugroziti ili povrijediti. Zaštita pojedinaca od nedopustivog miješanja u njegovu privatnost proklamovana je u međunarodnom pravu i u ustavima većine zemalja svijeta, kao fundamentalno ljudsko pravo koje uživa pravnu zaštitu. Međunarodno pravo ima veoma značajnu ulogu u zaštiti ljudskih prava, prije svega, njihovom internacionalizacijom i usvajanjem međunarodnih dokumenata u toj oblasti, od kojih treba izdvojiti:

- 1) Evropsku Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950.),
- 2) Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (1948.),
- 3) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.).

Sa aspekta zaštite prava na privatnost i primjene instituta prikrivenog isljednika treba ukazati na veoma značajne odredbe člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u kontekstu njihovog tumačenja od strane Evropskog suda za ljudska prava, kao nešto što svaka država, pa i Crna Gora mora da ima u vidu kada primjenjuje institut prikrivenog isljednika i saradnika.

Odredbama člana 8. Evropske Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, propisano je da: *svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javne vlasti neće se miješati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja i morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.*⁶

⁶ Vojislav Jović, *op. cit.*, str. 61.

Krivičnopravni aspekti instituta prikrivenog isljednika i saradnika

Krivično zakonodavstvo kao osnovni kriminalno-politički instrument ima složenu kriminalnopolitičku funkciju koja uključuje zaštitni, garantni i socijalno-etički aspekt.⁷ Njegova zaštitna funkcija dio je zaštitne funkcije prava u cjelini. Funkcionalna povezanost krivičnog zakonodavstva i kriminalne politike, odnosno mjesto i uloga krivičnog prava u ostvarivanju ciljeva kriminalne politike, može se odrediti na osnovu izučavanja prihvaćenih stavova za ove dvije oblasti. Kriminalna politika se u svom aplikativnom smislu u najširem značenju tumači kao ukupnost mjera koje se preduzimaju u borbi protiv kriminala, s ciljem zaštite društva od kriminalnih pojava, dok se u doktrinarnom značenju definiše kao nauka koja proučava te mjere da bi se pronašli najefikasniji i društveno najcjelishodniji načini i mjere za suzbijanje kriminala.⁸ Generalno posmatrano, funkcionalna povezanost krivičnog zakonodavstva i politike suzbijanja kriminala, zavise od kvaliteta zakonske norme, njene pravilne primjene u praksi, stepena zloupotrebe prava, kao i organizacije i funkcionisanja subjekata koji na osnovu kompetencija učestvuju u njenoj realizaciji.

Odredbama Zakonika o krivičnom postupku⁹ propisan je krivičnopravni okvir za primjenu mjera tajnog nadzora, među kojima i za angažovanje prikrivenog isljednika i saradnika.

Prema članu 158 mjera se može narediti za krivična djela:

⁷ Ljiljana Radulović, *Neka pitanja krivičnopravnog aspekta politike suzbijanja kriminaliteta*, Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Beograd, 2008., str. 87-103.

⁸ Ljubiša Lazarević, *Krivično zakonodavstvo kao osnov za konstituisanje politike suzbijanja kriminaliteta*, Budva, 2003, str. 217-235.

⁹ „Službeni list CG“, br. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15 i 58/15.

1) za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna;

2) sa elementima organizovanog kriminala;

3) prouzrokovanje lažnog stečaja, zloupotreba procjene, primanje mita, davanje mita, protivzakoniti uticaj, zloupotreba službenog položaja kao i zloupotreba ovlašćenja u privredi i prevara u službi za koja je propisana kazna zatvora od osam godina ili teža kazna;

4) otmica, iznuda, ucjena, posredovanje u vršenju prostitucije, prikazivanje pornografskog materijala, zelenaštvo, utaja poreza i doprinosa, krijumčarenje, nedozvoljeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija, napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti, sprječavanje dokazivanja, kriminalno udruživanje, odavanje tajnih podataka, pranje novca, falsifikovanje novca, falsifikovanje isprave, falsifikovanje službene isprave, pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava i materijala za falsifikovanje, učestvovanje u stranim oružanim formacijama, dogovaranje ishoda takmičenja, nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija, nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi;

5) protiv bezbjednosti računarskih podataka.

Prikriveni isljednik i saradnik može biti ovlašćeni policijski službenik, zaposleni u drugom državnom organu, ovlašćeni policijski službenik druge države ili, izuzetno, ako se mjera ne može sprovesti na drugi način, neko drugo lice (član 160 stav 2). Zakonik propisuje ko ne može biti prikriveni isljednik i saradnik, a to je lice za koje postoji osnovana sumnja da je bio ili je sada pripadnik kriminalne organizacije odnosno kriminalne grupe ili lice koje je osuđivano za krivična djela organizovanog kriminala (član 160 stav 3).

Prikriveni isljednik i saradnik mogu da učestvuju u pravnom saobraćaju koristeći isprave za prikrivanje identiteta, a prilikom prikupljanja obavještenja mogu da koriste tehnička sredstva za prenos i snimanje zvuka, slike i video zapisa.

Organ nadležan za izdavanje isprava na osnovu kojih se može utvrditi identitet lica, na zahtjev starješine organa nadležnog za izvršenje mjera tajnog nadzora, izdaće isprave za prikrivanje identiteta policijskog službenika ili drugog lica i u bazu podataka unijeti podatke iz tih isprava (član 160 stav 4).

Prikriveni isljednik i saradnik kao podstrekač ili provokator na izvršenje krivičnog djela

Podstrekavanje, podsticanje ili provociranje na izvršenje krivičnih djela od strane prikrivenog isljednika i saradnika, kao pojam koji se u teoriji najčešće svrstava u naziv "agent provokator" spada u oblast nedozvoljene zone djelatnosti prikrivenog isljednika, koji je prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku, zabranjena i kažnjiva. U slučajevima da prikriveni isljednik i saradnik suprotno propisanom, podstiče neko lice na izvršenje krivičnog djela, onda je on krivično odgovoran bez obzira na to što je njegova djelatnost legalizovana tužilačkom naredbom jer bi na taj način prekoračenjem svog ovlašćenja, prekršio prohibitivnu zakonsku odredbu. U takvim slučajevima podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela moglo bi se poistovjetiti s podstrekavanjem kao oblikom saučesništva u smislu odredbi Krivičnog zakonika, kojim se bilo kojom radnjom umišljajno izaziva ili učvršćuje odluka kod drugog da izvrši krivično djelo.¹⁰ Zbog prirode djelatnosti prikrivenog isljednika, nije sasvim jednostavno odrediti radnje podstrekavanja, odnosno provociranje drugog na izvršenje krivičnog djela, a posebno definisati razliku između *stvaranja kod drugog odluke ili učvršćivanja već stvorene odluke*. Osnovna svrha ili konačni cilj (*ratio legis*) angažovanja prikrivenog isljednika i saradnika jeste prikupljanje informacija i dokaza o izvršenom krivičnom djelu i njegovom učiniocu. Prikriveni isljednik može da utiče na

¹⁰ Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007., str. 508.

vrijeme i mjesto izvršavanja krivičnog djela, ali ne smije da podstiče i da provocira na izvršenje krivičnog djela. On ne smije da računa na slabosti nedužnih i da ih dovodi u iskušenje da vrše krivično djelo koje inače ne bi izvršili, ili da podstiče na kriminalnu aktivnost lica koja inače tome nijesu sklona. U krivičnim zakonodavstvima u kojima je propisan institut “*agenta provokatora*” njegovo svojstvo predstavlja zakonom dozvoljen oblik podstrekavanja izvršenja krivičnog djela, i ne povlači krivičnu odgovornost. Okrivljeni se u krivičnom postupku najčešće brani prigovorom da je izvršenje krivičnog djela nastalo kao posljedica provociranja prikrivenog isljednika, iako on za to nije bio subjektivno predisponiran, odnosno da je upornost prikrivenog isljednika bila takva da bi na izvršenje krivičnog djela podstakla bilo koje lice, koje inače krivično djelo ne bi izvršilo. Odbrana koja se bazira na podstrekavano krivično djelo, inicira istraživanje same djelatnosti prikrivenog isljednika, u onom dijelu na koji se okrivljeni u svojoj odbrani poziva, ukoliko sredstva i način koje je prikriveni isljednik koristio, idu u prilog tvrdnji okrivljenog da su takve okolnosti uticale na njegovu odluku da izvrši krivično djelo, koje inače bez podstrekavanja nije bio spreman da izvrši.¹¹ Detaljno planiranje same prikrivene operacije u velikoj mjeri smanjuje prostor za pozivanje okrivljenog na provokativne djelatnosti prikrivenog isljednika, i mogućnost da se takva odbrana prihvati na sudu. Zabranjeno je i kažnjivo da prikriveni isljednik podstiče na izvršenje krivičnog djela, drugim riječima, odgovornost podstrekača, po pravilu ne zasniva se samo na radnji podstrekavanja, odnosno stvaranja ili učvršćivanja odluke o izvršenju krivičnog djela, već i na učestvovanju u izvršenju krivičnog djela, što znači da je odluka koju je stvorio podstrekač na neki način i realizovana. Načelno posmatrano podstrekač se kažnjava u granicama odgovornosti

¹¹ Tatjana Lukić, *Posebnosti krivičnog postupka za organizovani kriminal, terorizam i korupciju*, Pravni fakultet-centar za izdavačku djelatnost, Novi Sad, 2008., str. 181-199.

izvršioca, a to je izvršenje krivičnog djela ili pokušaj krivičnog djela odnosno pripremanje izvršenja konkretnog krivičnog djela za koje se po zakonu kažnjava. Postojeća zakonska regulativa kojom je zabranjeno i kažnjivo podsticanje krivičnog djela, može uticati na ishod zahtjeva državnog tužioca za primjenu mjere prikrivenog isljednika i saradnika kao i na ishod krivičnog postupka za krivična djela koja su otkrivena primjenom ovog procesnog instituta.

Odredbama člana 157 stav 5 ZKP-a Crne Gore, propisano je da se protiv lica koja izvršavaju ovu mjeru tajnog nadzora, neće preduzeti krivično gonjenje za radnje koje predstavljaju pomaganje u vršenju krivičnog djela, ako se to čini radi obezbjeđivanja podataka i dokaza za uspješno vođenje krivičnog postupka, dok se stavom 6 istog člana predviđa da izvršenje pomenute mjere ne smije da predstavlja podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela.

Prikriveni isljednik i saradnik kao učinilac ili potencijalni učinilac krivičnog djela

Prikriveni isljednik kao "član" kriminalne grupe, ulaskom u kriminalnu organizaciju izlaže se opasnosti da neposredno izvrši krivično djelo, ili da u svojstvu saučesnika učestvuje u izvršenju krivičnog djela. Postoje različita tumačenja u vezi sa stepenom odgovornosti prikrivenog isljednika u ovim slučajevima, koja se mogu svrstati u tri grupe:

1) Prvo tumačenje zastupa tezu da prikriveni isljednik *nije odgovoran* za krivično djelo koje izvrši u okviru organizovane kriminalne grupe, što proističe iz same prirode i suštine njegove djelatnosti. Njegovo angažovanje i infiltriranje u kriminalnu sredinu podazumijeva vršenje krivičnih djela, jer na taj način "verifikuje odgovornost" vođi i članovima organizovane grupe, ili će u protivnom biti otkriven i dovedena u opasnost njegova bezbjednost i sam ishod operacije.

2) Drugo tumačenje odnosi se na *djelimičnu odgovornost* prikrivenog isljednika koje je povezano sa pojedinim osnovima za isključenje krivične odgovornosti. Prema tom tumačenju, krivična odgovornost prikrivenog isljednika postoji, ali se isključuje primjenom instituta krajnje nužde. Prema mišljenju pojedinih autora ukoliko prikriveni isljednik izvrši krivično djelo koje nije u vezi sa njegovom djelatnošću, onda se njegova odgovornost određuje u skladu sa opštim pravilima o krivičnoj odgovornosti. Međutim, ukoliko krivično djelo izvrši u okviru djelatnosti koja je sadržana u naredbi suda, odnosno tužilaštva, radnjom koja prouzrokuje krivičnopravno relevantnu posljedicu, u namjeri da od sebe ili drugog otkloni istovremenu neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a da pri tom zlo koje je nanijeto nije veće od zla koje je prijetilo, ne čini krivično djelo, odnosno nije krivično odgovoran.

3) Prema trećem tumačenju prikriveni isljednik je *odgovoran* za krivično djelo koje je za vrijeme angažovanja izvršio, i ovo tumačenje je realno i prihvatljivo, ali ne i isključivo, jer je determinisano vrstom i težinom izvršenog krivičnog djela.¹²

Djelatnost nadležnog organa koji sprovodi mjere, mora da bude u skladu s načelom zakonitosti, dakle u skladu sa Ustavom, zakonima i drugim propisima. Tada se postavlja pitanje: smiju li prikriveni isljednik i saradnik da krše zakon – da li imaju pravo da se aktiviraju u izvršavanju krivičnih djela u toku cijele akcije sa ciljem da ostanu ubjedljivi? Konkretnije, da li imaju pravo da u okviru akcije otkrivanja ilegalne trgovine drogom i sami kupuju ili prodaju drogu, ili da na neki drugi način “plate ulaznicu” u kriminalnu organizaciju? Prikriveni isljednik i saradnik mogu biti angažovani *ad hoc* radi preduzimanja mjera simulovanog otkupa, obično u slučaju nezakonite trgovine opojnim drogama ili sa zadatkom da

¹² Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007., str. 510.

duboko prodru u kriminalnu organizaciju da bi organe gonjenja izvještavali o njenim djelatnostima i planovima i prikupljali dokaze za budući krivični postupak.

Krivično procesni aspekti instituta prikrivenog isljednika i saradnika

a) Prijedlog za angažovanje prikrivenog isljednika

Zakonikom o krivičnom postupku propisano je da se angažovanje prikrivenog isljednika i saradnika određuje naredbom državnog tužioca na obrazložen predlog policijskog službenika ili po službenoj dužnosti (član 159 stav 1), a izuzetno i usmeno, s tim da naredba mora biti pribavljena u roku od 12 sati od izdavanja usmene naredbe (član 159 stav 4). Predlog i naredba sadrže upotrebu lažnih isprava i tehničkih uređaja za prenos i snimanje zvuka, slike i video zapisa, učešće u zaključivanju pravnih poslova, kao i razloge koji opravdavaju da se za isljednika i saradnika angažuje lice koje nije ovlašćeni policijski službenik. Angažovanje prikrivenog isljednika i saradnika spada u mjeru koja se preduzima u fazi predkrivičnog postupka u kojoj primarnu ulogu imaju policija i državni tužilac. Bez obzira na to što državni tužilac deklarativno rukovodi predkrivičnim postupkom, policija je primarni subjekt u obavještajnoj i analitičkoj djelatnosti na osnovu kojih prikuplja podatke i dokaze relevantne za postupanje državnog tužioca.

Formalni uslov za angažovanje prikrivenog isljednika i saradnika predstavlja *naredba*, koju državni tužilac donosi na predlog policijskog službenika ili po službenoj dužnosti. Da li će državni tužilac u konkretnom slučaju donijeti naredbu, zavisi od predloga policijskog službenika i njegove procjene. Ukoliko državni tužilac procijeni da su ispunjeni uslovi za određivanje mjere angažovanja prikrivenog isljednika i

saradnika, o tome donosi pisanu obrazloženu naredbu, u suprotnom donosi rješenje kojim odbija njenu primjenu.

b) Vremensko trajanje mjere prikrivenog isljednika i saradnika

Vremensko trajanje mjere ograničeno je do četiri mjeseca, a iz opravdanih razloga ova mjera može da bude produžena najduže do osamnaest mjeseci od donošenja prve naredbe za njeno određivanje. Početak trajanja ove mjere može se posmatrati kako iz formalnog, tako i iz faktičkog aspekta. Formalni aspekt zasniva se na činjenici da mjera počinje danom donošenja naredbe državnog tužioca, što po pravilu treba da bude konstatovano u naredbi, jer državni tužilac naredbu donosi tek kada su ispunjene sve pretpostavke za njegovu primjenu. Faktički aspekt polazi od tumačenja da mjera angažovanja prikrivenog isljednika započinje danom njegovog infiltriranja u kriminalnu grupu.¹³ Mjera angažovanja prikrivenog isljednika i saradnika može da prestane po više osnova. *Prvi* osnov po kojem mjera prestaje, procesne je prirode i odnosi se na: a) istek roka na koji je određena; b) prestanak razloga zbog kojih je određena. *Drugi* osnov po kojem mjera prestaje, kriminalističke je prirode i tiče se: a) otkrivanja mjere; b) kada je ugrožen opstanak prikrivenog isljednika u operaciji; c) kada je prikriveni isljednik prešao na stranu organizovane kriminalne grupe; d) kada nije moguća neprekidna kriminalistička kontraobavještajna zaštita prikrivenog isljednika i e) kada prikriveni isljednik odustane od daljeg angažovanja.¹⁴

¹³ Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007., str. 504.

¹⁴ Vojislav Jović, *Prikriveni isljednik*, Beograd, 2011., str. 87.

Procesno svojstvo prikrivenog isljednika i saradnika u krivičnom postupku

Da bi se ostvario *ratio legis* normiranja instituta prikrivenog isljednika i saradnika neophodno je da se njegovom primjenom prikupe podaci i dokazi o krivičnom djelu i učiniocu, relevantni za krivični postupak. Prikupljanje dokaza radi otkrivanja, dokazivanja i sprječavanja krivičnog djela i pronalaženja učinioca, predstavlja primarnu funkciju prikrivenog isljednika. U slučajevima kada prikriveni isljednik tokom svoje djelatnosti ne prikupi podatke i materijalne dokaze o krivičnom djelu i učiniocu, sud *može*, prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku da ga sasluša u svojstvu svjedoka, o činjenicama koje je tokom djelatnosti neposredno zapažao ili čuo, ili je do takvih saznanja došao na poseban način. Kada sud donese odluku da prikrivenog isljednika sasluša u svojstvu svjedoka, to znači da svjesno rizikuje da okrivljenom, uskraćivanjem podataka o svjedoku, uskrati podatke i o dokazima koji govore protiv njega, i uspostavi jednu negativnu korelaciju između tajnosti podataka i zaštite prava odbrane. Sasvim je sporno pitanje procesnog statusa prikrivenog isljednika i saradnika odnosno zaštite njihovog identiteta po okončanju angažovanja, odnosno tokom i nakon okončanja krivičnog postupka. Tokom sprovođenja mjere prikriveni isljednik i saradnik se pojavljuje pod "legendom" i u interesu njegovog očuvanja mogu se izmijeniti podaci u bazama podataka o identitetu prikrivenog isljednika i saradnika i izdati fiktivna dokumenta sa promijenjenim identitetom. Sve to predstavlja jedan duži proces planskih priprema koje se mogu dovesti u pitanje u slučajevima kada sud procijeni da prikrivenog isljednika i saradnika sasluša kao svjedoka. Medijski izvještaji o bilo kojoj činjenici i dokazu koji se odnosi na djelatnost prikrivenog isljednika i saradnika, kao i detalja koji se pojavljuju u sudskim aktima, moraju biti veoma restriktivni. Pravo na javno suđenje je fundamentalno,

ali nije apsolutno. Zakoni postavljaju i određene granice—ukoliko postoji interes javnog morala ili neki državni razlog, javnost se može isključiti. Pravično suđenje ne dopušta i postupanje koje može da škodi interesima drugih pojedinaca. Odredba o organičenju javnosti predstavlja razumno ograničenje sloboda garantovanih Ustavom, ali ovo ovlašćenje suda je izuzetno i mora biti restriktivno korišćeno.

Prikriveni isljednik i saradnik tokom svoje djelatnosti prikupljaju podatke i dokaze koji se mogu svrstati u nekoliko grupa:

1) Prvu grupu čine posebni—materijalni dokazi (predmeti koji su namijenjeni izvršenju krivičnog djela; predmeti koji su upotrijebljeni za izvršenje krivičnog djela—sredstva izvršenja);

2) Drugu grupu čine neposredni dokazi—podaci koji sami po sebi ne predstavljaju dokaz kakve činjenice, već samo saznanja kojima raspolaže prikriveni isljednik, i koja mogu imati procesni značaj ako ih on saopšti pred sudom, u svom iskazu kao svjedok u krivičnom postupku;

3) Treću grupu čine podaci i dokazi koji se ne odnose na krivično djelo za koje je donijeta naredba, već na neko drugo krivično djelo.

Kontrola rada prikrivenog isljednika i saradnika

Jedno od veoma značajnih pitanja koje se sa pravom postavlja, odnosi se na sistem *kontrole rada prikrivenog isljednika i saradnika* nakon donijete naredbe za njihovo angažovanje. Naime, sporno je pitanje u kojoj mjeri su periodični izvještaji prikrivenog isljednika i saradnika “relevantni” za procjenu “legalnosti” i efikasnosti njihove djelatnosti. Kontrola rada prikrivenog isljednika i saradnika nije sasvim jednostavna, kako zbog prirode njihove djelatnosti tako i zbog činjenice da su metode koje koriste često na zakonskoj granici. Potreba za kontrolom njihovog rada jeste

nesporna, međutim, komparativna iskustva ukazuju da se ona uglavnom zasniva na njihovoj obavezi da dostavljaju izvještaje koji se analitički sagledavaju, i da kontinuiranu kontrolu rada vrši njihov neposredni rukovodilac (*handler*). Kontrola rada prikrivenog isljednika i saradnika tokom njihovog angažovanja, po pravilu obuhvata nekoliko oblasti:

1) Prva oblast se tiče *kontrole koja je usmjerena na sprječavanje prikrivenog isljednika da izvrši krivično djelo.*

2) Druga oblast se tiče *kontrole koja je usmjerena na sprječavanje prikrivenog isljednika da podstrekava drugog na izvršenje krivičnog djela.*

3) Treća oblast se odnosi na *kontrolu koja je usmjerena na sprječavanje prikrivenog isljednika da na nezakonit način prikuplja zakonite dokaze—teorija “plodova otrovnog drveta”.*

4) Četvrta oblast se odnosi na *kontrolu koja je usmjerena na sprječavanje prikrivenog isljednika da bude korumpiran od strane vođa ili članova organizovanih kriminalnih grupa ili da prelaskom u kriminalnu organizaciju, postane njihov član.* Prikriveni isljednici tokom svoje djelatnosti dolaze u različita iskušenja posebno kada se radi o metodu infiltracije u kriminalnu organizaciju.¹⁵

Jedan od osnovnih problema koji se tiče kontrole rada prikrivenog isljednika i saradnika, jeste nepostojanje jasnih i detaljnih smjernica za njegovu djelatnost, i što su često u situaciji da sami kreiraju aktivnosti da bi ispunili ciljeve koji su im postavljeni. U tom smislu neposredni rukovodilac je kao i prikriveni isljednik i saradnik više usmjeren na konkretno prikupljanje informacija i dokaza, a ne na način njihovog prikupljanja i njihovom kasnijem procesnom statusu. Nadalje, sam sistem kontrole potpuno je prepušten policiji ili drugom organu koji izvršava mjere, bez učešća i uvida državnog tužioca, kome osim zakonskog prava da izda naredbu za

¹⁵ *Isto*, str. 96.

primjenu mjere i da zahtijeva izvještaj po okončanju mjere, kontrolna funkcija nad sprovođenjem mjere u velikoj mjeri izostaje.

Umjesto zaključaka

U pravnom sistemu Crne Gore, mjera tajnog nadzora - angažovanje prikrivenog isljednika i saradnika se koristi kao jedna od posebnih istražnih radnji prilikom čijeg se preduzimanja, prije svega, moraju ispoštovati zakonski propisani materijalni i formalni uslovi. Reforma našeg krivičnog zakonodavstva, kako materijalnog, tako i procesnog, nije počela na vrijeme, što je svakako usporilo ili u dobroj mjeri onemogućilo, pravovremeno suprotstavljanje organizovanom i teškom kriminalu, znatno efikasnijim-savremenim metodama kao što je angažovanje prikrivenog isljednika i saradnika. Problem predstavlja i činjenica da se veoma mali broj institucija ili pojedinaca bavi istraživanjem uzroka i uslova nastanka kriminala. Takva istraživanja, ukoliko i postoje, uglavnom se baziraju na analizi statističkih podataka, koji se, uzimajući u obzir postojeću metodologiju prikupljanja i evidentiranja ne mogu smatrati potpuno relevantnim. Formalno normiranje mjere, bez njene praktične kriminalističke primjene ne ostvaruje njen *ratio legis*. Potencijalnu "odgovornost" za takvo stanje, svakako treba tražiti u organima koji su nadležni za primjenu instituta prikrivenog isljednika, među kojima policija ima primarnu ulogu kao organ koji, po pravilu, inicira primjenu mjere. Normiranje instituta prikrivenog isljednika i saradnika polazi od činjenice da su demokratski principi svakog društva, stvorili pretpostavku za uspostavljanje jasne korelacije između efikasnih, pravnih i kriminalističkih prikrivenih metoda, s jedne strane, i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda s druge strane.

Djelatnost prikrivenog isljednika i saradnika zbog svoje specifičnosti i po svojoj prirodi, u određenim okolnostima, dovodi njegove učesnike u poziciju da preduzimaju mjere koje su im sa krivičnog aspekta sporne. Zalažem se za stav da prikriveni isljednik i saradnik ne mogu da budu odgovorni za podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela osumnjičenog koji je prije preduzete radnje podstrekavanja nesporno bio predisponiran na izvršenje krivičnog djela, odnosno da je ranije stvorio odluku da krivično djelo izvrši. Ovo se posebno odnosi na učinioce koji su u ranijem periodu vršili krivična djela (povratnici) ili postoje analitički istražena operativna i obavještajna saznanja, o njihovoj neposrednoj predisponiranosti za vršenje konkretnih krivičnih djela. Potpuno je drugačije pitanje odgovornosti prikrivenog isljednika i saradnika za krivično djelo koje on počini tokom sprovođenja prikrivene djelatnosti. Generalno posmatrano, sporno je pitanje utvrđivanja činjenica i okolnosti na osnovu kojih se može isključiti odgovornost prikrivenog isljednika i saradnika za izvršeno krivično djelo. Sam pokušaj da se odgovornost u ovim slučajevima eliminiše upućivao bi na zaključak da se krivična djela otkrivaju vršenjem krivičnih djela.

Izvršenom deskriptivnom analizom i klasifikacijom pravnih i kriminalističkih aspekata stvorena je spoznaja o bitnim činjenicama, karakteristikama instituta *prikrivenog isljednika i saradnika* kao subjekta u otkrivanju krivičnih djela i njegovih počinitelaca što u određenoj mjeri upotpunjuje naučno-teorijsku misao i doprinosi unapređenju njegove praktične, pravne i kriminalističke djelatnosti, ostavljajući prostor za nova istraživanja.

SUMMARY

The undercover investigator, as a secret surveillance measure, represents the legal and law enforcement institution

of a newer age. The paper stresses the importance and the basis of the undercover investigator's engagement. The Criminal Procedure Code of Montenegro sets the conditions (both material and formal) and the duration of the measure, with the particular importance placed on the undercover investigator's procedural capacity in the criminal proceedings, especially when examined as a witness in the criminal proceedings.

During the course of his engagement, special attention must be paid to the construction of "the legend" under which he will "infiltrate" into a criminal organization, setting top priority at the security and protection of his identity at all stages of his engagement.

Mr Miloš BOŠKOVIĆ¹

**DA LI USVAJANJE PROTOKOLA BROJ 15 UZ
EVROPSKU KONVENCIJU O LJUDSKIM PRAVIMA ZNAČI
VIŠE FLEKSIBILNOSTI ZA STRANE UGOVORNICE?**

Crna Gora je 08. novembra 2013. godine potpisala Protokol br. 15 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Protokol), samo par mjeseci nakon što je u junu 2013. godine otvoren za potpisivanje državama koje su pristupile Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija).²

Efikasnije funkcionisanje Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) već nekoliko godina unazad motiviše opsežne reforme sistema zaštite ljudskih prava u Evropi. Tako je Protokol br. 14 imao za cilj da uprosti i ubrza postupak čime bi rasteretio Sud, i donekle uspio u toj namjeri.³ Međutim, ubrzo je postalo očigledno da su potrebne dalje reforme.

Tekst Protokola je proizišao iz zaključaka niza ministarskih konferencija o budućnosti Evropskog suda za ljudska prava koje su se redom održavale u Interlakenu (2010),⁴ Izmiru (2011)⁵ i Brajtonu (2012). Na Brajtonskoj

¹ Autor je doktorski kandidat na Pravnom Fakultetu Univerziteta Beograd.

² CETS br. 213. Crna Gora je iskoristila mogućnost da izrazi pristanak da bude obavezana Protokolom br. 15, potpisivanjem bez rezerve na potvrđivanje, prihvatanje ili odobrenje, u skladu sa članom 6 *a* Protokola.

³ CETS br. 194 od 12.05.2004. godine. Prtokol br. 14 je stupio na snagu 2010. godine.

⁴ Tekst deklaracije sa konferencije u Interlakenu, Švajcarska, dostupan na http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf

konferenciji je usvojena Deklaracija koja je sadržavala brojne predloge za izmjenom Konvencije nakon čega je uslijedilo prevođenje političkog konsenzusa u precizan jezik međunarodnih ugovora.⁶

Protokolom se mijenja nekoliko odredbi proceduralne prirode iz Dijela II Konvencije. On međutim sadrži i kontroverznu izmjenu u pravcu izričitog pozivanja na doktrinu polja slobodne ocjene (*the margin of appreciation doctrine*) u preambuli Konvencije. Ova izmjena je bez sumnje zaokupila najveću pažnju teoretičara mada ni ostale izmjene nisu bez značaja. Pored namjere da se Sud rastereti ogromnog broja predmeta, podtekst svih predloženih izmjena je i težnja pojedinih ugovornica, predvođenih Velikom Britanijom, da dobiju više fleksibilnosti u ispunjavanju obaveza iz Konvencije. Već duže vrijeme neke države ugovornice izražavaju zabrinutost da Sud dovodi u pitanje njihovu suverenost određenim presudama ili tumačenjima Konvencije.⁷ Predmet ovog članka nije samo izlaganje novina koje sa sobom donosi Protokol nego i rasprava o njegovom značaju i domašaju.

Priroda Protokola br. 15

Sa stanovišta podjele na materijalne i proceduralne protokole, Protokol definitivno spada u ove druge jer se njime ne

⁵ Tekst deklaracije sa konferencije u Izmiru, Turska, dostupan na http://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf

⁶ Tekst deklaracije sa konferencije u Brajtonu, Velika Britanija, dostupan na http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf

⁷ Tako je javnost u Velikoj Britaniji bila veoma kritična prema presudama protiv ove zemlje u predmetima *Hirst* (presuda od 06.10.2010.g.) povodom biračkog prava zatvorenika i *Othman (Abu Qatada)* (presuda od 09.05.2012.g.) koja se ticala deportacije osumnjičenog za terorizam iz Ujedinjenog kraljevstva u Jordan. Vidjeti u tom smislu govor britanskog premijera Dejvida Kamerona: David Cameron, Cameron's speech on the European court of human rights in full, (The Guardian) <http://www.guardian.co.uk/law/2012/jan/25/cameron-speech-european-court-human-rights-full>.

proširuju prava zajamčena Konvencijom već modifikuje njen kontrolni mehanizam. Za razliku od materijalnih protokola, koji zadržavaju status posebnog međunarodnog ugovora i ne zahtijevaju ratifikaciju svih strana ugovornica, protokoli organizacione prirode kao što je Protokol br. 15, čine sastavni dio odredbi Konvencije.⁸ Stoga je njegovo stupanje na snagu uslovljeno ratifikacijom svih strana ugovornica Konvencije.⁹

Međutim, izmjena kojom se mijenja preambula Konvencije nije proceduralne već materijalne prirode bez obzira što ne ulazi u samu sadržinu konvencijskih prava. Načelo supsidijarnosti i doktrina polja slobodne ocjene spadaju u oblast tumačenja Konvencije. Protokol je donekle neuobičajen jer bez obzira na nesumnjivo proceduralni karakter, sadrži određene elemente koji se mogu odnositi na materijalnu sferu Konvencije.

Protokol je relativno kratak dokument koji sadrži preambulu, pet članova kojima se predviđaju izmjene Konvencije, kao i prelazne i završne odredbe (čl. 6-9). Dopuna preambule Konvencije novom rečenicom je možda bez presedana u praksi izrade međunarodnih ugovora. Protokol se

⁸ Može se postaviti pitanje da li je ispravno raditi manje izmjene proceduralnih odredbi Konvencije ili je bolje ići na sveobuhvatnije i dalekosežnije izmjene? Pitanje je tim prije opravdano ako se zna da prođe dug vremenski period prije nego protokoli procesne prirode stupe na snagu zbog toga što moraju proći ratifikaciju svih država ugovornica. Protokol br. 14 je tako stupio na snagu tek nakon šest godina. Takođe je važno pomenuti da je u 2013. godini, dakle samo nakon tri mjeseca (u oktobru 2013. g.), otvoren za potpis Protokol br. 16 uz Konvenciju. Ovaj protokol ne uvodi nikakve izmjene u tekst Konvencije već otvara mogućnost da „Najviši sudovi i tribunalni Visoke strane ugovornice...mogu od Suda tražiti da dá savjetodavna mišljenja o načelnim pitanjima u vezi sa tumačenjem ili primjenom prava i sloboda definisanih Konvencijom ili protokolima uz nju”.

⁹ Protokol još nije stupio na snagu. Na dan 20.02.2016. godine njega je ratifikovalo 26 članica Savjeta Evrope dok je potpisan od strane njih 15. Među državama koje nisu ni ratifikovale ni potpisale Protokol nalaze se Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Letonija, Grčka, Malta i Rusija. Lista potpisa i ratifikacija Protokola br. 15 je dostupna na http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=nSmCRybw

takođe se bavi i pitanjem starosne granice za penzionisanje sudija, mjerama u odnosu na postupak pred Sudom kao i pojedinim uslovima prihvatljivosti predstavki.

Izmjena preambule Konvencije – načelo supsidijarnosti i doktrina polja slobodne ocjene

Dok su organizacione izmjene manje kontroverzne, žučnu polemiku među teoretičarima i praktičarima izazavala je izmjena preambule Konvencije. Članom 1 Protokola u preambuli Konvencije se dodaje nova rečenica koja glasi: „Potvrđujući da Visoke strane ugovornice, u skladu sa načelom supsidijarnosti, snose glavnu odgovornost za obezbjeđivanje prava i sloboda garantovanih Konvencijom i Protokolima uz nju, i da u tu svrhu uživaju polje slobodne ocjene koje je podvrgnuto kontrolnoj nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava, koji je osnovan ovom Konvencijom”. Kontroverza nije toliko u pozivanju na načelo supsidijarnosti koliko u izričitom pozivanju na doktrinu polja slobodne ocjene koje uživaju države ugovornice Konvencije.

U pratećem izvještaju o Protokolu br. 15 ova izmjena je objašnjena na prilično lakonski način namjerom da se „osnaži transparentnost i pristupačnost ovih karakteristika sistema Konvencije i bude u saglasju sa doktrinom polja slobodne ocjene na način kako je istu razvio Sud u svojoj praksi“.¹⁰

Treba imati u vidu da je čitav sistem Konvencije zasnovan na načelu supsidijarnosti prema kom primarna odgovornost zaštite konvencijskih prava pripada državama ugovornicama. Tek onda kada država propusti da pruži zaštitu, na scenu stupa mašinerija Strazbura, posebno Sud. Načelo je reflektovano u pojedinim odredbama Konvencije i može se generalno govoriti o procesnoj i materijalnoj supsidijarnosti. U

¹⁰ Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/Prot15ECHR.htm>.

najkraćem, procesna supsidijarnost reguliše pitanje nadležnosti Suda, dok materijalna supsidijarnost određuje sadržinu pravnih obaveza država. Primjeri *procesne supsidijarnosti* su odredbe kojima se uslovljava postupanje Suda kao što su članovi 1 (obaveza poštovanja ljudskih prava), 13 (pravo na djelotvorni pravni lek), 19 (osnivanje Suda) i 35 Konvencije (uslovi prihvatljivosti predstavki). Postupak pilot presuda, koji državama u tipičnim slučajevima daje smjernice kako da otklone strukturne nedostatke, takođe je opisan kao primjena načela supsidijarnosti.¹¹ *Materijalna supsidijarnost* se naslanja na samu prirodu normi o ljudskim pravima, koje su u često otvorenije ili principijelnije prirode od ostalih odredbi. Tamo gdje materijalni sadržaj prava nije u cjelosti definisan na međunarodnom nivou, države imaju diskreciono pravo da izaberu način na koji će poštovati određeno pravo. Država je takođe slobodna u izboru sredstava kako će implementirati odluke Suda (član 46).¹² Tako supsidijarnost daje za pravo međunarodnom pravosudnom organu da odredi razumnost i adekvatnost tih metoda. Dakle, riječ je o načelu na kome se zasniva čitav sistem zaštite ljudskih prava u Evropi i njegovo pominjanje u preambuli Konvencije ne čini se spornim.

Kao i načelo supsidijarnosti, sa kojim je u bliskoj vezi, polje slobodne ocjene je koncept koji je čvrsto ukorijenjen u praksi Suda. Polje slobodne ocjene predstavlja jednu od najvažnijih doktrina tumačenja u jurisprudenciji Suda koja, u poređenju sa drugim konceptima Konvencije, provocira možda i najviše doktrinarnih komentara. Na ovom mjestu ih nije moguće čak ni sažeto izložiti.¹³ Ukratko, doktrina se može

¹¹ Vidjeti npr. *Ananyev protiv Rusije*, presuda od 30.07.2009.g., stav 182. Postupak pilot presuda je detaljno razrađen članom 61. Poslovnika Suda koji je usvojila opšta sjednica Opšta sjednica 21. 02. 2011. godine.

¹² *Broniowski protiv Poljske (Veliko vijeće)*, presuda od 28.09.2005. godine, stav 34.

¹³ Vidjeti između ostalih monografije kao što su R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993; Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation*

definisati kao metod kojeg je kreirao Sud kako bi utvrdio da su nacionalne vlasti, posebno sudovi, u boljem položaju nego međunarodni sudija da ocijene koje mjere treba preduzeti da bi se uspostavio balans između suprotstavljenih prava i interesa. Uzima se dakle u obzir diskrecija nacionalnih vlasti u primjeni Konvencije. Doktrina je našla najveću primjenu prilikom tumačenja takozvanih kvalifikovanih članova Konvencije (8-11). Mišljenja o doktrini variraju, počevši od onih koja je u potpunosti afirmišu¹⁴ do onih koja pozivaju na potpuno uklanjanje doktrine iz prakse Strazbura.¹⁵ Sud je često optuživan da, pozivanjem na doktrinu, pravi ustupak prema nacionalnim vlastima i da je riječ o relativizaciji koja podriva djelotvornu zaštitu prava iz Konvencije.¹⁶ Posledica primjene doktrine, prema ovim mišljenjima, jeste slabljenje autoriteta Suda i podripanje pravne sigurnosti u odnosu na garancije ljudskih prava koje pruža Konvencija.¹⁷

Koliko je ovaj koncept sporan vidjelo se i tokom izrade nacрта Protokola. Sam Sud nije bio ubjeđen da se radi o korisnoj izmjeni Konvencije smatrajući da je polje slobodne

Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, 2002; H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publisher, 1996; A. Rupp-Swienty, *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Munich 1999; S. van Drooghenbroeck, *La Proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux.*, Brussels, Bruylant, 2001. Pored toga, o ovoj temi su objavljene brojne naučne studije i članci.

¹⁴ Vidjeti npr. Frédéric Sudre et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF., 5^e éd. mise à jour, 2009, pp. 73 et 74.

¹⁵ Vidjeti npr. zahtijev za potpunim ukidanjem doktrine u izdvojenom mišljenju sudije *de Meyer-a* u predmetu *Z. protiv Finske*, presuda od 25.02.1997. godine.

¹⁶ R. Edwards, *Judicial Deference under the Human Rights Act*, „The Modern Law Review” 2002, t. 65, s. 878–879.

¹⁷ E. Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, „New York University Journal of International Law and Politics” 1999, t. 31, s. 344.

ocjene složen pojam koji se ne može izraziti u par riječi. Stoga je Sud predložio Koordinacionom odboru za ljudska prava (CDDH), koji je radio na tekstu Protokola, da bi bar trebalo naglasiti prirodu polja slobodne ocjene kao tvorevine Suda.¹⁸ U zajedničkoj izjavi evropskih nevladinih organizacija koje se bave ljudskim pravima povodom otvaranja Protokola za potpis, navedeno je da su se za vrijeme pregovora u Brajtonu „snažno protivile predlozima za izmjenu Konvencije u pravcu unošenja principa sudskog tumačenja, kao što je doktrina polja slobodne ocjene koju je razvio Sud”. Takođe je u izjavi navedeno da je zabrinjavajuće „izdvajanje doktrine polja slobodne ocjene i načela supsidijarnosti bez pomena drugih, jednako značajnih načela tumačenja koja je razvio i primjenjuje Sud”, kao što su načela proporcionalnosti, doktrina „živog instrumenta”, načela dinamičkog i evolutivnog tumačenja, načela djelotvorne zaštite ljudskih prava i načela zaštite “suštine prava”.¹⁹ Iz perspektive ideologija pasivističkog i aktivističkog tumačenja Konvencije smatralo se da ovakva izmjena ide u prilog pasivističkom tumačenju odnosno predstavlja branu aktivnom razvijanju standarda ljudskih prava od strane Suda. Nevladine organizacije su pozdravile pojašnjenje da je Sud jedina institucija nadležna da definiše, razvija i primjenjuje sredstva sudskog tumačenja kao što je doktrina.

Postavlja se pitanje da li će izričito pozivanje na načelo supsidijarnosti i polje slobodne ocjene u preambuli unijeti radikalnu novinu u sistem Konvencije. Preovlađujuće je mišljenje da Protokol u suštini ne uvodi nikakvo novo obilježje jurisprudencije u Strazburu, nego je više riječ o rafiniranju ili preformulaciji postojećih doktrina, na šta su uticale pomenute

¹⁸ Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights, 2013, stav 4.

¹⁹ Joint NGO statement on Protocol 15 to the European Convention on Human Rights must not result in a weakening of human rights protection, 2013, strana 2.

deklaracije država članica, posebno kada je riječ o nužnosti jačanja supsidijarne prirode Konvencije.²⁰ Preambula je u suštini ceremonijalno obrazloženje razloga i ciljeva koji su vodili zaključenje nekog sporazuma ili usvajanje ustava. Ona ne proizvodi direktna prava ili obaveze ali može biti od značaja za tumačenje pravnih normi (član 32(1) Bečke konvencije o ugovornom pravu). Stoga se može zaključiti da pravni značaj izmjene preambule nije velik. Sa druge strane, ova izmjena može dovesti do toga da Sud zauzme oprezniji pristup donošenju presuda bilo spontano bilo pod pritiskom političkih snaga. Postoji opravdana bojazan da će se države pozivati na doktrinu i tamo gdje njenoj primjeni nema mjesta. Doktrina tradicionalno nalazi svoju primjenu samo u odnosu na određena materijalna prava i to po pitanjima u kojima ne postoji konsenzus među članicama Savjeta Evrope zbog njihove heterogenosti i kulturne različitosti.

Izmjene Konvencije proceduralne prirode

Starosna granica za sudije

Članu 21 Konvencije, koji se odnosi na vršenje sudijske funkcije u Sudu, dodat je novi stav kojim se predviđa da kandidati za sudije „moraju biti mlađi od 65 godina na dan podnošenja zahtjeva Parlamentarne skupštine da joj se dostavi lista od tri kandidata u skladu sa članom 22.” U vezi sa ovom promjenom, izbrisan je stav 2 člana 23 Konvencije koji propisuje da mandat sudijama ističe kada napune 70 godina. Ovaj član je postao suvišan zbog uvođenja starosne granice na datum nominacije kandidata za sudiju Suda. Preteći izvještaj obrazlaže da je ova izmjena napravljena sa ciljem da visoko kvalifikovane sudije zadrže puni mandat od devet godina čime

²⁰ Robert Spano, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law Review, 2014, 0, 1–16, p.5.

se učvršćuje stabilnost sudijskog kadra u Sudu.²¹ U postojećem pravnom režimu to nije moguće zbog starosne granice predviđene stavom 2 člana 23 Konvencije. Ova granica je spriječila pojedine od iskusnijih sudija da provedu puni mandat na svojoj poziciji. Odredba je postala suvišna nakon što je Protokol br. 14 uveo zabranu reizbora sudija dok je produžio njihov mandat na devet godina. Izmjena koja se odnosi na starost sudija jeste u stvari ishod dogovora formulisanog u Brajtonskoj deklaraciji (2012), prema kojem se starosna granica za sudije treba zamijeniti zahtjevom da na dan preuzimanja sudijske funkcije sudija ne smije biti stariji od 65 godina.²² Riječ je o praktičnim razlozima povezanim sa dugim trajanjem postupka izbora sudija na nacionalnom nivou do glasanja u Parlamentarnoj skupštini.²³ Željela se izbjeći situacija u kojoj kandidat u selekcionom procesu neće preuzeti funkciju zbog prekoračenja starosne granice tokom njegovog trajanja. Zbog toga se mora odrediti datum kada se navršava 65 godina to jest datum podnošenja liste kandidata Parlamentarnoj skupštini. Istovremeno je Prateći izvještaj izrazio očekivanje da će se država ugovornica, nakon što je objavila oglas za izbor kandidata pozivati na taj datum a da će ga Parlamentarna skupština učiniti javnim bilo pismenom objavom ili na drugi način.²⁴

Razlog ove izmjene je jasan i dobro obrazložen u Pratećem izvještaju. Ova izmjena je naišla i na pozitivno mišljenje Suda koji smatra da će ista podstaknuti izbor kandidata sa većim iskustvom koji će ostati na funkciji i kad napune 70 godinu života.²⁵ Zna se da sudije suda u Strazburu, ili „ministri smisla“ kako ih nazivaju pojedini autori,²⁶ moraju posjedovati veliko znanje posebno kada je riječ o naprednim

²¹ Explanatory report to the Protocol No. 15, *op.cit.*, stav 12.

²² Brajtonska deklaracija, stav 25.

²³ Explanatory Report to Protocol No. 15, stav 13.

²⁴ Isto.

²⁵ Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15, *op.cit.*, strana 2.

²⁶ François Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 233.

standardima jurisprudencije i načelima i metodama tumačenja. Prerano skraćenje mandata sudijama samo zato što su navršili 70-tu godinu života ima za posledicu da se više ne može upotrebiti njihovo ogromno znanje i iskustvo. U praksi će izmjena starosne granice značiti da će sudije moći da sude do svoje 74. godine. Čini se da ovo rješenje neće uticati na kvalitet presuda. U suprotnom postoji zaštitni mehanizam predviđen članom 24 (4) Konvencije prema kom se sudija može razriješiti funkcije ako druge sudije odluče dvotrećinskom većinom da više ne "ispunjava potrebne uslove".

Upućivanje predmeta Velikom vijeću

Sledeća izmjena se odnosi na odredbu člana 30 Konvencije koja se tiče odricanja nadležnosti vijeća u korist Velikog vijeća. Odlučeno je da se iz postojeće formulacije ove odredbe, koja glasi: „Ako se povodom predmeta koji vijeće razmatra pokrene neko ozbiljno pitanje od značaja za tumačenje Konvencije ili protokola uz nju, ili ako rješenje pitanja pred vijećem može da dovede do rezultata koji nije u saglasnosti s nekom prethodno donijetom presudom Suda, vijeće može, sve dok ne donese presudu, da ustupi nadležnost Velikom vijeću, izuzev kada se tome protivi jedna od stranaka u sporu”, briše dio „izuzev kada se tome protivi jedna od stranaka u sporu”. Mogućnost odricanja nadležnosti vijeća u korist Velikog vijeća već postoji nakon stupanja na snagu Protokola br. 11 uz Konvenciju. Prema postojećoj formulaciji člana 30 Konvencije, jedini preduslov za odricanje od nadležnosti vijeća u korist Velikog vijeća jeste nepostojanje protivljenja stranaka u sporu. To znači da je u odsustvu protivljenja, odluka vijeća u određenom slučaju konačna i obavezuje Veliko vijeće da preuzme slučaj.

Svrha ovog instituta jeste da obezbijedi konzistentnost jurisprudencije i ubrza postupak pred Sudom u slučajevima gdje postoji važno pitanje koje se odnosi na tumačenje

Konvencije ili protokola uz nju ili da bi se odstupilo od postojećeg trenda u sudskoj praksi. Prateći izvještaj je izrazio očekivanje da će vijeće konsultovati stranke u postupku, i prije nego ustupi predmet, riješi sva pitanja prihvatljivosti predstavke.²⁷ Ova izmjena je zasnovana na očekivanju da će Veliko vijeće u budućnosti pružati detaljnije naznake strankama u postupku o potencijalnom odstupanju od postojeće sudske prakse ili važnog pitanja tumačenja Konvencije ili protokola uz nju.²⁸

I za ovu izmjenu se može reći da je nesporna jer će se njome unaprijediti konzistentnost sudske prakse. Mora se međutim biti oprezan kad je riječ o pomenutom argumentu ubrzanja postupka. Naime, bez obzira što je namjera da se pojednostavi ustupanje slučaja Velikom vijeću, u stvarnosti vijeće može podleći iskušenju da prečesto koristi ovaj institut. To može imati za posledicu da učestalo ustupanje slučaja Velikom vijeću dovede do odugovlačenja umjesto do skraćivanja vremena trajanja postupka.

Sud je u svom mišljenju komentarisao mogućnost da vijeće riješi, koliko je moguće, sva pitanja slučaja, pa i ona o prihvatljivosti predstavke. Sud je podsjetio da je postojeća praksa Suda na nivou vijeća i Velikog vijeća da istovremeno razmatra pitanja prihvatljivosti i pitanja merituma. Tako vijeće može odlukom o prihvatljivosti da odbaci dio predstavke a zatim da se odrekne nadležnosti u korist Velikog vijeća.²⁹

Uslov prihvatljivosti u odnosu na rok za podnošenje predstavke Sudu

Članom 4 Protokola skraćuje se rok za upućivanje predstavke Sudu sa šest na četiri mjeseca od dana pravosnažnosti odluke donesene u određenom predmetu.

²⁷ Explanatory report to the Protocol No. 15, *op. cit.*, stav 18

²⁸ Isto, stav 19.

²⁹ Opinion of the Court on Protocol No. 15, *op.cit.*, stav 10.

Izmjena je opravdana veoma kratkim obrazloženjem o razvoju brzih komunikacionih tehnologija uz postojanje rokova slične dužine trajanja u državama članicama.³⁰

Skraćenje roka je naišlo na negativne ocjene od strane pomenutih NVO-a koje su tvrdile da su države prihvatile ovu izmjenu bez nekog pretjeranog obzira prema implikacijama koje ista može imati u odnosu na podnosiocce predstavke.³¹ Pored toga, ukazano je da izmjena u velikoj mjeri povećava rizik isključenja osoba koje žive u geografski udaljenim oblastima bez pristupa komunikacionim tehnologijama kao što je internet, kao i onih stranka čiji su slučajevi složeni ili kada lokalni advokati nisu dovoljnoiskusni u pripremanju tužbi i onih koji imaju ograničen pristup kvalifikovanim advokatima.³²

U poređenju sa tijelima Ujedinjenih nacija za zaštitu ljudskih prava, kojima se može uputiti pojedinačna predstavka u roku od šest mjeseci nakon iscrpljivanja domaćih pravnih lijeka, rok od četiri mjeseca predstavlja specifičnost u okvirima međunarodne zaštite ljudskih prava.

Teško je procijeniti u kojoj mjeri skraćenje roka na četiri mjeseca ograničava pravo na tužbu ali se u ovom momentu može tvrditi da isto nije u značajnijoj mjeri ograničeno jer je riječ o neznatnom skraćenju. Ova izmjena je u svakom slučaju u skladu sa načelom pravne sigurnosti i doprinosi stabilnosti odluka nacionalnih vlasti. Ukoliko se pravo na predstavku ipak ograniči moguće je da se štetni efekti po aplikanta putem sudske diskrecije svedu na najmanju mjeru u slučajevima koji su posledica nepravde ili je pravo na pojedinačnu predstavku nesrazmjerno ograničeno ili ukinuto.³³

³⁰ Explanatory report, *op.cit.*, stav 21

³¹ Joint NGO statement on Protocol 15, *op.cit.*, strana 3.

³² Isto.

³³ Isto.

Uslov prihvatljivosti koji se odnosi na „značajno pretrpljenu štetu“

Poslednja izmjena koju donosi Protokol takođe se odnosi na uslov prihvatljivosti i to u odnosu na kontroverzni kriterijum kojeg je uveo Protokol br. 14 Konvencije. Prema postojećoj formulaciji člana 35 (st. 3 tačka b) Sud će proglasiti neprihvatljivom svaku predstavku ako smatra da aplikant nije pretrpio značajnu štetu osim ako interesi poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima traže ispitivanje osnovanosti predstavke te pod uslovom da se na toj osnovi ne odbaci ni jedan slučaj koji nije propisno razmotren pred domaćim sudom”. Svrha postojeće formulacije je da se Sudu omogući efikasno filterisanje predstavki. Ovaj novi uslov prihvatljivosti često je bio kritikovan da slabi pravo na pojedinačnu predstavku koja čini temelj sistema Konvencije.³⁴ Da bi se ublažile ove strepnje uvedena su dvije vrste zaštite od odbacivanja predstavke.³⁵ Prvo, zabrana da se čak i kada podnosilac predstavke nije pretrpio značajnu štetu, njegova predstavka ne može odbaciti ako poštovanje zajamčenih prava prema Konvenciji i njenim protokolima zahtjeva postupanje po ovoj predstavki. Druga vrsta zaštite odražava načelo supsidijarnosti prema kojem se predstavka ne može odbaciti na osnovu novog uslova ako određeni slučaj nije propisno razmatran od strane domaćeg suda.

Izmjena uvedena članom 5 Protokola eliminiše ovu poslednju zaštitu odnosno predstavka se može proglasiti neprihvatljivom bez obzira na to što „slučaj nije propisno razmatran od strane domaćeg suda”. Ova izmjena je pravdana namjerom da se dâ veći značaj maksimi *de minimis non curat*

³⁴ Vidjeti najnovije kritike ovog uslova prihvatljivosti u Dinah Shelton, *Significantly Disadvantaged? Shrinking Access to the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review, 2016.

³⁵ Explanatory Report to the Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, stavovi 80 i 81.

praetori to jest željom da se Sud rastereti od slučajeva trivijalne prirode. Smatrano je da je dovoljno da ostane prva zaštita koja se odnosi na obavezu da se slučaj odluči u meritumu ako to zahtjeva poštovanje ljudskih prava.³⁶ Time se daje na značaju postupanju samog Suda.

U zajedničkoj izjavi NVO-a se izražava žaljenje zbog uklanjanja drugog zaštitnog mehanizma od odbacivanja predstavki, posebno iz ugla izbjegavanja takozvanog uskraćivanja pravosuđa (*denial of justice*) jer bi trebalo obezbijediti da slučaj razmotri bar jedno sudsko tijelo.³⁷ Sa druge strane pozdravlja se zadržavanje druge vrste zaštite da se postupi u predmetu ako to zahtjeva interes poštovanja ljudskih prava.³⁸

U kojoj mjeri ova izmjena može doprinijeti efikasnosti rada Suda veliko je pitanje. Prema postojećoj odredbi predstavka se može odbaciti kao neprihvatljiva ako domaći sud nije na odgovarajući način postupao u određenom slučaju. U toj situaciji se postavlja pitanje da li Sud prestaje da bude jemac prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Konvencije. Značaj izmjene je u suštini mali jer se ovdje ipak radi o bagatelnim sporovima a i Sud svakako mora ispitati slučaj u meritumu ako isti provocira neko značajno pitanje ljudskih prava.

Izmjenu ovog uslova prihvatljivosti je interesantno sagledati iz perspektive suprostavljenosti percepcije uloge evropskog sistema zaštite ljudskih prava kao jemca individualne pravde i percepcije njegove uloge kao kvazi-ustavnog suda za Evropu.³⁹ Proglašenje predstavke neprihvatljivom na osnovu toga što podnosilac predstavke nije pretrpio „značajniju štetu” se ocjenjuje kao slabljenje

³⁶ Explanatory report to the Protocol No. 15, *op.cit.*, stav 23.

³⁷ Joint NGO statement Protocol 15, *op.cit.*, strana 3.

³⁸ Isto, strana 4.

³⁹ Opširnije o ovom pitanju vidjeti u Steven Greer, Luzius Wildhaber, *Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review (2012).

pojedinačnog prava na predstavku. Istovremeno, ovaj uslov prihvatljivosti će rasteretiti Sud od nebitnih stvari kako bi se bavio stvarima od fundamentalne važnosti za zaštitu ljudskih prava. Ovakav razvoj se može protumačiti kao tendencija jačanja ustavnih obilježja strasburškog sistema.

Zaključak

Ipostavilo se da proceduralne izmjene Konvencije koje sadrži Protokol nisu toliko sporne koliko kvazi-materijalna izmjena njene preambule. Modifikacija starosne granice za sudije, skraćenje roka za upućivanje predstavljenju, pojednostavljenje odricanja nadležnosti vijeća u korist Velikog vijeća i izmjena uslova prihvatljivosti koji se odnosi na „značajno pretrpljenu štetu” neće značajnije uticati na sposobnost Suda da se efikasno nosi sa narastućim brojem predstavljenju. Riječ je o korisnom ali i veoma malom reformskom zahvatu koji nema prirodu dugoročne i sveobuhvatne rekonstrukcije arhitekture strasburškog sistema.⁴⁰

Dopuna preambule Konvencije na način da se izričito navode metodi tumačenja kao što su načelo supsidijarnosti i doktrina polja slobodne ocjene jeste neuobičajena ali sa pravno-tehničke strane ova izmjena nema veći značaj jer se preambulom ne mogu predvidjeti neposredna prava i obaveze. Međutim, ako se ova izmjena posmatra u kontekstu pojačanog euro-skepticizma i kritike sistema Konvencije svake vrste, može se zaključiti da je Protokol još jedan korak ka većoj fleksibilnosti država u ispunjavanju obaveza iz Konvencije. Pozivanje na pomenuta načela (koja u suštini podrazumijevaju pasivno držanje Suda) u kombinaciji sa pomenutim procesnim ograničenjima prava na predstavku, mogu dugoročno oslabiti

⁴⁰ Aktuelni predsjednik Suda *Dean Spielmann* takođe smatra da Protokol ne predstavlja „dalekosežnu reformsku mjeru već skroman paket”. Vidjeti u *Dean Spielmann, Whither the Margin of Appreciation?* UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture, 20 March 2014, strana 6.

zaštitu ljudskih prava na evropskom nivou. Bez obzira na sve, teško je zamisliti da će se Sud odreći svoje uloge aktivnog razvijanja standarda Konvencije.

SUMMARY

The Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is a result of controversial development that culminated at the Brighton conference. The Protocol brings five amendments to the Convention, mostly of a procedural nature. These changes are primarily designed to ensure the authority of the Court, to enhance the effectiveness of its decisions, and to further streamline the application mechanism. The most important procedural amendment is one that will make it easier for the Court to reject an application on account of its trivial nature. These are, however, small-scale reforms that will likely not boost the procedural effectiveness of the Court. The most controversial is the amendment of the Preamble of the Convention in terms of adding a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation. At this point, one cannot adequately assess whether this amendment would mean more flexibility for the contracting states in discharging their obligation under Convention or it is rather considered as a codification of the existing practice.

mr Sergej SEKULOVIĆ¹

**STEČENA PRAVA I SOCIJALNA POLITIKA
pitanja i izazovi**

“Ako neko misli da danas vlada uz pomoć prava koje će važiti sutra ali za juče, to znači da on želi da vlada praznim riječima”

Lon Fuller-Moralnost prava

Ovaj rad ima za primaran cilj da otvori polemiku o odnosu stečenih prava i socijalne politike u kontekstu retroaktivnog dejstva socijalnog zakonodavstva i dilema koje se javljaju usljed antinomije ustavnog određenja Crne Gore kao države socijalne pravde i demokratije kao takve. Takođe, motivacija se nalazi i u praktičnim implikacijama najavljene promjene socijalnih davanja popularno nazvanih “naknade za majke” - radi uravnoteženja prihodne i rashodne strane budžeta stižu najave redefinisanja naknada majkama sa troje i više djece²-, uz pokušaj davanja nekih odgovora koje promjena socijalne politike u ovom smislu nosi. Dakle, radi se o pokušaju teorijskog objašnjenja pojma stečenih prava sa preporukama praktične politike, bez pretenzija na davanje finalnih određenja.

I

Možemo se za početak složiti da princip stečnih prava i zabranje retroaktivnog dejstva zakona nije adekvatno tretiran u teoriji i proizvodi probleme u praksi³. U tom smislu Ustavni sud Crne Gore u svojoj odluci ističe: “Ustavni sud ukazuje da

¹ Autor je advokat.

² Kolokvijalan naziv za Zakon o socijalnoj i dječijoj „Sl.list CG“, br.27/13 i 01/15; odnosno o dopuni istog članovima 54a i 54b.

³ Za širi uvid pogledati: Ćorić Dragana: Princip stečenih prava i retroaktivno dejstvo zakona; doktorska disertacija,Pravni fakultet Niš,2011.

Ustav ne zadrži institut "stečeno pravo" kao posebno ustavno pravo".⁴ Kako bismo mogli definisati stečena prava?

Pravo koje je stečeno za vrijeme važenja jednog zakona, ili je možda njegovo sticanje započeto za vrijeme važenja jednog zakona, a čija već stvorena sadržina, oblik i započeti način sticanja ne mogu biti promijenjeni, otežani ili u potpunosti oduzeti drugim, novim zakonom. Ovo bi bila idealna situacija iz pozicije principa pravne sigurnosti⁵, koji je, da podsjetimo, jedan od stubova principa vladavine prava. Kako društveni odnosi nisu statične kategorije pravni sistemi poznaju i priznaju retroaktivnu primjenu zakona, koja je javlja kao antipod sigurnosti i izvjesnosti u primjeni pravne norme.⁶ Ovdje se otvara pitanje retroaktivnosti zakona, jer poštovanje stečenih prava i retroaktivnost stoje sa tačno suprotnih strana. Drugim riječima, imamo sukob principa. Stečena prava kao izvor pravne sigurnosti i retroaktivno dejstvo zakona, koje se može koristiti kao izuzetak, ali kako Dworkin kaže uz javno saopštavanje razloga koji u sebi ima elemente pravičnosti, traže tačku kompromisa koja nerijetko zahtijeva umjetničku kreativnost.

Retroaktivnost, ili povratnu snagu zakona mogli bi definisati kao takvo dejstvo zakona, kojim se nova regulacija određenog društvenog odnosa proteže unazad, što znači da se neka norma primjenjuje i u pogledu odnosa koji su zasnovani i u vrijeme važenja drugog zakona, prirodno i pod drugačijim režimom nego što je to bio slučaj.

⁴ Odluka Ustavnog suda u predmetu „vojni penzioneri“; „Službeni list Crne Gore“ br.78/10. Iako Ustav Crne Gore ne sadrži ističitu normu koja se odnosi na stečena prava, on to čini indirektno kroz propisivanje da je Crna Gora država zasnovana na vladavini prava, kao i kroz član 152 Ustava.

⁵ Interesantna je klasifikacija pravne sigurnosti koju iznosi Dragana Ćorić u pomenutom radu. Tako se pravi razlika između formalne pravne sigurnosti (predvidivost prava); faktičke pravne sigurnosti (stabilnost, kontinuitet) i substantivne pravne sigurnosti (prihvatljivost prava), str.197.

⁶ Ustav Crne Gore u članu 147 stav 2 propisuje: " Izuzetno, pojedine odredbe zakona, ako to zahtijeva javni interes utvrđen u postupku donošenja zakona, mogu imati povratno dejstvo".

Ovdje se otvaraju brojna pitanja. Što tačno znači” zasnovani pravni odnos”, odnosno da li se radi o odnosu koji je iscrpio svoju egzistenciju, ili njegova dejstva i dalje traju? Da li se radi o odnosu koji je do kraja zaokružen ili se radi o pravnom stanju, dakle odnosu koji tek treba da se dovrši, konstituiše. Da li je retroaktivnost indiferentna/neutralna u odnosu na pravnu prirodu određenog odnosa, ili važe isti kriterijumi u slučaju građansko-pravnog, krivično-pravnog, upravno-pravnog odnosa? Da završimo ovaj set pitanja, koji se svakako ovim ne iscrpljuje, dilemom: može li se, i na koji način reagovati, tretirati kao stečeno pravo, ono pravo za koje se utvrdi da je proizašlo iz diskriminatornog propisa? Prije nego pokušamo dati odgovore na postavljena pitanja moramo se pozabaviti pojmom države socijalne pravde. Za potrebe ovog rada državom socijalne pravde se bavimo u kontekstu odnosa sa demokratskim principom. U kojoj mjeri jedno načelo ugrožava drugo? Gdje su granice?

Ustav Crne Gore u članu 1 stav 2 definišući karakter države Crne Gore kaže: “ Crna Gora je građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde, zasnovana na vladavini prava.⁷ M. Vukčević ističe da socijalna pravda treba da ublaži negativne posljedice koje mogu nastupiti u uslovima tržišne privrede, te da ovaj princip potvrđuje da je jedna od osnovnih funkcija države obezbjeđenje socijalne sigurnosti građana i garantovanje drugih socijalnih prava.⁸ Dakle, ovu odrednicu moramo shvatiti ozbiljno. Ustavni sud Crne Gore definišući pravnu prirodu i položaj socijalnih prava kaže u svojoj odluci⁹: “Ustavni karakter socijalnih prava zajemčenih Ustavom, podrazumijeva dva osnovna zahtjeva države socijalne pravde: država, odnosno javna vlast, dužna je da sprovodi politiku pravedne i jednake redistribucije

⁷ „Službeni list CG, broj 1/07,

⁸ Mladen Vukčević: Komentar Ustava Crne Gore, DPC, Podgorica, 2015. nstr.54

⁹ U-I br.14/13 od 21.03.2016.godine

nacionalnih resursa, radi izjednačavanja (ekstremnih) nejednakosti, s jedne strane, a zakonodavna i izvršna vlast da realizuju sklad između ograničenih sredstava državnog budžeta i socijanih garancija utvrđenih Ustavom, s druge strane. Sadržaj koncepta države socijalne pravde, pa i Ustavom priznata socijalna prava, apstrakne su prirode, iako različitih nivoa apstrakcije. To, po ocjeni Ustavnog suda, proizilazi iz činjenice da sva Ustavom predviđena socijalna prava ustavotvorac prepušta na uređenje i razradu zakonodavcu, pri čemu to ovlašćenje najčešće nije izričito. Stoga se ustavne odredbe o socijalnoj državi i socijalnoj pravdi, pa i o priznatim socijalnim pravima, ne mogu primjenjivati neposredno, već je potrebna njihova prethodna zakonska razrada, a vrlo često i njihova dalja konkretizacija putem donošenja podzakonskih propisa za izvršenje zakona”.

Nužno je citirati mjerila koja je oblikovao Savezni ustavni sud Njemačke u predmetu BVerfGE 59, 231, a u pogledu dopuštene ustavnosudske kontrole zakonodavne djelatnosti s aspekta države socijalne pravde: “ Načelu socijalne države može pripasti značenje prilikom tumačenja osnovnih prava kao i tumačenja i ustavnopravne ocjene – prema mjerilu zakonskih ograničenja– zakona koji ograničavaju osnovna prava. Ono, međutim, nije pogodno za ograničavanje osnovnih prava neposredno, bez bliže konkretizacije koju sprovodi zakonodavac. Ono zasniva obavezu države da se brine za pravedan socijalni poredak; pri ispunjenju ove obaveze zakonodavcu pripada širok prostor slobodnog odlučivanja. Načelo socijalne države, prema tome, postavlja državi određeni zadatak, ali ne govori kako se takav zadatak u pojedinostima mora ispuniti- da je drugačije, načelo socijalne države dospjelo bi u koliziju s načelom demokratije; demokratsko uređenje, bi kao poredak slobodnog političkog procesa , bilo bitno ograničeno i uskraćeno kada bi političkom oblikovanju volje prethodno bila zadata ustavnopravna obaveza upravo tog i nijednog drugog rješenja. Zbog takve

otvorenosti načelo socijalne države ne može osnovnim pravima postavljati neposredne granice”. Dakle, ukoliko bi sistem socijalnog zakonodavstva bio fiksiran, demokratsko odlučivanje građana na izborima, koji se ,između ostalog, opredjeljuju i na osnovu ponuđenih socijalnih politika, izgubio bi smisao, ili sve buduće generacije bile bi taoci jedne koja je pravila postavila. Ovo je nedopustivo sa pozicija demokratskog procesa, ali i racionalni razlozi govore da je ovakva statika u društvenim odnosima objektivno nemoguća.

Dakle, ustavno određenje, u kontekstu naše teme, o državi socijalne pravde treba shvatiti ozbiljno, ali ne i “previše”. U tom smislu Ustavni sud Crne Gore u citiranoj Odluci: “U pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava zakoni moraju biti opšti i jednaki za sve, a zakonske posljedice trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primjenjivati. Iz navedenih odredaba Ustava, takođe, proizilazi da se zakonom, u skladu sa Ustavom, uređuje način ostvarivanja ljudskih prava i sloboda, kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje, pa i prava na penzijsko osiguranje, kao dijela prava na socijalno osiguranje. S tim u vezi, zakonodavac je ovlašćen da to pravo propiše, a samim tim, da ga mijenja, dopunjava i ukida u zavisnosti od različitih okolnosti, kao što su finansijska mogućnost države, sprovođenje mjera socijalne politike i sl... ograničenja slobode zakonodavca proizilaze iz načela vladavine prava, kao što su: zabrana diskriminacije, jednakost i zabrana povratnog dejstva zakona i drugog propisa.¹⁰”. Citirani djelovi ove odluke nas vraćaju da postavljena pitanja sa početka rada.

¹⁰ ...Evropski sud za ljudska prava diskriminaciju označava kao različit tretman istih ili sličnih slučajeva, kada za to nema razumnog i objektivnog opravdanja, odnosno, ako ne poatoji legitiman cilj kome se teži, ili ne postoji srazmjera(proporcionalnost) između cilja i načina na koji se ovaj legitiman ilj želi postići. Prema praksi ESLJP o postojanju polja slobodne procjene koje imaju države članice u primjeni člana 14. Konvencije...široko područje slobodne procjene postoji kada je riječ o nejednakostima u socijalnoj politici, odnosno u sastavu socijalne sigurnosti države članice, u

II

Za početak, potrebno je drugačije pretirati pitanje retroaktivnosti s obzirom na pravnu granu koja određeni društveni odnos reguliše. Kada govorimo o stečenim pravima, logično da se radi o pravnim normama koje adresate ovlašćuju na određeno ponašanje, i pružaju garancije za dobijene pogodnosti. Ukoliko se radi o zabranjujućim normama ili naređujućim, prirodno da pravila o stečenim pravima ne mogu da važe jer bi to predstavljao *contradictio in adjecto*. Nesporno je da je retroaktivnost dozvoljena u slučaju krivičnog zakonodavstva, ali samo u slučaju ukoliko je to povoljnije za učinioca krivičnog djela. Sličana postavka bi se mogla primijeniti i u slučaju npr. poreskog zakonodavstva, ako to ne bi vodilo diskriminaciji. Potpuno različita situacija se javlja u slučaju građansko-pravnih odnosa, jer se i sam termin stečena prava veže za potrebu da se osnovnim institutima ove grane prava, kao što su svojina i ugovor, da snaga vječnog, prirodnog prava. U tom smislu korisno je citirati pravni zaključak usvojen na savjetovanju Saveznog suda, Vrhovnog vojnog

kojim slučajevima sud, po pravilu, poštuje izbor zakonodavne politike države ugovornice, osim ako je očigledno bez razumne osnove...nadležni državni organi imaju široko polje slobodne ocjene...I u oblasti penzija, koje u interesu socijalne pravde mogu legitimno prilagođavati, ograničavati ili čak smanjivati njihov iznos..s tim što se sve te mjere moraju sprovesti na deskriminirajući način i moraju biti u skladu sa uslovom proporcionalnosti.”...” Povratno dejstvo zakona, propisa i opšteg akta, po ocjeni Ustavnog suda, postoji u slučaju kada se zakon, drugi propis i opšti akt primjenjuje na odnose koji su već izvršeni prije nego je propis stupio na pracnu snagu. Osnovni cilj ustavne zabrane povratnog dejstva zakona, iz odredbe člana 147 Ustava, po ocjeni Ustavnog suda, je zaštita načela pravne sigurnosti, kao I mogućnosti izuzetka od tog pravila, radi zaštite opravdanih društvenih interesa. U tom smislu, odnose koji su nastali i završili se u prošlosti nije zabranjeno uređivati naknadno, posebno ako se tim uređivanjem konstituišu prava u korist određene skupine korisnika, koja im do tada nijesu bila priznata u domaćem pravnom poretku...Ustavni sud ukazuje da Ustav ne sadrži institute “stečeno pravo”kao posebno ustavno pravo...”.

suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Crne Gore i Višeg Privrednog suda od 24-26.09.1996. godine u Subotici:

- 1) "Po pravilu, novi zakon ima retroaktivno dejstvo (retroaktivna primjena zakona) kada drukčije reguliše u vrijeme starog zakona već svršene(realizovane) ugovorne i vanugovorne (zakonske i druge) pravne situacije.
- 2) Za slučaj trajnih pravnih situacija"u toku dejstva"koje postoje dijelom u vrijeme važenja starog, a dijelom u vrijeme važenja novog zakona, novi zakon se, u principu, neposredno primjenjuje(neposredna primjena novog zakona), na još "nesvršena fakta"počev od dana njegovog stupanja na snagu. Na "svršena fakta"primjenjuje se stari zakon, kako u pogledu vanugovornih, tako i ugovornih trajnih pravnih situacija, ako iz zakona ne slijedi nešto drugo. Ali, kad je ugovorna pravna situacija"u toku dejstva"regulisana dispozitivnim a ne imperativnim normama novog zakona, treba primijeniti stari zakon i u vrijeme važenja novog zakona(produženo dejstvo starog zakona) ako se to ne protivi društvenim interesima ili ako novim zakonom nije drukčije određeno."

Koliko se radi o problematičnoj materiji, gdje je teško postavljati granice može se uočiti i iz odluke Ustvanog suda Srbije povodom inicijative vezane za pitanje stalnosti sudijske funkcije:

" ...da navodi inicijatora da se osporenim odredbama Zakona "dira u stečena prava sudija izabranih u skladu sa ranije važećim zakonima", odnosno da sudijska funkcija prestaje mimo zakonom propisanih uslova za njen prestanak. Izbor na funkciju sudije, prema shvatanju Ustavnog suda, ne predstavlja stečeno subjektivno pravo, već se sudijska funkcija, kao javna funkcija, stiče i prestaje na način i pod uslovima utvrđenim važećim Ustavom i zakonima koji su donijeti na osnovu njega. Posebno, garancija u smislu "stečenih prava" ne može biti kada je riječ o potpuno novom

ustrojstvu mreže i organizacije sudova i djelimično novoj nadležnosti sudova zasnovanim na odredbama Ustava koji je na snazi.”¹¹

Teorijski osnov da za razlikovanje svršenih i trajnih pravnih situacija možemo naći u razmišljanjima Lona Fulera o ovoj temi, gdje se pravi distinkcija između primarne retroaktivnosti i sekundarne retroaktivnosti. Tako primarna retroaktivnost mijenja pravne posljedice samih aktivnosti počinjenih u prošlosti, dok sekundarna retroaktivnost znači da novi zakon utiče na zakonitost prošlih radnji u budućnosti...s tim što bi u slučaju primarne retroaktivnosti stečena prava bila povrijeđena, jer bi se mijenjao krajnji ishod radnji počinjenih u prošlosti, dok u drugom slučaju do povrede, strogo uzev, ne bi ni došlo, jer se mijenjaju i uslovi za sticanje nekih prava.¹²

Da se vratimo osnovnom pitanju: može li se ograničiti ili ukinuti naknada za majke sa troje i više djece odgovarajućim izmjenama Zakona o socijalnoj i dječijoj zaštiti? Na osnovu gove navedenog, odgovor i nije toliko težak, ako se izuzme to da je po slovu Ustava Crna Gora država socijalne pravde. Da bi čitavu stvar opet iskomplikovali moramo uvesti i pravo na mirno uživanje imovine i čuveni princip proporcionalnosti. Svakako ne smijemo propustiti i da se osvrnemo na mišljenje

¹¹ Dostupno na: <http://www.sudije.org.yu/Members/marko/resenjeussuda>.

¹² Lon Fuller: Moralnost prava; CID, Podgorica, str. 211-212.

Navedena misljenja čini se da prate i crnogorski organi uprave. U mišljenju Ministarstva rada i socijalnog staranja br.56-700/2013-2 od 26.11.2013.godine se navodi: „Shodno navedenom, korisniku prava na osnovna materijalna davanja pravo može prestati u bilo kom vremenskom periodu ako više ne ispunjava uslove za ostvarivanje prava...u skladu sa navedenim, smatramo da se ne može govoriti o stečenim pravima, npr. kao kada je u pitanju ostvarivanje prava na penziju(?!)...uslovi za ostvarivanje prava iz socijalne i dječije zaštite mogu se mijenjati zavisno od razvoja sistema socijalne i dječije zaštite i materijalnih mogućnosti države. Članom 176 Zakona o socijalnoj i dječijoj zaštiti postiže se ravnoteža u korišćenju prava korisnika koji su to pravo ostvarili po predhodnom zakonu i korisnika koji ostvaruju pravo po novom zakonu.

Zaštitnika ljudskih prava i sloboda kao institucionalnog mehanizma za zaštitu od diskriminacije.

III

Analizom uslova i posljedica koje mjere propisane čl. 54a I 54b ZDZSDZ proizvode u odnosu na žene koje ne ispunjavaju zakonske uslove za ostvarivanje prava na doživotnu naknadu po osnovu rođenja, može se zaključiti da je ovakva situacija suprotna principu nediskriminacije, utvrđenom u članu 8 Ustava Crne Gore i Zakonu o zabrani diskriminacije kojim je u članu 2. Zabranjen svaki oblik diskriminacije po bilo kom osnovu, uključujući i porodično stanje i /ili neki drugi status.¹³ U tom kontekstu Zaštitnik preporučuje resornom ministarstvu Skupštini Crne Gore: da otklone suštinsku nejednakost prema različitim kategorijama žena koje su obuhvaćene spornim odredbama Zakona o socijalnoj i dječijoj zaštiti radi zaštite materinstva i podsticaju jačanju demografskih trendova u državi. Pri tome nužno je uspostaviti odgovarajući sistem zasnovan na antidiskriminatornom pristupu, odnosno legitimnosti različitog postupanja, ostvarenju cilja u javnom interesu, te proporcionalnosti primijenjenih sredstava u odnosu na cilj koji se želi postići (podsticaj natalitetu i/ili prirodnom priraštaju).¹⁴ Svako da su namjere Zaštitnika, usljed samog karaktera institucije, drugačije od preporuka Centralne banke, odnosno nisu usmjerene na finansijsku konsolidaciju, već na pretpostavljeno širenje obima prava i kruga korisnika. Sa druge strane

¹³ Mišljenje br. 38/16 od 30.06.2016. godine.str.14. Zaštitnik je u navedenom mišljenju primijenio standardni test diskriminacije: a) da li za navedeno razlikovanje postoji objektivno i razumno opravdanje; polazeći od stava da se postojanje takvog opravdanja mora cijeliti u odnosu na cilj i posljedice razmatrane mjere, uz uzimanje u obzir načela koja najčešće prevladavaju u demokratskom društvu;b) da li je cilj koji se postiže zakonskom mjerom legitiman i opravdan; c) da li postoji srazmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju težilo.

¹⁴ Isto.

otvaraju pitanje: ukoliko bi Ustavni sud proglasio sporne članove neustavnim kakva bi posljedica uslijedila za adresate; da li bi ovakva odluka djelovala retroaktivno ili ne? Slijedeći raniju praksu, odnosno tumačenje člana 152 Ustava Crne Gore, odgovor bi bio negativan.¹⁵ Međutim, na ovaj način se ne rješava postavljeni cilj finansijske konsolidacije, dok bi sa druge strane to značilo i ostanak u realnom životu posljedica koje po mišljenu Zaštitnika stvaraju diskriminatorski odnos, pa se čini da će se ići drugim putevima.

Da li su korisnici, kao i oni koji su u postupku odlučivanja po njihovim zahtjevima pod zaštitom prava na mirno uživanje imovine, odnosno da li su stekli legitimno očekivanje na svakomjesečnu isplatu novčanih davanja? Drugačije rečeno, ukoliko se naknade ukinu, hoće li doći do kršenja Protokola br.1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda?

Za ovu priliku pozvaćemo se na odluku po ustavnoj žalbi Ustavnog suda Crne Gore, koja se poziva na pravna rezonovanja Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Lakićević i ostali protiv Crne Gore i Srbije.¹⁶ Mišljenja smo da se radi o dovoljno uporedivoj situacija, u kontekstu naše teme. U obrazloženju se, između ostalog, ističe: "da Protokol br.1 član 1. Uz Evropsku konvenciju štiti fizička i pravna lica od proizvoljnog miješanja države u njihovu imovinu i dozvoljava miješanje u imovinska prava, samo ako ono ima za cilj neki opšti ili javni interes, uz poštovanje principa proporcionalnosti...pravo na penziju ulazi u pojam imovine...kada država potpisnica ima na snazi zakone koji predviđaju plaćanja, kao što su pravo na penziju-uslovljena ili

¹⁵ Član 152. St.2: „Zakon iili drugi propis, odnosno pojedine njihove odredbe, za koje je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nijesu saglasne sa Ustavom ili zakonom, ne mogu se primjenjivati na odnose koji su nastali prije objavljivanja odluke Ustavnog suda ako do tog dana nijesu pravosnažno riješeni“. Ovakvo određenje je u skladu sa modelima zaštite stečenih prava iznijetih u radu.

¹⁶ UŽ-III br.188/12 od 02.10.2012.godine.

ne prethodnim plaćanjem doprinosa, taj se zakon ima posmatrati kao onaj koji stvara vlasnički interes, koji potpada pod čl.1. Protokola 1. Stoga, smanjenje ili diskontinuitet penzije može predstavljati miješanje u pravo na imovinu, koje se mora opravdati.”¹⁷U konkretnom predmetu mjera regresnog zahtjeva prema korisniku penzije čija je isplata promjenom propisa suspendovana, ocijenjena je restriktivnom, tj. nije zadovoljila zahtjev proporcionalnosti.

Umjesto zaključka

Princip pravne sigurnosti je temelj moderne države. Stabilnost i predvidivost pravne norme, uz jednakost u primjenim jesu osnovni elementi moralnosti pravnog sistema. Tačno je da se ponekad, u ekstremnim situacijama, nalazimo u iskušenju. Ono se primarno javlja pri prelascima iz totalitarnog uređenja društva u demokratsko, kada dolazi do pravno-političkog diskontinuiteta, mada ni tada nije jednostavno postaviti granice.¹⁸ Kako su društveni odnosi dinamični, i u neturbulentnim vremenima, pravo mora, idući za životom, da trpi izmjene. Nekada, i to potpuno ispravno, zakonodavac, ili sudija, zavisi od pravnog sistema, mada se razlike smanjuju, sam kreira društveni dinamizam. Međutim, česte izmene nisu dobre, pogotovo ukoliko se one odnese na fundamentalne aspekte života. U tom smislu donošenju zakona se mora pristupiti na adekvatan način. Metaforički rečeno, potezi koji se vuku tokom zakonodavnog procesa, trebaju biti izvedeni sa hirurškom preciznošću. Ovo podrazumijeva jačanje čitavog političkog sistema te povećanje odgovornosti i saradnje aktera, kako bi se dolazilo do adekvatne ravnoteže između stabilnosti i dinamizma.

¹⁷ Rasmussen protiv Poljske, br.38886/05, stav 71. Od 28.04.2009.godine.

¹⁸ Lon Fuller,u navedenom djelu, otvara ovo pitanje na genijalan način, str.207-215.

Ovaj rad nije imao pretenziju da sveobuhvatno pristupi temi. Kao što je rečeno, osnovna namjera se ogleda u otvaranju debate, jer se radi o pitanjima koja nisu dovoljno rasvijetljena i koja traže dublji analitički pristup, kao i teorijska uopštavanja. Sama činjenica da se o stečenim pravima ne može govoriti, sa aspekta pravnog sistema, jednoobrazno, dovoljan je argument.

Što se naše teme tiče, da zatvorimo krug. Zakonodavac će moći ući u promjene ove vrste socijalnih davanja, ali to mora snažno argumentovati. Promjene moraju pogoditi društveni (u smislu pravedne socijalne politike) cilj i ne smiju otvoriti prostor za diskriminativan odnos. To što je manevarski prostor prilično širok, ne znači da nema granice. Činjenica da smo država socijalne pravde se ne može tek tako ignorisati.

SUMMARY

The author was dealing with the connection between social policy and legal certainty in the context of retroactive laws. There is no rule of law without legal certainty. Stability and predictability of legal norms, with equality in implementation, makes legal system morality. But, also there is no democracy without possibility of changing social policy. But, some key factors must be protected, like principle of proportionality, based on European court of human rights, and welfare state as a constitutional framework for political action. In that context some decisions of the Constitutional Court and European Court of human rights were used. The author is hoping that social debate is just opening.

Mr Minja SIMOVIĆ¹

VJEŠTAČENJE U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU

Raznovrsnost pravnih odnosa u pravnom prometu, razvoj ljudskog znanja i napredak tehnologije i nauke, dovode do sve veće potrebe za angažovanjem vještaka u građanskim sudskim postupcima. Angažovanje stručnih lica je toliko često u sporovima da gotovo da ne postoje sudski postupci u kojima se kao dokazno sredstvo ne pojavljuju vještaci. Vještaci, kao dokazno sredstvo dolaze, u praksi odmah nakon dokaznog sredstva svjedocima, s tim da rezultati vještačenja u dokaznom pogledu imaju apsolutnu prednost u odnosu na iskaz svjedoka i može se reći da imaju snagu izvjesnosti i objektivne istine.²

Vještaci su osobe pozvane da pred sudom, koristeći se svojim stručnim znanjem, iznesu svoja zapažanja o činjenicama koje su relevantne za utvrđivanje istinitosti navoda od kojih zavisi ishod parničnog postupka. Vještak se određuje sa liste stalnih sudskih veštaka za određenu vrstu veštačenja, a u nekim slučajevima vještačenje se može povjeriti i stručnoj ustanovi (fakultetu, institutu, bolnici). I u tom slučaju vještačenje isključivo obavlja fizičko, a ne pravno lice. Vještačenja mogu biti raznovrsna, u skladu sa utvrđivanjem neke sporne činjenice. Bez obzira na granu nauke, vrstu tehnike ili vještine, vještaci su dužni pridržavati se pravila struke i nauke koja im nalažu određena načela. Ova načela u vještačenjima, bez obzira na područje struke, jesu: princip zakonitosti, princip utvrđivanja nepravnihi činjenica, princip

¹ Advokat, doktorant Pravnog fakulteta UCG

² Stanković, Drago, Ekspertiza vještaka i istina, Vještak – 11 (1993)

inicijative veštaka, princip nezavisnosti u radu, princip objektivnosti vještaka i princip unutrašnjeg uvjerenja veštaka. Predmet dokazivanja vještačenjem su tvrdnje stranaka o postojanju ili nepostojanju činjenica od kojih zavisi primjena mjerodovanog prava, dok na pravna pitanja vještak ne daje odgovore. Dužnost stranke na kojoj je teret dokazivanja, jeste da u postupku sudu predloži vještačenje kao dokaz, ukoliko želi da sud uvjeri u istinitost svojih navoda, određene tvrdnje ili teze na kojoj počiva istaknuti zahtjev stranke. Dakle, sud ovaj dokaz ne provodi po službenoj dužnosti u parničnom postupku, za razliku od krivičnog postupka.

Sud će izvesti dokaz vještačenjem na predlog stranke onda kada je radi utvrđivanja ili razjašnjavanja neke činjenice neophodno stručno znanje.

U postojećoj praksi sudova, rješenja o određivanju zadatka vještaku odnosno vještačenja, u pravilu su kratka bez jasno određenog zadatka vještaku, bez navođenja spornih činjenica na koje on treba dati odgovor. Međutim, za uspješnost konkretnog vještačenja, sud bi morao vještaku dati potrebna uputstva i jasno definisan zadatak. Sud angažuje vještaka kada je potrebno takvo stručno znanje kojim sudija ne raspolaže i koje bitno prevazilazi nivo znanja koje sudija na tom području dostiže obrazovanjem sudije i životnim iskustvom.³

S tim u vezi, veoma je važno da sudija pravilno procijeni kada je njegova sopstvena stručna sprema ili posebno stečeno stručno znanje na takvom nivou da može sam cijeniti neku spornu činjenicu koja pripada nekom tehničkom, umjetničkom ili naučnom području, da pri tome ne precijeni, ali niti potcijeni svoje znanje, što u krajnjem slučaju u praksi može dovesti do nezakonite odluke.

Obzirom na zadati zakonski okvir vještaci, uz uviđaj, isprave, svjedoke i saslušanje stranaka predstavljaju samo

³ Stanković, Zoran, Veštačenje i veštaci u parničnom postupku str. 19, u: Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete, urednici: Gavriilo Šćepanović, Zoran Stanković i Zdravko Petrović i saradnici.

jedno od dokaznih sredstava, pomoću kojih stranke dokazuju svoje navode tokom konkretnog parničnog postupka. Dokazivanje je procesna aktivnost u kojoj parnične stranke preduzimaju parnične radnje u ispitivanju dokaznih sredstava radi utvrđivanja istinitosti njihovih tvrdnji i pretpostavki o činjenicama koje su bitne za primjenu prava. Teret dokazivanja je dužnost procesnog subjekta da sudu pruži dokazna sredstva pomoću kojih se sud može uvjeriti u istinitost određene tvrdnje ili teze na kojoj počiva istaknuti zahtjev stranke. Stranke su dužne iznijeti činjenice na kojima baziraju svoje zahtjeve i predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Sud nije ovlašćen utvrditi činjenice koje stranke nisu iznijele i izvesti dokaze koje stranke nisu predložile, osim ukoliko posumnja da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati, ako zakonom nije drugačije određeno. Koje će činjenice uzeti kao dokazne odlučuje sud prema svom uvjerenju na osnovu savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, a i na osnovu rezultata cjelokupnog postupka. ZPP je prihvatio sistem slobodne ocjene dokaza (slobodnog sudijskog uvjerenja), uz neka ograničenja.

Pojam vještačenja i vještaka

Poslovi vještačenja, prema novom Zakonu o sudskim vještacima, predstavljaju stručne aktivnosti čijim se vršenjem, uz korišćenje naučnih, tehničkih i drugih dostignuća, sudu, državnom tužilaštvu, odnosno drugom organu koji vodi postupak, pružaju potrebna stručna znanja koja se koriste prilikom utvrđivanja, ocjene ili razjašnjenja pravno relevantnih činjenica.⁴

Vještačenje je parnična radnja u okviru koje vještak, kao lice koja raspolaže posebnim naučnim ili stručnim znanjem i iskustvom, primjenjuju naučna i stručna znanja, vještine i

⁴ Zakon o sudskim vještacima, „Službeni list CG“ br.54/2016 od 15.08.2016.godine, stupio na snagu 23.08.2016.godine

metode na činjenice koje predstavljaju predmet vještačenja. Vještačenje je, dakle, parnična radnja kojom se pribavlja posebni dokaz - iskaz vještaka i kao takva pridonosi ostvarenju načela traženja materijalne istine.

Vještačenje obavljaju fizička i pravna lica koja ispunjavaju uslove predviđene Zakonom o sudskim vještacima, državni organi u okviru kojih se može obaviti vještačenje, kao i naučne i stručne ustanove. Izuzetno, u pojedinim slučajevima, ukoliko u Državi Crnoj Gori nema vještaka odgovarajuće struke, ili postoje drugi pravni ili stvarni razlozi zbog kojih vještaci iz naše države ne mogu obaviti vještačenje u konkretnom predmetu, poslove vještačenja može obaviti i vještak iz druge države, koji ispunjava uslove za vršenje poslova vještačenja prema zakonima te države.

Zakonom o sudskim vještacima propisano je da fizičko lice može biti postavljeno za vještaka ako pored opštih uslova za rad u državnim organima, ispunjava i sljedeće posebne uslove, i to da: -ima visoko obrazovanje, VIII-nivo kvalifikacije obrazovanja; - ima najmanje pet godina radnog iskustva u struci; - posjeduje stručno znanje i praktična iskustva za određenu oblast vještačenja. Izuzetno, za vještaka se može postaviti i lice koje ima najmanje srednje obrazovanje, ukoliko nema dovoljan broj vještaka za određenu oblast. Stručno znanje i praktična iskustva za određenu oblast vještačenja dokazuju se ostvarenim rezultatima u struci, kao i mišljenjima ili preporukama sudova, državnih tužilaštava ili drugih organa. Pravno lice može takođe vršiti vještačenje. Naučne i stručne ustanove (fakulteti, instituti i sl.) i drugi organi u okviru kojih se može vršiti vještačenje, vrše vještačenje na način što određuju jednog ili više stručnjaka odgovarajuće specijalnosti ili obrazuju komisije ili odbore sastavljene od naučnih i

stručnih radnika koji su zaposleni kod njih koji će izvršiti vještačenje.⁵

Vještaci su lica koje sudu na osnovu svog stručnog znanja iznose svoja zapažanja o predmetu vještačenja (nalaz) i svoje zaključke o određenim činjenicama izvedene na osnovu rezultata toga ispitivanja (mišljenje). Vještak je lice pozvano da pred sudom, koristeći se svojim stručnim znanjem, iznese: svoja sadašnja stručna zapažanja potrebna za utvrđenje sadržaja neke relevantne činjenice (nalaz) i svoje stavove o značenju, vjerovanju, uzrocima i posljedicama određenih činjenica koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti u dokazivanju (mišljenje). Sud treba izvesti dokaz vještačenjem kad je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže (član 243).⁶

Sud bi, po pravilu, trebao pozvati vještaka uvijek kad je potrebno takvo stručno znanje koje bitno prelazi nio znanja koje na tom području sudija obično dostigne. Kriterijum je stepen znanja čovjeka koji posjeduje opšte obrazovanje i životno iskustvo kao sudija.⁷ Uloga vještaka u parničnom postupku je da svojim stručnim znanjem utvrde okolnosti na osnovu kojih sam sud mora zaključiti o postojanju odnosno nepostojanju odlučnih činjenica.

Izvođenje vještačenja ima prednost pred oslanjanjem na stručno znanje suda jer se nalaz i mišljenje vještaka podvrgavaju diskusiji i kritici na raspravi na kojoj učestvuju stranke.⁸ ZPP sadrži samo opšte odredbe o vještačenju kojima se, ponajviše, propisuje procesni tok vještačenja. Pravilnost

⁵ Zakon o sudskim vještacima, „Službeni list CG“ br.54/2016 od 15.08.2016.godine

⁶ Zakon o parničnom postupku Crne Gore („Sl. list RCG“, br. 22/2004, 28/2005-odluka US i 76/2006 i „Sl. list CG“, br. 47/2015-dr. zakon i 48/2015)

⁷ Poznić,B, Vržalić,M., Bačić,F.*Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd, 1957.,st. 220.

⁸ Triva, Siniša, *Građansko parnično procesno pravo*, 1980 Zagreb, str. 434.

samog vještačenja osigurava se postupanjem *lege artis*, po pravilima odgovarajuće nauke, struke ili vještine, pa je zato nepodesna za (procesno)pravnu regulativu i uopšte joj ne podliježe.

Vještak treba pomagati sudu isključivo u utvrđivanju činjenica, a nikada prilikom odlučivanja o primjeni pravne norme. Tako sudija ne može odrediti vještaka za pravna pitanja, niti od vještaka tražiti odgovor na pravna pitanja. Vještak se ne može upuštati u pravna pitanja ni na ličnu inicijativu, niti svoje mišljenje može utemeljiti na tumačenju pravnih propisa

Dakle, sud nalaz i mišljenje vještaka koristi samo radi razjašnjenja ili utvrđivanja onih činjenica za koje je potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže.

Određivanje vještačenja i izbor vještaka

U konkretnoj parnici vještak je ona osoba koju odredi parnični sud, i to rješenjem o izvođenju dokaza. Samo se ta osoba može nazivati sudskim vještakom, te se samo na nju odnose odredbe procesnog zakona, kao i sva prava i obaveze koje iz toga proizlaze.

Zahtjev da vještak posjeduje određena stručna znanja predstavlja neophodan uslov svakog vještačenja, bez obzira na to kako je normativno regulisan.

Vještačenje obavljaju vještaci koje određuje parnični sud. Sud je slobodan u odlučivanju hoće li odrediti dokazivanje vještačenjem, a izuzetak je pravilo o dužnosti suda da angažuje tumača kada je potrebno. Sud treba odlučiti o tome koje struke ili specijalnosti treba biti vještak, a treba donijeti odluku i o ličnosti vještaka.

Prijedlog za izvođenje dokaza vještačenjem stranke mogu postaviti u tužbi, odgovoru na tužbu, podnescima, pripremnom ročištu i ročištu za glavnu raspravu. Značaj nalaza i mišljenja vještaka ima samo nalaz i mišljenje onoga vještaka kojega je u

tom svojstvu odredio parnični sud, a ne i nalaz i mišljenje osobe koju je angažovala neka od stranaka.

Protiv odluke suda kojom se određena osoba postavlja za vještaka, kao i drugih rješenja koje je sud donio u svezi s tim, nije dopuštena posebna žalba.

Prije nego što odredi koje će osobe uzeti za vještake, sud bi o tome trebao saslušati stranke. U hitnim slučajevima sud može odrediti vještaka, iako prije toga stranke nisu saslušane. Sud može odrediti vještačenje i protivno saglasnoj volji stranaka. Sud nije vezan prijedlogom stranaka koga će imenovati kao vještaka, jer su vještaci pomoćnici suda koji popunjavaju njegovo znanje u stručnim pitanjima, pa se stoga sudu mora prepustiti da sam izabere svoje pomoćnike. Predviđeno prethodno saslušanje stranaka o osobama koje namjerava uzeti za vještaka, nužno je i korisno kako bi se izbjegli eventualni naknadni zahtjevi za izuzeće vještaka i time sprječilo nepotrebno odugovlačenje postupka.

Kad je vještačenje povjereno stručnoj ustanovi, ona određuje osobe koje će u njeno ime obaviti vještačenje.

Umjesto određenog vještaka sud može uvijek odrediti drugog vještaka. Pri donošenju odluke o imenovanju drugog vještaka umjesto već određenog vještaka, sud mora voditi računa da nesvrshodna zamjena vještaka može prouzrokovati dodatne troškove i odugovlačenje postupka.

Načela vještačenja

Načela vještačenja su: princip zakonitosti, princip utvrđivanja nepravni činjenica, princip inicijative vještaka, princip nezavisnosti u radu, princip objektivnosti vještaka i princip unutrašnjeg uvjerenja vještaka. Načelo zakonitosti vještačenja podrazumjeva da vještačenje može biti pravno valjano, samo ako je provedeno u skladu sa procesnim zakonom u okviru kojeg postupka se vještačenje provodi. Vještačenjem se utvrđuju samo nepravne činjenice. Specijalno

znanje koje primjenjuje vještak ne može i ne smije biti u sferi prava, stoga vještak mora uskratiti odgovor na pitanje pravne prirode. Princip inicijative vještaka u funkciji je ostvarenja načela objektivnosti i nezavisnosti u radu. Vještak u svojem stručnom djelovanju mora imati potpunu inicijativu u radu, a to mu nalaže princip aktivnosti. Princip nezavisnosti u radu vještaka znači, da niko, pa ni sam sud nije ovlašten, da upućuje vještaka u tome što će i s kojim metodama nauke zaključiti o određenoj činjenici. Nepristranost u kontekstu vještačenja znači da vještak mora biti apsolutno slobodan, bez prisustva bilo kakvog pritiska ili sugestije koja bi ga usmjeravala ili navodila prema određenom nalazu i mišljenju. Princip objektivnog ispitivanja predmeta vještačenja traži od vještaka da njegov pristup bude brižljiv, tačan i nepristrasan. Načelo objektivnosti vještačenja zahtjeva od vještaka da provede vještačenje tako da ono bude potpuno, jasno i neprotivrječno. Bitna komponenta individualnosti, procesne samostalnosti i objektivnosti, jeste u tome da vještak mora u svom radu postupati po svom najdubljem autonomnom uvjerenju. Princip unutrašnjeg uvjerenja vještaka i profesionalne savjesti, postavlja zahtjev da u postupku vještačenja, ispitujući i otkrivajući činjenice, vještak svoj zaključak mora bazirati na individualnoj ocjeni, tumačenju i objašnjenju predmeta vještačenja. Svako vještačenje predstavlja posebnost za koju ne postoji unaprijed predviđena formula.⁹

Odnos sudskog vještaka prema radu na vještačenjima koja su mu povjerena, temelji se na sledećim načelima:

1. načelo ponašanja,
2. načelo odgovornosti,
3. načelo povjerenja,
4. načelo besprekornosti i

⁹ Stanković, Drago, Ekspertiza vještaka i istina, Vještak – 11 (1993).

5.načelo profesionalne pažnje.¹⁰

Kako to nalaže načelo ponašanja, sudski vještak mora posao obavljati stručno, pošteno, istinoljubivo, profesionalno-stručno, mora biti osoba u koju sud može imati puno povjerenje i pouzdanje.

U skladu sa načelom odgovornosti, sudski vještak smije preuzeti samo one poslove za koje smatra da će ih obaviti na stručno besprekoran način.

Prema načelu povjerenja, sudski vještak treba da prihvata obaveza na način koji služi javnom interesu, da poštuje povjerenje javnosti i bude predan svom zanimanju. Načelo besprekornosti nalaže sudskim vještacima da moraju obavljati vještačenja na što vjerodostojniji način, kako bi zadržali i dodatno učvrstili javno povjerenje. I konačno, načelo profesionalne pažnje zahtjeva od sudskog vještaka da mora poštovati profesionalna i etička načela, profesionalne standarde, neprekidno usavršavati svoja znanja i podizati kvalitet svoga rada.

Predmet i subjekti vještačenja

Odredbama ZPP-a uređena je tzv. pripremna faza vještačenja, u okviru koje sud mora vještaka upoznati s predmetom vještačenja. U tom će smislu sud pozvati vještaka da predmet vještačenja brižljivo razmotri, tačno navede sve što opazi i nađe i svoje mišljenje iznese savjesno i u skladu sa pravilima nauke i vještine. Određivanje tačnog predmeta, zadatka i obima vještačenja posebno je značajno, jer neprecizno određivanje predmeta, zadatka i obima vještačenja, mogu rezultirati potrebom za brojnim dopunama nalaza i mišljenja, tim i nepotrebnim produženjem trajanja postupka i dodatnim troškovima

¹⁰ Etički Kodeks sudskih vještaka usvojen na Skupštini Udruženja sudskih vještaka Crne Gore, 24.12.2011., stupio na snagu danom objavljivanja

Pritom će sud upozoriti vještaka i na posljedice davanja lažnog iskaza. Vještak koji u postupku pred sudom da lažan iskaz, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine. Iskaz vještaka je lažan kada vještak u nalazu ne navede sve ono što je opazio i našao ili navede da je našao i opazio nešto što ne postoji, kao i onda kada u stručnom mišljenju protivno svojoj savjesti i poznavanju naučnih pravila, odnosno pravila struke, izvede nepravilne zaključke.

Vještaci su u procesno-pravnom smislu treće osobe, i kada su uključeni u parnični postupak to znači da vještaci prema ostalim učesnicima postupka imaju određenih obaveza i prava. Nije potrebno posebno naglašavati da je u provođenju dokaza vještačenjem uloga parničnih stranka nezamjenjiva. Parnične stranke, obzirom na karakter parničnog postupka i njihovu zadatu ulogu primarno iniciraju provođenje svih dokaza, pa tako i dokaza putem vještačenja, a stranke mogu biti i same objekt na kojem će se provesti taj dokaz (npr: vještačenje zadobijenih tjelesnih povreda povodom utvrđivanja činjeničnog stanja u zahtjevima za naknadu štete nastalih tjelesnim povređivanjem).

Nadalje, parnične stranke koje predlože dokaz vještačenjem po pravilu moraju predujmiti materijalne troškove za provođenje tog dokaza. Prijedlog za izvođenje tog dokaza, stranke mogu staviti u tužbi, odgovoru na tužbu, podnescima i na samom ročištu. Stranke imaju pravo nalaz i mišljenje vještaka tokom trajanja postupka podvrgnuti kritici, postavljati vještaku pitanja, tražiti pojašnjenja od vještaka, sve u cilju potpunog razjašnjenja činjeničnog stanja potrebnog za donošenje zakonite odluke. Stranke imaju pravo da prisustvuju vještačenju, kao i da vještaku upućuju pitanja i podnose potrebnu dokumentaciju (isprave) s kojom raspolažu – naravno posredstvom suda – čime se postižu uslovi za što potpunije razjašnjavanje i utvrđivanje činjenica važnih za objektivni i stručan nalaz i mišljenje vještaka.

Nadalje, shodno odredbama ZPP-a, prije nego što parnični sud odredi koje će osobe uzeti za vještake, o tome će saslušati stranke, a samo u hitnim slučajevima sud može odrediti osobu vještaka bez provođenja saslušanja stranaka o stručnoj osobi kojoj namjerava povjeriti obavljanje zadatka vještačenja odnosno pomoći o stručnim znanjima sa kojima sud ne raspolaže (sudskom vještaku). Dakle, tom procesnom odredbom strankama je omogućeno u parničnom postupku samo da donekle utiču na izbor osobe vještaka, koja će tim izborom postati sudski vještak, s time da ipak odlučujuću ulogu u izboru osobe vještaka ima parnični sud. Smisao te odredbe nije u tome da stranke sudu nametnu osobu koja će vještačiti, dakle biti sudski vještak, već kako bi se izbjegli mogući naknadni zahtjevi za izuzeće vještaka, i time spriječilo moguće odugovlačenje postupka. Sud može odrediti osobu vještaka i protivno saglasnoj volji stranaka, jer sud nije vezan prijedlogom stranaka, to stoga što je vještak osoba koja upotpunjava ili nadomješta znanje suda u stručnim pitanjima. U praksi je bitno da se postigne saglasnost stranaka, iako ona nije nužna, suda i parničnih stranaka o osobi vještaka, jer će u tom slučaju vještak uz izbjegavanje mogućeg izuzeća moći bez opstrukcije stranaka efikasno ispuniti svoj zadatak. Ako je stranka saznala za razlog izuzeća poslije obavljenog vještačenja i prigovara vještačenju iz tog razloga, sud će postupiti kao da je zahtjev za izuzeće stavljen prije obavljenog vještačenja. Vještak može biti izuzet iz istih razloga iz kojih mora biti izuzet sudija, što konkretno znači, ako je sudski vještak sam stranka u postupku, zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke, ako je sa strankom u odnosu saovlašćenika, saobveznika ili regresnog obveznika, ili ako se u istom predmetu treba da sasluša ili ako je saslušan kao svjedok, ako mu je stranka ili zakonski zastupnik, ili punomoćnik stranke, srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena ili mu je bračni drug, vanbračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stepena, bez obzira na to je li brak prestao ili

nije, ako je staralac, usvojlac ili usvojenik stranke, njenog zakonskog zastupnika ili punomoćnika, ako je u istom predmetu učestvovao u donošenju odluke nižeg suda ili drugog organa ili je učestvovao u postupku posredovanja, ako je postupao u predmetu u kome je zaključeno sudsko poravnanje, a tužbom se traži poništaj tog poravnanja, ako je akcionar ili član privrednog društva koje je stranka u postupku, ako postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost (član 69 ZPP-a).

Rukovođenje vještačenjem

Osnovna uloga suda kod izvođenja dokaza vještacima je da rukovodi postupkom vještačenja u procesno-pravnom smislu, na način da označava vještaku predmet koji će se razgledati, daje mu konkretan zadatak, postavlja mu pitanja i, prema potrebi traži objašnjenja u vezi sa datim nalazom i mišljenjem. Iz prava stranaka da prisustvuju vještačenju proizlazi dužnost suda da stranke obavijesti o danu ročišta na kojem će se vještačenje izvoditi, bilo da se vještačenje vrši pred sudom ili izvan suda. Sud može vještaku davati razjašnjenja o predmetu vještačenja, a može mu se dopustiti i razmatranje spisa. Na zahtjev vještaka mogu se izvoditi i novi dokazi da bi se utvrdile okolnosti koje su važne za stvaranje mišljenja vještaka. Kad vještak podnese pisani izvještaj o izvršenom vještačenju, sud je dužan taj izvještaj dostaviti parničnim strankama prije ročišta za glavnu raspravu, da bi strankama bila data mogućnost da raspravljaju o vještakovom nalazu i mišljenju, tako da mogu staviti eventualne prigovore na izvršeno vještačenje, kao i prijedloge za eventualnu dopunu, ili obnovu vještačenja.

U skladu sa načelom sudskog upravljanja postupkom, sud rukovodi vještačenjem tako što neposredno prati rad vještaka, postavlja vještaku pitanja, traži razjašnjenja, skreće vještaku pažnju na određene okolnosti, daje mu potrebne

informacije o toku parnice i okolnostima značajnim za vještačenje izf. Vještaci su dužni odgovorno, savjesno, profesionalno i etički ispunjavati svoje obaveze uz primjenu načela objektivnosti, nepristranosti, i stručnog znanja, te poštivati sve zakonske i druge propise, međunarodna pravila i pravila struke. Što se načina i mjesta izvođenja vještačenja tiče, vještačenje se može obaviti u prisustvu sudije i izvan zgrade suda. Izvan sudske zgrade mogu se obavljati samo one službene radnje koje su na temelju zakonskih propisa potrebne za rješavanje pojedinih predmeta. U tom smislu, o potrebi izlaska radi obavljanja vještačenja odlučuje sudija koji rješava taj predmet. Ako je osiguran predmet vještačenja, vještačenje je moguće obaviti i u sudu. Najčešće vještak obavlja vještačenje na temelju uputstava koja je dobio u rješenju suda kojim je određeno vještačenje, nakon čega dostavlja sudu i parničnim strankama svoj nalaz i mišljenje. Sud nije vezan ni stručnim nalazom niti mišljenjem vještaka, i može ih, vodeći se pravilima logike, podvrgnuti analizi i kritici. Rukovođenje vještačenjem ogleda se, među ostalim, i u pokazivanju predmeta vještačenja vještaku. Vještak je vezan uputstvima i zahtjevima suda, jer je sud naredio vještačenje i dobro mu je poznato na koja stručna pitanja traži odgovore. Između suda i vještaka mora postojati stalni kontakt i saradnja, jer to omogućava davanje dopunskih uputstava vještaku i smjernica za njegov rad. Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici mogu po odobrenju suda neposredno postavljati pitanja vještaku.

Uz materijal kojim raspolaže, vještaku su često potrebni i drugi podaci koji su poznati sudu. U tom se smislu vještaku mogu davati pojašnjenja, a može mu se odobriti i razmatranje spisa, o čemu konačnu odluku donosi sud.

Vještak svoj iskaz daje usmeno na raspravi, a može dati i pisano prije rasprave, dakle pisano i usmeno na raspravi, ali ne i samo pisano. Davanjem samo pisanog nalaza i mišljenja sudu bi bilo onemogućeno postavljanje pitanja i traženje

objašnjenja, a isto tako i strankama. To pravo stranaka propisano je odredbama ZPP-a, gdje se propisuje da stranka i njen zastupnik ili punomoćnik mogu po odobrenju suda neposredno postavljati pitanja vještacima. Kod manje složenih vještačenja, vještak se o nalazu izjašnjava odmah pred sudom i usmeno daje svoje mišljenje. Kad je vještačenje složenije, ili kad je to inače potrebno, sud određuje da vještak svoj nalaz i mišljenje podnese pisano prije glavne rasprave, kao i rok u kojem to treba učiniti. I pored toga što je sud odredio da vještak pisano podnese svoj nalaz i mišljenje, vještak je dužan odazvati se pozivu na ročište na kojemu će se raspravljati o njegovom nalazu i mišljenju. Time će se njegov nalaz i mišljenje na ročištu bolje raspraviti, a stranke imaju mogućnost od vještaka tražiti razjašnjenje i postavljati mu pitanja. U zapisniku o vještačenju, pored podataka koje sadrži svaki zapisnik o obavljenoj parničnoj radnji, trebalo bi navesti i podatke o vještaku te njegovu specijalnost, a ti se podaci moraju navesti i u pisanom nalazu i mišljenju. To je značajno zbog eventualnog raspravljanja o isključenju ili izuzeću vještaka, zbog ocjene vrijednosti ili pouzdanosti nalaza i mišljenja, utvrđivanja krivične odgovornosti vještaka zbog davanja lažnog iskaza i sl.

Činjenice koje vještak sazna istraživanjem u skladu s pravilima svoje nauke ili struke, predstavljaju nalaz vještaka. U nalazu su, dakle, sadržani podaci o svemu što je vještak zapazio ili otkrio vještačenjem, odnosno podaci o činjenicama koje su od važnosti za parnični postupak. Nalaz mora biti potpun i objektivan navod utvrđenog činjeničnog stanja. Nalaz je vjeran opis stanja i promjena koje su objektivno utvrđene.

Mišljenje vještaka predstavlja, dakle, stručnu ocjenu vještaka o zapaženim činjenicama. Nalaz i mišljenje vještaka čine njegov iskaz i moraju biti utemeljeni na provjerenim činjenicama te izneseni precizno i jasno. Drugim riječima, u nalazu se daju temeljni podaci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrsni opis predmeta

vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se na temelju kojih je pravila (svoje) struke vještak izveo zaključak, te je mišljenje, zapravo, odgovor koji je sud tražio od vještaka.

Oslobađanje dužnosti vještačenja i izuzeće vještaka

Svako lice koju sud imenuje za vještaka dužno je odazvati se pozivu suda. Određeni vještaci dužni su iznijeti svoj nalaz i mišljenje. U nalazu se daju temeljni podaci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrsni opis predmeta vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se kojim je pravilima (svoje) struke vještak izveo zaključak te je mišljenje, u stvari, odgovor koji je sud tražio od vještaka.

Odredbama ZPP-a, uređuje se pitanje i oslobađanja od dužnosti vještačenja. Ako utvrdi da postoje okolnosti, odnosno razlozi zbog kojih bi i svjedok mogao uskratiti svjedočenje ili odgovor na pojedino pitanje, nadležni sud mora donijeti rješenje kojim će osloboditi vještaka od dužnosti vještačenja. Protiv rešenja suda vještak ima pravo na samostalnu suspenzivnu žalbu.

Razlozi za oslobađanje dužnosti vještačenja su isti oni razlozi predviđeni za uskraćivanje svjedočenja, pa vještak može uskratiti vještačenje o onim činjenicama što ih je saznao kao ljekar ili u vršenju nekog drugog poziva ili neke druge djelatnosti, ako postoji obaveza da se kao tajna čuva ono što se saznalo u obavljanju tog poziva ili djelatnosti. Ostale dvije situacije normira član 233 st. 1 i 2, a one se, možemo sa sigurnošću zaključiti, u praksi ne pojavljuju (vještak kao punomoćnik – razlog za izuzeće ili vještak kao vjerski ispovjednik). Sud može vještaka, na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja i iz drugih opravdanih razloga. Oslobodjenje od dužnosti vještačenja može tražiti i ovlaštena osoba tijela ili pravna lica u kojoj vještak radi.

Odredbama ZPP-a, uređuju se uslovi, način i postupak za izuzeće vještaka. Vještak može biti izuzet iz istih razloga iz kojih može biti izuzet sudija. Ulogu vještaka ne mogu obavljati član vijeća, zapisničar, stranka i njezin zastupnik. Ali za vještaka može biti određena osoba koja je u istoj parnici saslušana kao svjedok. Za vještaka sud može odrediti i osobu koju je jedna od stranaka bila prethodno angažovala da utvrdi određene činjenice.

Odredbe ZPP-a o izuzeću vještaka primjenjuju se samo onda ako je zahtjev postavila stranka. Stranka je dužna podnijeti zahtjev za izuzeće vještaka čim sazna da postoji razlog za izuzeće, a najkasnije prije početka izvođenja dokaza vještačenjem. Ako je sud prije određivanja vještaka saslušao stranku o osobi vještaka, stranka se dužna tom prilikom izjasniti o izuzeću. U zahtjevu za izuzeće vještaka stranka je dužna navesti okolnosti na kojima temelji svoj zahtjev za izuzeće. Stranka se ne može pozivati na nedovoljnu stručnost vještaka kao razlog za njegovo izuzeće. Ako je stranka saznala za razlog izuzeća poslije obavljenog vještačenja i prigovara vještačenju iz tog razloga, sud bi trebao postupiti kao da je zahtjev za izuzeće stavljen prije obavljenog vještačenja. Nakon što je vještačenje obavljeno, stranka može, u skladu sa odredbama ZPP-a, prigovoriti vještačenju samo onda ako je za razlog izuzeća saznala nakon vještačenja. O zahtjevu za izuzeće odlučuje sud. Kada sud uvaži zahtjev stranke za izuzeće vještaka, postavit će odmah novoga vještaka. Ako sud usvoji zahtjev stranke za izuzeće vještaka nakon obavljenog vještačenja, postavit će takođe novoga vještaka i ponovit će već obavljeno vještačenje.

Vještak može i sam tražiti da bude oslobođen dužnosti vještačenja. Ako sam vještak drži da postoji neki od uslova iz ZPP-a, zatražit će da ga sud oslobodi od dužnosti vještačenja. Sud može vještaka takođe na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja i iz drugih opravdanih razloga.

Odredbama ZPP-a nije taksativno navedeno koji su to „drugi opravdani razlozi” zbog kojih sud može vještaka osloboditi dužnosti vještačenja na njegov zahtjev. Smatram kako bi to, u prvom redu, mogla biti činjenica da vještak ne raspolaže potrebnim stručnim znanjem ili tehničkim sredstvima za obavljanje vještačenja. Mogući opravdani drugi razlozi bili bi i zauzetost drugim službenim ili neodloživim privatnim obavezama, bolest, spriječenost zbog preuzetih poslovnih obaveza, okolnosti zbog kojih stranke mogu tražiti izuzeće vještaka i sl. Opravdanost razloga ocjenjuje sud prema svom uvjerenju savjesnom i brižljivom ocjenom svih konkretnih okolnosti i pri tome sud nije uvijek dužan uvažiti zahtjev vještaka.

Zaključak

Veoma je važno da sudija pravilno procijeni kada je njegova sopstvena stručna sprema ili posebno stečeno stručno znanje na takvom nivou da može sam cijeniti neku spornu činjenicu koja pripada nekom tehničkom, umjetničkom ili naučnom području, da pri tome ne precijeni, ali niti potcijeni svoje znanje, što u krajnjem slučaju u praksi može dovesti do nezakonite odluke.

Kroz praksu sudova zapaža se da sudovi po automatizmu uvažavaju predlog stranke za određivanjem vještačenja, a da pri tom ne vode mnogo računa da li je ono zaista neophodno, rukovodeći se mišljenjem da je lakše odrediti veštačenje nego obrazložiti odbijanje predloga.

U vezi sa tim postavljaju se otvorena pitanja: da li to znači da u gotovo svakom predmetu je nužno takvo stručno znanje suda koje bitno prevazilazi nivo znanja koja na tom području sudija obično dostigne obrazovanjem i iskustvom sudije i da li je angažovanje veštaka uvijek neophodno?

S obzirom na to da se većina sporova ne može riješiti bez vještačenja, postavlja se pitanje da li su vještaci jedino pravo

dokazno sredstvo u parničnom postupku i da li su oni zapravo centralne figure sudskog postupka? Da li su njihovi nalazi nepogrešivi, neoborivi i predstavljaju jedina stručna znanja u sudskom postupku, pa se bez njih ne može?

Sudbina postavljenog tužbenog zahteva je često u rukama vještaka, a ne kvalifikovanog i nezavisnog suda.

U većini slučajeva, sud prihvata nalaz i mišljenje veštaka, pa u obrazloženjima presuda često se navodi da nalaz i mišljenje prihvata kao stručno, objektivno i potpuno. Sud je dužan podvrgnuti svojoj ocjeni, kao i svaki drugi provedeni dokaz, nalaz i mišljenje veštaka. Međutim, dolazimo do jedne apsurdne situacije i pitanja koje se samo nameće: kako može sud kritički cijiniti nalaz kada mu nedostaje stručno znanje? Ipak, objašnjenje za ovo je da je sud u svom odlučivanju nezavisan. Sud je u ocjeni dokaza slobodan, ali ga ipak vezuju pravila postupka i logike. Ako bi sud bio vezan za vještakov nalaz i mišljenje, to bi značilo da vještak postaje sudija. Zato sudija slobodno ocjenjuje nalaz i mišljenje veštaka. Ako sud taj nalaz ne usvoji, mora dati ozbiljne razloge za to. Ako se sud ne složi sa konačnim nalazom i mišljenjem vještaka, treba smatrati da vještačenje nije uspjelo, odnosno da je činjenica koja je trebala biti utvrđena, ostala neutvrđena.

Ne postoje izgrađeni mehanizmi i instrumenti kontrole praćenja rada veštaka, niti mjesto na kome bi se evidentirali podaci o radu, količini angažovanja, efikasnosti rada i kvalitetu rada vještaka, što znači da ne postoji baza podataka o svakom vještaku, a što bi bilo neophodno u cilju praćenja kvaliteta rada vještaka.

To iz razloga što je uloga sudskih veštaka postala vrlo značajna i osjetljiva, iz razloga što praktično o njihovoj stručnosti i ostalim ličnim kvalitetima posebno etičnosti, zavisi da li će neka stranka uspjeti u sporu ili će ga izgubiti.

REZIME

Sudski vještaci, prevashodno moraju biti svjesni svoje velike odgovornosti koju imaju u sudskom postupku, tim više što praksa sudova pokazuje da se vrlo rijetko događa da sud ide protivno nalazu i mišljenju vještaka od kojeg je zatražio pomoć u utvrđivanju pojedinih činjenica.

Uloga dokaza vještacima u sudskom postupku je od gotovo neprocjenjivog značaja, a razvojem nauke dokazivanje putem vještacima dobija sve više na važnosti.

Vještačenje kao funkcija vještaka trebao bi biti egzaktn, empirijski rad, oslobođen subjektivnosti i pristrasnosti.

Ključne riječi: dokazivanje, činjenice, vještačenje, parnični postupak

SUMMARY

Court experts, primarily have to be aware of their great responsibility they have in the judicial process, the more so as the practice of the courts shows that very rarely happens that the court goes contrary to the findings and opinion of who has requested assistance in establishing certain facts.

The role of expert evidence in legal proceedings of almost invaluable, and the development of science by proving the experts is gaining in importance.

Expert testimony as a function of the expert should be exact, empirical work, freed from subjectivity and bias.

Key words: proof, facts, expertise, civil proceedings.



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

OGLEDI

Prof dr. Mladen VUKČEVIĆ¹

USTAVNI SUD CRNE GORE I TROUGAO VLASTI²

Počastvovan sam, kao i ostali učesnici, što je Fondacija *Hanns Seidel* u duhu svoje devize "u službi demokratije, mira i razvoja", kao aktuelnu prepoznala današnju temu i ocijenila da možemo dati doprinos njenom teorijskom i praktičnom osvjetljavanju.

Pretpostavljajući da će predstavnici ustavnih sudova prezentirati normativni okvir ustavnosudske djelatnosti i to potkrijepiti otvorenim pitanjima pravnog dejstva odluka ustavnih sudova, razmijeniti prakse i rješenja i predočiti statističke podatke, ja sam se opredijelio za jedan drugi aspekt. To nije direktan odgovor na temu, ali oblikuje kontekst u kome se ispoljava dejstvo odluka Ustavnog suda Crne Gore. To činim u izlaganju koje ima moguću kontradikciju u naslovu, a koje je pokušaj presjeka crnogorske ustavne svakodnevice.

Osvrnuću se na to kako tri vlasti tvore trougao u kome se na različite načine usložnjava djelovanje Ustavnog suda do mjere da se faktički osporava njegova uloga zaštitnika ustavnosti, dovodeći u pitanje princip podjele vlasti iz čl. 11 Ustava Crne Gore. Drugim riječima, kako se ugrožava vladavina prava kao temeljni ustavni princip zapisan u preambuli i počastvovan početnim članom Ustava. Sve to čini da umjesto vladavine zakona imamo vladavinu zakonom, gdje je repertoar ugrožavanja, učestalost i kapitalnost povrede

¹ Profesor Ustavnog prava na Univerzitetu „Mediteran“

² Izlaganje na konferenciji " Pravna priroda odluka Ustavnog suda i njihove posljedice ", održanoj u organizaciji fondacije *Hanns Seidel* (Miločer, 18-20 maj 2015.).

ustavnih normi raznolika do mjere da ih pravno dejstvo odluka suda u tim povodima sve teže sustiže i eliminiše. Za ilustraciju učestalosti ističem podatak da je u 2014. godini pred Ustavnim sudom Crne Gore osporeno 50 zakona, a da je 30% njih osporeno i prije nego što su stupili na snagu. Na taj način je skoro svaki drugi zakon iz prošlogodišnje zakonodavne produkcije bio preispitivan, pa se može reći da je na mala vrata uveden specifičan oblik naknadne kontrole ustavnosti.

Dvije strane tog trougla (zakonodavnu i izvršnu vlast) posmatram u vizuri normativne kontrole, a treću, sudsku vlast u kontekstu postupka i dejstva odluka po ustavnoj žalbi, koja je novijeg datuma (u suštinskom smislu) jer je do 2007. godine ona u pravnom sistemu Crne Gore bila pravno sredstvo koje je, u procesnom smislu, imalo fasadni karakter.

Za one koji su iz Crne Gore ne treba duže pojašnjenje, a za ostale iznosim neke od pojava koje utiču na inflaciju kapitalnih ustavnih sporova u dijelu normativne kontrole, iniciranih od organa zakonodavne i izvršne vlasti, za koje koristim termine očigledna/projektovana neustavnost.

Što je karakteristika ovakve neustavnosti ?

- 1) ona ima ciljani politički motiv, po pravilu socijalnog karaktera;
- 2) u ideji i namjeri je neustavna, a ne u pojedinim rješenjima;
- 3) računa sa kupovinom vremena usled trajanja ustavnosudskog postupka;
- 4) ima ekonomske efekte u kratkom roku, i na dnevnom nivou, i
- 5) obuhvata širi krug subjekata.

Svjestan sam da ovo određenje trpi kritiku, kao npr. kako utvrditi umišljaj zakonodavca ili izvršne vlasti, ali pretpostavka je da "parlament zna pravo", budući da u svojoj strukturi ima Ustavni odbor, Zakonodavnu komisiju, stručne službe. Uostalom, on je organ koji, u širem smislu, vrši prethodnu kontrolu ustavnosti.

U podijeljenoj političkoj zajednici kakva je Crna Gora osnovni izvor ovakvih postupanja jeste sukob parlamenta i vlade, koji se, iako ih tvori ista politička većina, učestalo odvija iznad pravila zapisanih u Ustavu. Umjesto da politička kriza ili preciznije dvovlašće bude razriješeno tamo gdje mu je rodno mjesto - izborima ili na drugi način (postavljanjem pitanja povjerenja, izglasavanjem nepovjerenja), nesuglasice se delegiraju Ustavnom sudu kao krajnjem arbitru koji treba da razriješi aktuelne političke dileme, zloupotrebljavajući njegov položaj vrhovnog arbitra u zaštiti načela ustavnosti. To se čini na dva jednako zabrinjavajuća načina. Prvo, usvajanjem zakona kojima parlamentarna većina preuzima prerogative ne samo izvršne vlasti, već ulazi i u polje sudske vlasti, što je Ustavni sud konstatovao u jednoj od svojih odluka. I drugo, usvajanjem podzakonskih akata kojima izvršna vlast uređuje pitanja koja su domen legislative, ili se, recimo, zaključkom vlade odlaže primjena zakona (Zakon o strancima). Tako se vladavina prava ugrožava primjerima projektovane neustavnosti i to čine najviše institucije zakonodavne i izvršne vlasti.

U prilog negativne prakse navodim dva primjera. Prvi je Zakon o finansiranju političkih partija, gdje je parlament usvojio odredbe očigledno suprotne Ustavu, što je svima, pa i predlagaču i donosiocu bilo jasno. Cilj je bio da zakon na kratak rok proizvede efekte, tačnije, dok traje izborni proces, iako će ga nesumnjivo Ustavni sud ukinuti nakon nekoliko mjeseci. Upravo se to i dogodilo, cilj ostvaren, "izguran" je izborni proces dok je trajao postupak preispitivanja ustavnosti. Drugi primjer mogla bi biti Uredba o dopuni Uredbe o načinu obrazovanja maksimalnih maloprodajnih cijena naftnih derivata³, čije je preispitivanje ustavnosti aktuelno, samo što je akter „projektovane neustavnosti“ u tom slučaju izvršna vlast,

³ Sl. list CG br. 18/15.

koja će po navedenom osnovu ubirati prihode sve dok traje ocjena ustavnosti.

U nekim slučajevima povrede ove vrste imaju još značajnije ekonomske posljedice, do mjere da se nekada na Ustavni sud prenosi i odlučivanje o budućnosti privrednih subjekata koji čine više od 50% privrednog potencijala zemlje (Zakon o zaštiti državnih interesa u rudarsko-metalurškom sektoru), ili zakoni koji se odnose na oblast penzijsko invalidskog osiguranja, "selektivno penzionisanje" i sl. Tako se Ustavni sud *nolens – volens* usmjerava ka ocjeni ustavnosti koja za predznak ima ocjenu cjelishodnosti. Na sličan način Vlada ulazi u zakonodavni domen, po pravilu uvođenjem neke od dažbina, izbjegavajući tako parlament u kome nema većinu. I opet, Ustavni sud postaje taj koji odlučuje i presuđuje, opet o kapitalnim ekonomskim pitanjima, stavljajući se u ulogu nevoljnog arbitra koji u neku ruku vodi unutrašnju politiku.

Ovo otvara i pitanje: ko i kako treba da odgovara za pojavu očigledne/projektovane neustavnosti - u političkom, pravnom i finansijskom smislu? Svi slučajevi ove vrste neustavnosti proizvode štetne posljedice za život građana i djelovanje institucija, te je logično postaviti pitanje naknade štete licima koja su pretrpjela negativne posljedice. Moguće i sankcija, makar političkih za one koja su svojim činjenjem proizveli neustavnu situaciju i koji nijesu dostojni obnašanja funkcija u modernom društvu. Odgovor na ta pitanja nije samo sudski, ni ustavnosudski, niti ga samo sudovi mogu rješavati. To je problem funkcionisanja sistema i poimanja vladavine prava, čiji je sastavni dio i pravna kultura koja u tim slučajevima izostaje.

Sve ovo prijeti da dovede u pitanje osnovne odrednice i smisao ustavnog sudovanja, ma koliko uspješno do sada Ustavni sud obavljao svoju ulogu. Prijeti da Ustavni sud iz pravne pomjeri u političko-pravnu ravan, ugrožavajući njegovu ustavnu misiju. To nažalost upozorava da i sam sud u percepciji mnjenja može biti pretvoren u nadustavnu

instituciju. Tada može biti dovedena u pitanje i obaveznost odluka Ustavnog suda, koliko god one bile zasnovane na njegovom autoritetu i legitimitetu koji je učvršćen amandmanima na Ustav Crne Gore iz 2013-te godine po kojima se njegove sudije biraju dvotrećinskom većinom. Na ovo upozoravaju i izjave čelnika zakonodavne i izvršne vlasti da ne snose odgovornost za sprovođenje odluka Ustavnog suda ako one budu donijete u pravcu koji im nije po volji, odnosno upućuju poruke u stilu – Ustavni sud je donio odluku pa neka on brine o njenom sprovođenju. To nas vraća na početke ocjene ustavnosti zakona i poruke koje su oponenti uputili tadašnjem predsjedniku Vrhovnog suda SAD - "U redu, Džon Maršal je donio presudu, neka je sam i izvrši". Nažalost, i danas, nakon dva vijeka sudske ocjene ustavnosti, neki otvaraju to pitanje i povode se za takvom logikom.

Pri takvom odnosu legislative i egzekutive i njihovom nastojanju da neka od njih bude „ravnopravnija“ u trodiobi vlasti, Ustavni sud se uvodi u polje klasičnog modela odlučivanja (ili-ili, ustavno-neustavno), a očigledna/projektovana neustavnost, njena učestalost i obim otvaraju manje prostora da se interpretativnim odlukama sistem dograđuje i pravno oboji (*fine-tuning* – fino podešavanje), da se Ustavni sud usmjeri od negativnog ka pozitivnom normotvorcu i tako rafinirano oblikuje pravni poredak. Ovdje se ne ostavlja prostor za tumačenje norme "u tom i tom pravcu", već je povreda Ustava takva da se smisao odredbe ne može drugačije interpretirati.

Dalje, kada donosioci akata stvaraju pravo po nalogu svoje političke potrebe izlišno je očekivati njihovu kooperativnost u izvršenju ustavnosudskih odluka. Naprotiv, oni će na različite načine vršiti opstrukciju, a složićemo se da parlament i vlada i tu imaju više instrumenata od ostalih donosilaca akata, posebno od „slabijih“ koji se po definiciji prilježnije povinuju ustavnosudskim odlukama. Ovo iz razloga što su najviši organi zakonodavne i izvršne vlasti u prilici da

učestalim donošenjem novih akata slične forme ili sadržine kreiraju ping-pong ustavnosudsku diplomatiju, zaboravljajući da je poštovanje odluka Ustavnog suda „lakmus test za civilizovanost i kultivisanost nekog pravnog ili političkog prostora“, kako kaže sudija B. Zupančič.

U ovom raskoraku ili dvovlašću Ustavni sud Crne Gore treba da odoli ideji svrstavanja, ne zaboravljajući da je zaštita prava i sloboda građana najvažnije ishodište i cilj svakog ustava. Jer, kako ističe N. Bobio „ljudska prava, demokratija i mir tri su neophodna elementa samog istorijskog toka: bez priznatih i zaštićenih ljudskih prava nema demokratije, bez demokratije ne postoje ni minimalni uslovi za rješavanje sukoba mirnim putem“.⁴ Sve ovo potvrđuje da uloga Ustavnog suda treba da bude šira od normativističke zadatosti ("Ustavni sud kao zaštitnik načela ustavnosti"). Svođenje Ustavnog suda na tu dimenziju postupanja, bio bi uvod u redukcionizam njegove demokratske misije koja nadmašuje njegova pravna ovlašćenja.

S druge strane, donosioci akata, pa i oni sistemski najjači, moraju se povinovati odlukama suda bez obzira na njihov subjektivni doživljaj o pravičnosti donesene odluke. U protivnom, Ustavni sud nema faktičku moć da prinudi i one koji sami treba da budu garant izvršenja njegovih odluka. Jer, u izgrađenoj demokratiji poštovanje odluka počiva na unaprijed datoj saglasnosti svih državnih organa da su odluke Ustavnog suda opravdane i prihvatljive i da nemaju za cilj maliciozne namjere prema državnim organima, niti ispoljavanje svoje nadmoći u političkom sistemu, već isključivo zaštitu osnovnih društvenih vrijednosti (D. Ćupić), odnosno da „implementacija odluka u velikoj mjeri zavisi od slike Ustavnog suda u društvu, njegovog autoriteta i poštovanja iskazanog od drugih autoriteta u društvu (G. Kutris).

⁴ N. Bobio, Doba prava – dvanaest eseja o ljudskim pravima, Beograd 2008, str. 7.

Trougao vlasti koji utiče na dejstvo odluka Ustavnog suda ocrtava i sudska vlast, mada su problemi medjusobnih odnosa Ustavnog suda i ove grane vlasti drugačiji. Ovo posebno iz razloga toliko diskutovanog odnosa Ustavnog i Vrhovnog suda, čini se najviše obrađivane i nikad raspravljene teme.

Bližimo se deceniji od usvajanja Ustava i time novog koncepta ustavne žalbe, ali i dalje vodimo intenzivnu raspravu na temu „čija je poslednja riječ“, iako je ustavna žalba dobila sertifikat djelotvornog pravnog sredstva. To je pitanje u Crnoj Gori aktuelizovano posljednjim izmjenama Zakona o ustavnom sudu, kojima je po mom uvjerenju odbranjen i unaprijeđen koncept ustavne žalbe, zahvaljujući pravovremenim i utemeljenim stavovima Ustavnog suda, ali i učešću kolega iz regiona koji su u svojstvu evropskih eksperata učestvovali u njegovom oblikovanju (J.Omejec).

Međutim, još uvijek se spočitava da Ustavni sud u odlučivanju po ovom pravnom sredstvu ugrožava Vrhovni sud kao najviši sud po članu 124, stav 1 Ustava ("Vrhovni sud je najviši sud u Crnoj Gori"), iako se sistematskim tumačenjem Ustava jasno izvlači zaključak da Ustav ne poznaje takvu vrstu gradiranja budući da ih uređuje u različitim djelovima Ustava⁵. Distinkciju između njih ustavotvorac pravi i u Osnovnim odredbama, preciznije u članu 11, kojim uređuje podjelu vlasti. Jer, Ustavni sud nije dio redovne sudske vlasti.⁶ On jeste sud, a u stvarnosti je četvrta grana vlasti koja se pojavljuje kao svojevrsna „kontrolna vlast“. Dakle, ona koja u

⁵ Sudska vlast je uređena u trećem dijelu Ustava (odjeljak 5) pod nazivom "Uređenje vlasti", dok je Ustavni sud Crne Gore, pod istoimenim naslovom uređen u šestom dijelu Ustava.

⁶ U članu 11 Ustava Crne Gore (Sl. list CG br. 1/07) utvrđeno je: Vlast je uređena po načelu podjele vlasti na: zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu vlast vrši Vlada, a sudsku sud. Vlast je ograničena Ustavom i zakonom. Odnos vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Crnu Goru predstavlja predsjednik Crne Gore. Ustavnost i zakonitost štiti Ustavni sud. Vojska i bezbjednosne službe su pod demokratskom i civilnom kontrolom.

realnosti kontroliše tri grane vlasti o kojima učimo u knjigama. Stoga, ona ne pripada sudskoj vlasti, pa je i dilema o „najvišoj sudskoj instanci“ iz Ustava izlišna. Vrhovni sud jeste najviša sudska instanca, ali Ustavni sud ne pripada sudskoj vlasti. Cijela zabuna se zasniva na formalnopravnom nazivu kontrolne instance, a ponekad pomislimo da se Ustavni sud ne naziva sudom možda bi njegova stvarna uloga i pozicija u pravnom sistemu bila jasnija. Ovo posebno ima uticaja u sudskim predmetima koji u Crnoj Gori pobuđuju naglašen interes javnosti i čije se nezavršavanje sudskoj vlasti spočitava sa evropskih adresa, posebno u cilju ispunjavanja obaveza iz pregovaračkog poglavlja 23.

Mislim da je jedini propust Ustavnog suda Crne Gore što još više ne predočava javnosti ustavne i druge odredbe o posljedicama i pravnom dejstvu svojih odluka po ustavnoj žalbi. Iz tih razloga širi auditorijum nije uvjeren da Ustavni sud nema oreol četvrtog stepena, da on nije luka spasenja na kraju puta pravničkih očekivanja. To je dalo prostora da čujemo ocjene po kojima je obesmišljen smisao pravosnažnosti sudskih odluka i da se ne zna kada su one istinski to postale. Ovo se vidi i iz beskrajnih upita na temu zašto postoji napetost i neslaganje ove dvije sudske instance. Odgovor na to pitanje mora biti dodatna edukacija za pravnike, nepravnike i medije. U protivnom, otvaraćemo nova i nova pitanja, debatovati o pravnom dejstvu odluka Ustavnog suda, o nadgornjavanju sudova i njihovim polemikama koje mogu uticati na pravnu sigurnost kao jedan od stubova vladavine prava, pri čemu će građani kao najranjivija kategorija u sistemu najviše trpiti naustavnost i nepravdu. Tako će i koncepcijski problemi, ustavno i zakonski nesporni, dobijati oblik personalnog sukoba čelnika ovih institucija.

Ne vjerujem da sam rekao nešto što nema pojavnne oblike i u drugim državama regiona, ali jesam nešto što je crnogorska ustavna realnost, i što u jednom specifičnom pravno-političkom trenutku utiče na Ustavni sud, otežava vršenje

njegove funkcije i može rezultirati nepoštovanjem njegovih odluka. Zato ću biti zadovoljan ako sam u mozaik pitanja i odgovora oko pravnog dejstva odluka ustavnih sudova dodao bar jedan kamenčić.

Dr Branislav RADULOVIĆ¹

REVIZIJA SVRSISHODNOSTI JAVNIH NABAVKI²

Javne nabavke važan su segment poslovanja u javnom (državnom) sektoru, prvenstveno zbog velikih isplata, obima i složenosti pravnog okvira i samog postupka njihovog sprovođenja, te činjenice da se finansiraju prevashodno novcem poreskih obveznika.

Uloga vrhovnih državnih revizija u obezbjeđenje poštovanje principa zakonitosti i ekonomičnosti u sprovođenju javnih nabavki posebno je značajna, tim prije što su subjekti revizije svi „organi i organizacije koje upravljaju budžetom ili imovinom države i jedinica lokalne samouprave, državni fondovi i druga pravna lica kojima je država osnivač ili ima većinsko vlasništvo u akcijama ili udjelima“³. Vrhovna revizija (u daljem tekstu DRI) vrši i reviziju subjekata koji izvršavaju dio budžeta (npr. državni Univerzitet), upravljaju državnom imovinom (regulatorne agencije), primaju dotacije (npr. javni servis) ili od države dobijaju bespovratne davanja ili garajncije, odnosno posluju sa subjektom revizije.

Svi navedeni subjekti revizije dužni su da postupke nabavke roba i usluga, te ustupanje izvođenja radova vrše u skladu sa odredbama Zakona o javnim nabavkama.⁴

¹ Senator Državne revizorske institucije i rukovodilac Sektora nadležnog za reviziju uspjeha

²Uvodno izlaganje na konferenciji „Kako do efektivne kontzrole svrsishodnosti javnih nabavki“ Beograd 17 novembar 2017 g – organizator Fondacija za otvoreno društvo pod pokroviteljstvom EU.

³ Član 4 Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji ("Sl. list RCG", br. 28/04; 27/06; 78/06 i "Sl. list CG", br. 17/07; 73/10; 40/11; 31/14)

⁴ Zakon o javnim nabavkama ("Sl. list CG" br. 42/11, 57/14 i 28/15)

U Crnoj Gori u toku 2015. godine 648 naručilaca imalo je obavezu da primjenjuje Zakon o javnim nabavkama⁵. Dominantan broj, njih 507, čine naručioci - državni organi i organi lokalne samouprave ili 78,24% obveznika primjene.⁶

I Uloga vrhovne revizije u kontroli postupaka javnih nabavki

Uloga vrhovne državne revizije, kada su u pitanju javne nabavke u osnovnom mogla bi se podijeliti u tri segmenta ili tri funkcije – kontrolna, preventivna i savjetodavna.

Po prirodi svojih nadležnosti Institucija prevashodno vrši kontrolnu funkciju, kroz redovne postupke revizija potrošačkih jedinica i drugih subjekata revizije, sa stanovišta tačnosti i zakonitosti njihovog finansijskog izvještavanja.

Institucija, pored ispitivanja pravilnosti rada i finansijskog izvještavanja vrši i ispitivanje efektivnosti i efikasnosti poslovanja kontrolisanih subjekata kroz sprovođenje revizija uspjeha.⁷

Revizor može ispitivati određene oblasti ili procedure javnih nabavki, uzimajući u obzir efikasnost, načelo konkurentnosti, prevaru i korupciju, pravilnost, da li nabavka odgovara stvarnim potrebama, da li dobijena vrijednost odgovara prihvaćenoj ponudi, odnosno vrijednosti iz ugovora. S obzirom da su javne nabavke aktivnost koja stvara mogućnosti za korupciju koja dovodi do štete, koja se kreće između 10% i 50% ugovorene vrijednosti, potrebno je prilikom revizije javnih

⁵ Ibid.

⁶ Izvještaj o javnim nabavkama u Crnoj Gori za 2015. godinu; Uprava za javne nabavke, str 49.

⁷ Član 5 Zakona o DRI ("Sl. list RCG", br. 28/04; 27/06; 78/06 i "Sl. list CG", br. 17/07; 73/10; 40/11; 31/14)

nabavki imati na umu da je moguća pojava prevare i korupcije.⁸

Zakonom o javnim nabavkama uređuje se da su svi subjekti dužni da u postupku javne nabavke i izboru najpovoljnije ponude, obezbjedi ekonomično i racionalno korišćenje javnih sredstava⁹, te obezbjede primjenu načela konkurencije, transparentnosti postupka i načela ravnopravnosti ponuđača.

Udio ukupne ugovorene vrijednosti javnih nabavki u BDP¹⁰ u 2015. godini, iznosio je 11,89 %. Učešće javnih nabavki u BDP u Crnoj Gori za period od 2011. do 2015. godine kretao se od 8,30% u 2013. godni do 11,89% u 2015. godini¹¹.

Tabela 2: Učešće javnih nabavki u BDP Crne Gore¹²

2011	2012	2013	2014	2015
11,43	9,72%	8,30%	9,62%	11,89%

- Oblast javnih nabavki čini između 10 i 18% svjetskog BDP. U apsolutnom iznosu, na svjetskom nivou to predstavlja rashod od nekoliko biliona američkih \$ svake godine. Oko 20% se u uređenim državama gubi na korupciju kroz javne nabavke. Javne nabavke u EU, prema izvještaju Evropske komisije¹³, u prosjeku iznose oko 16,3 % BDP.

⁸ Checklist for use in financial audit of public procurement

⁹ Član 5 Zakona o javnim nabavkama ("Sl. list CG" br. 42/11, 57/14 i 28/15)

¹⁰ Prema preliminarnim podacima u 2015. godini, BDP Crnoj Gori iznosio je oko 3,606 milijardi eura.

¹¹ Izvještaj o javnim nabavkama za 2015 .godinu; Uprava za javne nabavke, str 51

¹² Ibid., str 52

¹³ Evropska komisija – izvještaj o funkcionisanju tržišta javnih nabavki u EU – „Dobit od primjene direktiva EU u budućnosti (03/02/2004)

Ukupna ugovorena vrijednost javnih nabavki u Crnoj Gori za 2015. godinu iznosila je 428.890.701,64€.

Tabela 1: Broj ugovora i ukupna ugovorena vrijednost po godinama¹⁴

		Ukupan broj ugovora	Ukupna ugovorena vrijednost
Godina	2011	5022	377.260.094,38
	2012	4423	323.155.258,90
	2013	5325	277.001.460,50
	2014	5799	327.161.639,73
	2015	6505	428.890.701,64

Napomena: Zaključeni ugovori ne obuhvataju ugovore zaključene nakon sprovedenog postupka javne nabavke neposrednim sporazumom.

Broj ugovora zaključenih po godinama se povećavao, pa broj zaključenih ugovora u 2015. godini veći u odnosu na 2014. godinu za 706 ugovora ili 12,17%, što čini oko 101.729.061,91€¹⁵.

Tabela 3: Pregled ugovora prema vrijednosnim razredima u periodu od 2011 do 2015. godine¹⁶

	Vrijednosni razredi	Broj ugovora	Ugovorena vrijednost
2011	Nabavke velike vrijednosti	2554	342.613.920,35
	Nabavke šopingom	3475	15.507.728,70
	Nabavke neposrednim	57963	19.138.445,33

¹⁴ Izvještaj o javnim nabavkama za 2015. godinu; Uprava za javne nabavke, str 51

¹⁵ Procjenjuje se da je ukupna vrijednost javnih nabavki u CG u 2008 g. iznosila 17,74% ukupnog bruto društvenog proizvoda, a u 2009 g. 14,43% ili izkazano u nominalnom iznosu za 2009 g. 433 miliona eura.

¹⁶ Izvještaj o javnim nabavkama za 2015.godinu; Uprava za javne nabavke, str 53

	sporazumom		
2012	Nabavke velike vrijednosti	2694	289.492.670,54
	Nabavke šopingom	1729	13.941.245,77
	Nabavke neposrednim sporazumom	54370	19.721.342,59
2013	Nabavke velike vrijednosti	2995	239.944.977,82
	Nabavke šopingom	2330	16.605.717,42
	Nabavke neposrednim sporazumom	54370	20.450.765,26
2014	Nabavke velike vrijednosti	3028	289.550.682,40
	Nabavke šopingom	2771	16.882.918,81
	Nabavke neposrednim sporazumom	70659	20.728.038,52
2015	Nabavke velike vrijednosti	3361	386.535.629,10
	Nabavke šopingom	3144	19.533.017,98
	Nabavke neposrednim sporazumom	79303	22.822.054,56

Tabela 4: Prikaz učešća nabavki velike i male vrijednosti po godinama¹⁷

		Nabavke velike vrijednosti	Nabavke male vrijednosti
Godina	2011	90,82%	9,18%
	2012	89,58%	10,41%
	2013	86,62%	13,38%
	2014	88,50%	11,50%
	2015	90,12%	9,88%

Po vrstama predmeta javne nabavke u 2015. godini u ukupnom broju objavljenih ugovora:

¹⁷ Izvještaj o javnim nabavkama za 2015. godinu; Uprava za javne nabavke, str 54

- robe učestvuju u ukupnom iznosu 235.104.724,35€ ili 54,82%,
- usluge učestvuju u ukupnom iznosu 66.636.351,43€ ili 29,65%,
- radovi učestvuju u ukupnom iznosu 127.149.625,86€ ili 15,54%.¹⁸
- Međunarodna iskustva ukazuju da ekonomičan i transparentan sistem javnih nabavki daje velike mogućnosti za uštede prilikom trošenja novca poreskih obaveznika, a takođe podstiče konkurenciju i eliminiše diskriminaciju među ponuđačima, a kada su u pitanju javni ugovori u EU umanjuju cijene od 5% do 30% ukupne godišnje vrijednosti nabavki¹⁹.
- Iskustva u regionu pokazuju da je „najmanje 1/4 svih javnih nabavki koje se godišnje sprovedu u regionu pod sumnjom da su sprovedene nezakonito. Zbog zloupotreba u ovoj oblasti za samo godinu dana izgubi se suma (npr. u Srbiji 800 miliona eura), ravna ukupnoj finansijskoj pomoći koju region (ova država) dobija od EU.²⁰

Preventivna i savjetodavna funkcija Institucije, u odnosu na postupak javnih nabavki, ogleda se činjenici da samo postojanje eksterne državne revizije odvraća potencijalne učinioce diskriminiranih radnji od namjere da zloupotrijebe svoj položaj usljed saznanja da će kroz postupak revizije njihove nezakonitosti biti otkrivene i javno publikovane.

Time se otvara prostor da drugi državni organi, shodno svojim nadležnostima sprovode sankciju koja može biti disciplinska, prekršajna, krivična i politička.

Javnim publikovanjem svojih izvještaja DRI omogućava da se i drugi subjekti revizije upoznaju sa utvrđenim

¹⁸ Ibid., str 54

¹⁹ Marian Lemke: „Uvod u direktive o javnim nabavkama EU, Sarajevo 2004

²⁰ Opširnije – Izvještaj DRI Srbije za 2009 godinu

nepravilnostima, te na taj način preduprjede vršenje istih nepravilnosti u svom poslovanju.

Posebnu ulogu u radu Institucije imaju preporuke koje su usmjerene na unapređenje finansijskog poslovanja i izvještavanja kontrolisanog subjekta i koje su subjekti revizije, po pravilu, dužni da sprovedu. Tu se funkcija Institucije iz kontrolora “transformiše” u partnera subjekata revizije, jer putem izrađenih preporuka pomaže kontrolisanim subjektima da unaprijede svoje finansijsko izvještavanje i ukupno finansijsko poslovanje.

DRI je do sada, samo po pitanju javnih nabavki izradila preko 150 preporuka, kako onih koji se odnose samo na pojedinačne subjekte revizije tako i na one koje imaju sistemski karakter t.j. imaju takozvano dejstvo erga omnes.

Sve preporuke DRI (kao izvodi iz pojedinačnih revizija) sastavni su dio Godišnjeg izvještaja koji se dostavlja Skupštini Crne Gora, čime se dodatno podiže transparentnost i odgovornost rada kontrolisanih subjekata.

DRI, kroz mehanizam kontrolnih revizija, ima mogućnost da vrši dodatan nadzor nad njihovom realizacijom. Kontrolna revizija pokazala je da subjekti revizije u većini slučajeva vrše primjenu izrađenih preporuka. Tako je npr. od ukupno 62 preporuka pet jedinica lokalne samouprave realizovano 50 preporuka a po 6 su djelimično realizovane ili nijesu realizovane.²¹

- Institucija je samo u slučajevima revizije Fonda za zdravstvo, Zavoda za zapošljavanje, Ministarstva odbrane ili Fonda za razvoj, gdje su realizovane preporuke, obezbijedila uštede koje se već danas mjere iznosima koje su ravne godišnjem budžetu DRI.

²¹ Izvještaj o kontrolnoj reviziji opština Nikšić, Danilovgrad, Ulcinj, Rožaje i Kolašin

II Planiranje revizije javnih nabavki

Svakoj od revizija, bez obzira na vrstu ili obim, prethodi temeljna priprema državnih revizora kroz izradu detaljnog plana revizije kojim se definišu osnovni ciljevi, postupci i metode izvođenja predmetne revizije.

U cilju uspješnijeg izvođenja postupka revizije javnih nabavki Senat Institucije je usvojio posebne Smjernice za reviziju javnih nabavki, za potrebe rada državnih revizora na terenu.²²

Revizijskim postupcima obuhvaćene su sve faze nabavke, počevši od: planiranja, pokretanja postupka, izbora najpovoljnije ponude, zaključivanja ugovora i njihove realizacije, plaćanja roba, izvedenih radova i izvršenih usluga, sve do vođenja propisanih evidencija.

U tom cilju edukacija državnih revizora za kontrolu postupaka javnih nabavki jedan je od prioriteta DRI u daljem radu, jer cjenimo da samo dobro obučeni i stručno osposobljeni državni revizori su u mogućnosti provjeriti da li su:

- a) postupci javnih nabavki sprovedeni u skladu sa propisima i kako je izvršen izbor najpovoljnije ponude,
- b) te da li su druge radnje u postupku nabavki sprovedene u skladu sa propisima.

Iz ugla državne revizije kontrola javnih nabavki, u principu, može se podijeliti na dva dijela i to:

- revizija postupka dodjele ugovora, koja se zasniva doslednoj primjeni Zakona o javnim nabavkama²³ i
- revizija realizacije dodijeljenih ugovora.

²² Smjernice DRI od 18.03.2010 godine - broj 9

²³ Član 5 Zakona o javnim nabavkama ("Sl. list CG" br. 42/11, 57/14 i 28/15)

Obje faze javnih nabavki podložne su nepravilnostima i mora im se u postupku revizije dati jednak prioritet ukoliko se želi obezbijediti poštovanje osnovnih načela javnih nabavki (načelo transparentnosti, konkurentnosti, ravnopravnosti i ekonomičnosti). Posebno se pažnja posvećuje onim poljima koja su se pokazala kao najranjivija:

- neblagovremeno i neralno planiranje;
- nesaglalsnost ugovora o nabavkama sa zahtjevima iz tendera;
- naknadne izmjene uslova nabavki
- veliki broj aneksa ugovora, kao i
- odsustvo kontrole izvršenja ugovora.

Najozbiljniji oblici nepravilnosti uglavnom uslijede tokom sprovođenja ugovora. U ovoj fazi može doći do značajnih zloupotreba: nepoštovanjem ponuđenih cijena, isporukom robe neadekvatnog kvaliteta, neisporučivanjem ugovorenih količina, neizvršenjem ugovorenih radova po obimu i kvalitetu, nepoštovanjem datih rokova i sl.

U fazi implementacije, ponuđač vrlo često nastoji da nadoknadi troškove (podmićivanja) ili da poveća zaradu smanjenu po osnovu toga što je morao da punudi najnižu cenu kako bi pobijedio na tenderu. To se postiže na više načina:

- koristi se materijal slabijeg kvaliteta od onog koji je predviđen u specifikaciji;
- troši se manja količina materijala od one koja je potrebna;
- fakturiše se veća potrošnja od stvarne;
- falsifikuje sertifikate o kvalitetu roba i slično.

Kako bi u ovom postupku bili što efikasniji državni revizori moraju posebnu pažnju obratiti na 18 precizno identifikovanih radnji – bitnih elemenata za prvojeru - pregled²⁴, to jeste da li je:

- 1) imenovan službenik za javne nabavke;

²⁴ Strana 10-11 Smjernica za reviziju javnih nabavki DRI Crne Gore

- 2) donešen i objavljen plan javnih nabavki;
- 3) predmetna nabavke u skladu sa planom javnih nabavki;
- 4) donešena odluka o pokretanju i sprovođenja postupka;
- 5) odabrani postupak nabavke u skladu sa Zakonom;
- 6) komisija za otvaranje i vrednovanje ponuda obrazovana u skladu sa Zakonom;
- 7) poziv za javno nadmetanje objavljen i oglašen na način propisan Zakonom i propisima o javnim nabavkama;
- 8) tenderska dokumentacija pripremljena u skladu sa Zakonom i podzakonskim aktima (da li je usaglašena sa pozivom, sadrži li sve propisane obavezne elemente, da li utvrđeni kriterijumi obezbjeđuju doslednu primjenu načela ravnopravnosti i konkurentnosti, da li je jasna i razumljiva...)
- 9) ispoštovani zakonski rokovi i rokovi propisani pozivom za dostavljanje ponuda;
- 10) otvaranje ponuda bilo javno i u propisanom roku;
- 11) postupak pregleda, ocjene i upoređivanja ponuda sproveden u skladu sa zahtjevima, uslovima i postavljenim kriterijumima;
- 12) odluka o dodjeli ugovora donešena i objavljena u roku određenom u pozivu;
- 13) zapisnik i obavještenja koja prate postupak javne nabavke u skladu sa propisanim pravilima;
- 14) Ugovor o javnoj nabavci u cjelosti u skladu sa ponudom ponuđača koji je prvorangiran;
- 15) dodijeljeni Ugovor dosljedno realizovan (jesu li ispoštovane ugovorene cijene, količine, rokovi i sl.);
- 16) plaćanje izvršeno u skladu sa ugovorom, fakturama, situacijama, za primljene robe, usluge ili radove;
- 17) primljena roba evidentirana na propisan način i
- 18) evidencija izvršenih javnih nabavki izvršena na način propisan Zakonom i propisima o javnim nabavkama.

III Revizija uspjeha kod javnih nabavki

Državna revizorska institucija, u okviru paralelne revizije uspjeha, u kojoj učestvuju vrhovne revizorske institucije Makedonije, Srbije, Bosne i Hercegovine (tri ureda), Albanije i Kosova, uz ekspertsku podršku Evropskog revizorskog suda i Nacionalne kancelarije za reviziju Švedske, sprovodi reviziju u oblasti javnih nabavki.

U okviru predstudijskog istraživanja, nakon izvršenih analiza, konstatovani su nedostaci u dijelu planiranja, pa je Državna revizorska institucija Crne Gore odlučila da se sprovede revizija Efikasnosti planiranja javnih nabavki i to nabavki medicinske opreme.

- Ekonomično sprovedena nabavka je ona u kojoj su pribavljena dobra, usluge ili radovi odgovarajućeg kvaliteta, po najpovoljnijoj cijeni;
- Efikasno sprovedena nabavka je ona koja je blagovremeno i racionalno planirana, sprovedena i izvršena sa najmanje moguće troškova po naručioca, uz adekvatno odabranu vrstu postupka, bez žalbi ponuđača i odlaganja rokova;
- Efektivno sprovedena nabavka je ona kojom su postignuti postavljeni ciljevi nabavke, kao i ona koja ima pozitivan odnos između predviđenih i ostvarenih efekata nabavke.

Razlog zbog koga je planirano da se vrši revizija efikasnosti planiranja u zdravstvenom sistemu sadržan je u činjenici da je tokom 2015. godine od strane zdravstvenih institucija sprovedeno javnih nabavki ukupne ugovorene vrijednosti 65.285.851,24€, što čini 15.22% ukupnih ugovorenih javnih nabavki u Crnoj Gori za tu godinu²⁵.

²⁵ Izvještaj o javnim nabavkama u Crnoj Gori za 2015.godinu; Uprava za javne nabavke, str 74

Tabela 5: Planirane javne nabavke zdravstvenih institucija u 2015.godini²⁶

Predmet javne nabavke	Planirane vrijednosti	Ugovorene javne nabavke	Razlika
Robe	86.101.451,35	60.584.206,80	25.517.244,55
Usluge	1.856.330,44	2.061.961,79	-205.631,35
Radovi	6.263.123,32	2.639.682,65	3.623.440,67
Ukupno:	94.220.905,11	65.285.851,24	28.935.053,87

Loše planiranje budžeta za javne nabavke je problem na koji ukazuju zvanični izvještaji nadležnih institucija u ovoj oblasti, kao i sami službenici za javne nabavke. Da nije bilo pomaka u pravcu realnijeg planiranja budžeta za javne nabavke ni u 2015. Godini ukazuje i revizija završnog računa budžeta u kojoj se ponavljaju preporuke iz ranijih godina.

Uobičajna je pojava izmjena plana nabavki u odnosu na prvobitno usvojeni plan²⁷. Ovakva praksa postoji zbog odsustva preciznijih smjernica koje bi omogućile realnije i svrsishodnije planiranje.

Jasno definisan i uspostavljen plan nabavki omogućava naručiocima uspješno poslovanje, jer predstavlja spisak postupaka koje je neophodno izvršiti u toku budžetske godine, sa ciljem nabavke neophodnih dobara, usluga i radova.

U postupku predstudijskog istraživanja DRI je evidentirala sljedeće problemi u fazi planiranja javnih nabavki:

- 1) planovi javnih nabavki ne donose se u rokovima utvrđenim Zakonom o javnim nabavkama;

²⁶ Podaci navedeni u Tabeli 5 uzeti su iz Izvještaj o javnim nabavkama u Crnoj Gori za 2015.godinu; Uprava za javne nabavke, str 74

²⁷ Jedna od zdravstvenih institucija izabranih uzorkom u toku 2013. godine mijenjala je Plan javnih nabavki 10 puta, dok u 2015. godini izmjene prvobitnog Plana vršene su 8 puta.

- 2) česte su izmjene Plana javnih nabavki;
- 3) sredstva koja se planiraju za finansiranje jedne vrste izdataka iskorišćenja su za sasvim drugu namjenu;
- 4) planovi ne obuhvataju predhodno pripremljene analize bazirane na ispitivanju tržišnih uslova;
- 5) korisnici (npr. Klinički centar Crne Gore u toku 2016. godine) prilikom izrade Plana javnih nabavki nijesu upozanti sa sredstvima koja će im biti stavljena na raspolaganje za nabavku opreme sve dok Fond za zdravstveno osiguranje ne donese odluku o raspodjeli sredstava i td.

Tabela 6: Primjeri lošeg planiranja

Subjekat	Plan	Izmjena plana	Realizacija	Realizacija /izmjena plana
Prijestonica Cetinje ²⁸ (2016)	441.700,0 0	612.600,0 0	266.530,1 3	43,51%
Direkcija javnih radova – k.budžet ²⁹ (2015)	42.197.07 7,00	45.197.07 6,96	35.677.80 8,24	78,94%
Ministarstvo unutrašnjih pos ³⁰ (2014)	10.023.18 1,26	11.050.78 1,26	9.703.457, 53	87,81%

²⁸ Kontrolna revizija Prijestonice Cetinje: DRI broj: 40112/16-052 od 24.10.2016. godine

²⁹ Izvještaj o reviziji Godišnjeg finansijskog izvještaja Ministarstva održivog razvoja i turizma: DRI broj: 40113/16-022-92/20 od 24.10.2016. god.

³⁰ Izvještaj o reviziji Ministarstva unutrašnjih poslova DRI broj: 40113-022-92/36 od 15.10.2015. god.

Ministarstvo odbrane ³¹ (2013)	2.943.730, 00	3.643.850 ,00	2.917.714,86	80,07%
---	------------------	------------------	--------------	--------

Ukoliko subjekti revizije ne izvrše adekvatno planiranje (npr. nabavki medicinske opreme) postoji rizik da javna nabavka neće biti realizovana i da će novac biti utrošen u druge svrhe.

Da bi nabavka bila realizovana subjekti treba da znaju sa kojim rizicima mogu da se suoče, da ih procijene i na kraju preduzmu sve radnje u cilju da se rizici otklone ili smanje.

Potencijalni rizici za pojavu korupcije u fazi planiranja javne nabavke javljaju se u slučajevima:

- neadekvatno pripremljenog plana javnih nabavki, tj. kada se sprovode bez prethodno pripremljene analize bazirane na ispitivanju tržišnih uslova;
- pogrešne i nepotrebne investicije koja nema vrijednost za društvo,
- nedonošenja i neobjavlivanja plana javnih nabavki;
- precijenjene potrebne količine roba tj. ugovaranje nepotrebnih količina itd.

Predstudiskim istraživanjem utvrđeno je da su pojedini postupci bili obustavljeni iz razloga što nije bilo dostavljenih ponuda ili dostavljene ponude nijesu bile ispravne. Ovo pokazuje da subjekti revizije nijesu adekvatno procijenili rizik (visok stepen rizika) u fazi planiranja nabavki medicinske opreme. Na taj način finansijska sredstva opredijeljena za određenu javnu nabavku mogu se planirati u vještački visokom iznosu kako bi se višak sredstava mogao otuđiti ili preusmjeriti.

Najveći rizici za koruptivno djelovanje na strani ponuđača, pronalaze se u mogućnosti saradnje između

³¹ Izvještaj o reviziji Sistema unutrašnjih finansijskih kontrola i sistema nabavki Ministarstva odbrane: DRI broj: 40113-021-1056/13 od 01.12.2014. god.

ponuđača, kao i izborom ponuđača da se ne takmiče između sebe – kartelski sporazumi. Ovi dogovori su veoma prikriveni i teško prepoznatljivi.³²

Na osnovu predstudijskih istraživanja, potencijalni nalazi ukazuju da subjekti revizije nijesu bili u dovoljnoj mjeri efikasni prilikom planiranja budžeta javnih nabavki.

Ovi nedostaci mogu se objasniti sledećim faktorima:

1. nepostojanje zakonskih i drugih propisa (podzakonskih akata, smjernica, metodologija i td.) koji uređuju sistem planiranja javnih nabavki;
2. nepostojanje stručnih lica koja su zadužena za postupak izrade plana javnih nabavki (plana nabavki medicinske opreme);
3. nepostojanje procedura kod subjekata revizije kojima se definiše postupak izrade plana javnih nabavki (nabavki medicinske opreme);
4. nedovoljno istraživanje tržišta od strane subjekata revizije za nabavke medicinske opreme;
5. nedovoljan iznos sredstva koji se opredjeljuju subjektima revizije za nabavku medicinske opreme.

Analizom podataka od strane vrhonce revizije, koji se odnose na zdravstvene institucije, evidentirano je i sljedeće:

- 88% uspješno realizovanih od pokrenutih postupaka javnih nabavki;
- 12% pokrenutih postupaka bili su predmet žalbe;
- 15% neriješenih od ukupnog broja pokrenutih žalbi;
- 8,5% pokrenutih sporova pred Upravnim sudom, od ukupnog broja postupaka koji su predmet žalbe;
- prosječan rok trajanja rješavanja po žalbi iznosi 67 dana;
- većina zdravstvenih ustanova je imalo inspekcijski nadzor i nije bilo izrečenih kazni;

³² 165 OECD, Guidelines For Fighting Bid Rigging In Public Procurement, pp. 2, available at: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>

- 22% zdravstvenih ustanova ima posebno sistematizovano radno mjesto za službenika za javne nabavke, a mali broj ima posebnu službu za javne nabavke (ovo nije zakonom uređena obaveza ali se preporučuje kao dobra praksa);
- većina ovih naručilaca je donijela proceduru za sprovođenje postupka javne nabavke neposrednim sporazumom, ali ih većina nije objavila na svojoj internet stranici.

Nakon završetka postupka revizije DRI će izraditi preporuke za unapređenje postupka planiranja javnih nabavki koje bi bile primjenljive ne samo na oblast zdravstva već na čitav sistem (donošenje nove implementacione regulative iz oblasti planiranja javnih nabavki u skladu sa zahtjevima novih EU Direktiva), a takođe će se dokazati značaj adekvatnog planiranja tj. da je neophodno vršiti analize plana nabavki i shodno tome preduzimati korektivne mjere.

Pored navedenog očekuje se poboljšanje koordinacije državnog budžeta i kanalisanje sredstava u prioritetnim oblastima, unapređenje procesa planiranja nabavki u smislu direktnog povezivanja sa budžetskim planiranjem, poboljšanje internih propisa u revidiranim subjektima, stavljajući akcenat na uloge i odgovornosti različitih jedinica / službenika, i na svim nivoima hijerarhije.

Zaključak

Imajući u vidu sve zahtjevnije obaveze iz pregovaračkog procesa Crne Gore sa Evropskom unijom, kao i potrebu da se ne zaostaje s reformama u oblasti sprečavanja korupcije, adaptacijom Akcionog plana za pregovaračko poglavlje 23 – Pravosuđe i temeljna prava, u okviru oblasti koja se odnosi na sprečavanje korupcije, predviđeno je donošenje Operativnog dokumenta za sprečavanje korupcije u oblastima od posebnog rizika (iako se oblast javnih nabavki detaljno tretira kroz 5.

pregovaračko poglavlje – Javne nabavke), među kojijma su i javne nabavke.

Mjere koje su zastupljene u ovoj oblasti prvenstveno se odnose na unapređenje normativnog okvira, ali i na jačanje administrativnih kapaciteta za sprovođenje propisa i obezbjeđivanje tehničkih uslova za uspostavljanje efikasnog i transparentnog elektronskog sistema za javne nabavke.³³

U pravcu daljeg unapređenja ukupnog postupka javnih nabavki na bazi nalaza vrhovnih revizorskih institucija u narednom periodu, uz sve već predloženo trebalo bi i:

- Utvrditi preciznije kriterijume za donošenje planova javnih nabavki;
- (smjernicma i uputstvima za izradu budžeta i finansijskih planova kvalitetnije definisati ciljeve i programe potrošnje sredstava u okviru politike javnih nabavki i zahtjevati da obrazloženje javnih nabavki potrošačkih jedinica za obezbjeđenje sredstava bude konkretnije i transparentnije);
- Podići veći stepen obaveznosti da se učine transparentnim ugovori o javnim nabavkama, a posebno aneksi istih;
- Izvođenje naknadnih radova treba preciznije urediti i definisati kao izuzetak koji podliježe posebnoj kontroli;
- Uspostaviti i ojačati interne kontrole i unutrašnju reviziju;
- Jasno definisati šta sve spada u tzv „povjerljive nabavke“, kako bi se onemogućilo da korisnici budžetskih sredstava, kroz ovaj vid nabavke, izbjegavaju primjenu Zakona o javnim nabavkama.
- Obezbjediti dosljednu primjenu člana 61 Zakona o državnoj imovini³⁴, po kojem su državni organi dužni

³³ Operativni dokument za sprečavanje korupcije u oblastima od posebnog rizika (Aneks AP za poglavlje 23), jul 2016

³⁴ ("Sl. list CG", br. 21/09; 40/11)

vršiti dostavu ugovora o sticanju i raspolaganju nepokretnim i pokretnim stvarima veće vrijednosti;

- Potrebno je jasno definisati nadležnost za pokretanje prekršajnog postupka kao i organ pred kojim se ovaj postupak vodi.

Prof. dr Miodrag VUKOVIĆ¹

**BREXIT I NJEGOVE POSLJEDICE: TRENUTNI
TRENDOVI U EU I IMPLIKACIJE NA GLOBALNOM NIVOU²**

Ništa novo ako se kaže da prije i poslije Bregzita (Brexit) nije isto. Ni u ovom trenutku, nekoliko mjeseci poslije „odluke“ građana Velike Britanije na referendumu o budućnosti njihove zajednice u odnosu na Evropsku Uniju, sve stvari nijesu dovoljno jasne da bi se sa sigurnošću moglo reći, pa čak ni pretpostaviti, o kakvim kratkoročnim i dugoročnim posljedicama se može govoriti, a posebno šta se realno može očekivati. Izvjesno mnogo toga se već dešava, a i sa visokim stepenom vjerovatnoće može se takođe dosta i naslutiti. Rezultat Bregzita, više nego sigurno, ovaj o kome se govori, koji se desio, za većinu je iznenađenje, mnoge je zatekao „nespremnik“. Ipak neće se pogriješiti ako se kaže da je odluka na referendumu posljedica očiglednog jačanja, na globalnom nivou, desnih populističkih snaga, pa i u konkretnom slučaju u samoj Velikoj Britaniji. Rezultat je, dalje, izazvao pored početne nevjerice vrlo brzo i izvjesnu i mjerljivu zebnju u pragmatiskom diskursu demokratske Evrope i svijeta. Kao da se odigrao prvi dio šahovske partije između dva globalna igrača pri čemu je trenutni raspored na tabli, poslije prvih povučениh poteza, posebno ovog odigranog u Velikoj Britaniji, iznenađenje. Prednost je dobio, bar tako tvrde oni koji su zahvaćeni ne samo očiglednim razočarenjem nego i pesimizmom kada je budućnost „partije u toku“ u pitanju, autsajder dok je favorit, onaj koji je imao startnu prednost,

¹ Dekan Pravnog Fakulteta Univerziteta Mediteran, Poslanik u Skupštini Crne Gore

² Međunarodni naučni skup Evropskog centra za mir i razvoj Ujedinjenih nacija – Budućnost svijeta između globalizacije i regionalizacije“, Beograd 28. – 29. oktobar

onaj u koga su polagane velike nade, sada u dosta neprijatnoj situaciji. Kažu, ne mali broj njih, umjesto izvjesne pobjede, poslije Bregzita, ostaje mu da se bori za remi, o pobjedi teško da može govoriti.

Procesi u drugim zemljama, prije svega Evropske Unije, sada daleko ozbiljnije upozoravaju. Već se kalkuliše sa „ITEXZIT-om“, „FRANEXZIT-om“, „HOLEXZI-tom“, „AUSEXZIT-om“... Je li sve to na nivou realnog upozorenja koje mora podići „borbenu gotovost“ posvećenih sadašnjosti i budućnosti evropskih i širih demokratskih integracija. Da li bauk populizma i nadiruće desnice počinje da kruži Evropom. Da li će taj početni talas, koji je krenuo iz Velike Britanije, pretvoriti se u buru okrenutu namjeri da poruši temelje Evropske Unije, možda i u cunami sa nesagledivim posljedicama po globalne odnose, globalni raspored snaga i moći.

Svi govore o budućnosti, vlastitoj, budućnosti Evrope, budućnosti svijeta. Svi govore, o čemu drugom, nego o sutrašnjem danu, o danima koji dolaze poslije. I svi prijavljuju da to rade za to što žele dobro, bolje nego što je danas, nego što je sada. Svi nezadovoljni, zabrinuti, pokušavaju legitimisati svoj stav, svoju sugestiju kao spasonosnu, kao rješenje, kao izlaz. Mnogo toga se sugerije. Prethodno upozorava da treba raditi drugačije. Pojedinačno i kao ljudska zajednica u cjelini. Nema toga koji nema rješenje. Treba ponoviti svi ubijeđeni da oni raspolažu pravim izlazom, konkurentnom idejom, nesumnjivim izborom. Pri tom nema prostora niti vremena bar većina misli tako da se propita i o samom procesu sugerisanja da li je sve to dovoljno oportuno, konjunktorno, ostvarljivo, ali prije svega bolje od prethodnog pa i od sadašnjeg, neobećavajućeg po mnogima. Zato i treba biti obazriv. Sve što se nudi, sve što se predlaže, sve što se kandiduje kao bolje od postojećeg ne mora to u konačnom ni da bude. Tim prije što u opcijama za izlazak iz „definitivne krize u kojoj se nalaze odnosi u globalnoj ljudskoj zajednici“ ima puno prikriivenog, a starog, do sada praktikovanog, a ne potvrđenog, demantovanog

pa čak i kompromitovanog dosadašnjom ljudskom praksom. Zato se i postavlja dilema, preciznije prije nje čak i nameće zaključak da treba polako. Treba raditi ali ne trčati. Treba tražiti blagovremena rješenja ali ne treba hitriti. Treba biti mudar i problem ako je problem rješavati tako što rješenje neće biti novi problem ili put komplikovanja starog koji je rješenjem trebao da bude eliminisan već stvarni i prihvatljivi izlaz iz nezadovoljavajuće i upozoravajuće situacije. To mora eliminisati prostor za ubjeđenost u vlastitu nepogrešivost. Zajedničko traganje za rješenjem neminovno podrazumijeva, prije svega eliminisanje sebičnosti, zaljubljenosti u vlastiti stav, nespremnosti da se pomjeri iz vlastite busije. Nije vrijeme za branjenje vlastitih pozicija. I one moraju biti u frontu napora da zajedno se pronađe bolje. Stavovi kao „ja sam u redu kod drugoga je problem i tamo treba na osnovu te dijagnoze utvrđivati terapiju“ prijete da dovedu do epidemije neočekivanih događaja.

I na ovom uvaženom skupu govori se o budućnosti. Iskazana je nepodijeljena zabrinutost za ono što čeka sutra, u danima koji dolaze, sve bez ostatka. Svi i ođe saglasni da je povezivanje jedina alternativa. Međusobna tolerancija, međusobno razumijevanje, traganje za zajedničkim rješenjem, uz potrebne političke i svekolike ljudske kompromise jedini put. Priča o nacionalnim, lokalnim, iskustvima istovremeno sa promatranjem i propitivanjem globalnog i ukupnih kretanja. Saglasnost da ima puno razloga za kolektivnu zabrinutost. Čak i kataklizmična promatranja „zadate teme“ ne samo ovoga puta i na ovom skupu dobijaju karakter. Bez njih se ne može konstituisati prava dijagnoza niti sugerisati izlazak. Stavovi da je svijet u tunelu punom mraka, bez svijetla na njegovom kraju, bar za sada i u ovom trenutku, ma koliko neprihvatljivi, odomaćili su se svuda i na svakom mjestu. Evo i u ovom trenutku od mnogih mudrih ljudi čulo se mnogo toga različitog, a korisnog ali za sada dominantan utisak u ovoj razmjeni iskustava i sugestija ostavljaju stavovi kao onaj da

idemo, kao globalni sistem, pa čak i kao ukupna civilizacija, nezaustavljivom stranputicom, ka totalnom ratu pa i onom, definitivno, nuklearnom kojim se do sada mahalo kao potencijalom, kao mogućnošću, svima, svemu i svakome. Toliko su ti stavovi bacili u fus-notu i današnje razmjene mišljenja, meditiranja na zadatu temu koja su previše oslonjena na sigurnu pobjedu razuma, kojima se sugerije da boljitak nema alternativu, da nije za kritiku ako je neko i na ovom skupu prisutan, a sluša tako katastrofične nagovještaje, u svojoj nemoći koju je osjetio, nemoći da bilo šta promijeni, da na bilo šta utiče, a došao je sa strane, u trenutku pomislio da skрати svoj boravak u ovom gradu i da se vrati odakle je došao da bi do kraja makar odsanjao svoju zabludu da neće svijet uništiti sam sebe, nespreman da to prihvati ali nemoćan da riješi dilemu bez nepoznate: kako ljudsko dobro, kako opšte dobro pred dominacijom zahtjeva, militantnih u svakom slučaju, interesa koji se mogu i spremni se braniti se i promovisati ničim drugim do nuklearnim bojevim glavama u različitim oblicima manifestovanja.

Svijet jeste u svojevrсноj krizi. I to ne od juče. Već u dugo trajućoj i sve nepodnošljivijoj. Možda su u pravu oni koji su odavno upozoravali da je istorija čovječanstva istorija ratova, da se istorija ponavlja, makar kao karikatura ili ironija, da se sve stvari u ljudskom životu ponavljaju ciklično, periodično obnavljaju. Možda su u pravu i oni koji kažu da je kategorizacija ekstremnog rješavanja ljudskih konflikata i nesporazuma, sukoba i ideja i namjera, kategorizacija na ratove, prvi, drugi i tako redom, uz očekivanje „da počne, zakonito istorijski, i treći svjetski rat“ loša, netačna, da ne pogađa u centar. Biće da su u pravu oni koji kažu da čovjek u svom trajanju nikada nije ni izašao iz svjetski važnog i po uzrocima i po posledicama ratnog sukoba. Treći svjetski rat, kažu i treba ozbiljno promisliti zašto ne bi bili u pravu ti isti, već traje. Dugo. Svjetski je jer se ratuje, ako je rat onaj vidljiv, mjerljiv po ljudskim žrtvama i materijalnim stradanjima, na

svim stranama svijeta. Ratuje se na Bliskom Istoku, ratuje se na crnom kontinentu, ratuje se u Istočnoj Evropi, ratuje se i na drugim djelovima svijeta. Nema prostora koji nema neki iskaz trajućeg svjetskog globalnog rata. Ratuje se i tako što se prijeti ratom. Ratuje se kao što bi na Balkanu rekli „za iste ciljeve ali drugim sredstvima“. Prijetnjama. Ratuje se i u sredinama do juče mirnim jer tako hoće razne vrste „terorista“, nelegitimnih vojnih formacija. Ratuje se na drumovima, na cestama. Nema dana bez dramatičnih posljedica različitih manifestacija trajućeg trećeg svjetskog rata.

I legitimno pitanje kako to zaustaviti. Kako tome oduprijeti, suprotstaviti. Kako spriječiti da sve to zajedno i bukvalno ne preraste u treći svjetski pa još ne mali broj ima onih koji tvrde da će biti i nuklearni rat. Razvojem ljudske zajednice i njenim razvojnim kretanjem suprotnim putevima od onih kojima su krenuli i na koji hoće i sve ostale da povedu jahači savremene apokalipse. Treba stabilizovati ljudsku zajednicu. Treba ohrabriti posvećene dobru ljudske civilizacije. Nužno je udružiti pojedinačno i kolektivno, individualno i zajedničko. Treba ponovo probuditi nadu onome što obećava. Potrebno je prestati koketirati sa onima koji samo prividno „rješavaju“ manje ili više „krupne probleme“.

I mnogo toga drugog bi se moglo reći u uvodu ali više je nego očigledno da ovaj problem nadilazi potrebu retoričkih ekvilibristika i ulaganja napora da se u verbalnom odnosu prema očiglednom bude uspješniji, interesantniji, bolji. Profesor Bredli je saopštio na ovom skupu vrlo interesantna zapažanja o Bregzitu i njegovim mogućim posljedicama, prije toga razlozima koji su doveli do rezultata koji se sobom donio, iznio jedan vrlo kompetentan „pogled iznutra“. Potrebno je tome, pokušati bar, dodati i gledanja, pojedinačna jer još zajedničkih stavova nema, a teško je reći da li ih može biti i u skorije vrijeme, gledanja spolja na ovaj događaj. Ambicija da se da konačan stav ne samo da je nerealna nego je i nepristojna. Zato nekoliko opservacija o onome što u ovom trenutku može

da bude validan izbor ogromnog broja činjenica relevantnih za ovaj događaj.

Da li je neko iznenađen rezultatom Bregzita. Treba biti iskren i reći nešto što je, takođe treba priznati, još za mnoge na nivou kontroverznog. Prije svega treba biti i u današnjoj debati i inače kada se razgovara o ovom kompleksnom problemu posebno obazriv. Treba voditi računa na koji način tretirati Bregzit i sve ono što je dovelo do ove situacije. Realni svjedoci, ne radi se o učesnicima nego o onima koji su pratili ovaj događaj zainteresovani za njegov ishod, nijesu iznenađeni i ne mogu biti iznenađeni ishodom referendumu. Prije svega treba razlikovati odluke donešene na referendumu, u principu, ne samo u ovom konkretnom slučaju, od odluka koje se donose i odnose na zvanične državne politike. Ovo iz razloga što je referendum u Velikoj Britaniji, kako pravnici i političari kažu konsultativnog, a ne konstitutivnog karaktera, nije sam po sebi obligatoran, obavezujući, ali o tom u nastavku iznošenja ovih stavova. Takođe, desile su se u međuvremenu, poslije referendumu, nove stvari. Odluka Višeg suda u Velikoj Britaniji je „obeshrabrila“ post Bregzitsku vladu u ovoj zemlji koja je već krenula u realizaciju obaveze u odnosu na većinsku volju građana na način što je adresat u ovom slučaju ne ona nego britanski parlament. On treba da kaže „šta treba raditi poslije Bregzita“. Ali ponovo o opštim činjenicama vezanim za referendum koje su se za neke očekivano i slavodobitno prihvatile kao dobrodošle, a za druge traumatično i obeshrabrujuće, u slučaju Bregzita. Referendum jeste ne samo takozvani glas naroda. Referendum je realna mjera očuvanja njegove svetosti učešća, neposrednog, građana u vršenju vlasti u svakoj demokratskoj državi. Referendum jeste nešto što, primjereno sadašnjem stanju ljudske civilizacije, može da brani istinu da se pokušava sačuvati suverenitet u rukama građanina, pravo da odlučuje o sebi, o zajednici i na način da to odlučivanje ne bude samo i uvijek preko onih koje je istorija političkog odlučivanja sobom donijela, narodnih predstavnika.

Referendum jeste po definiciji glas naroda ali je takođe po opšteprihvaćenoj definiciji i nepodijeljenom ne samo naučnom nego i političkom građanskom stavu zvanična politika u demokratskoj zemlji, to mora biti, jer od demokratije u suprotnom nema ni slova, rezultat promišljene, informisane i jasno definisane strateške orijentacije te države i svih država sa ambicijom da budu narodne, demokratske. Zvanična politika, naročito ona državnička često je znala i u bliskoj i daljoj prošlosti, a i danas, biti u direktnoj koliziji sa stvarnim raspoloženjem naroda, javnog mnjenja, ovaj referendum, Bregzit je dokaz za to. Uz sve ostalo što se može prigovoriti na „prethodna postupanja“ prije Bregzita, prije samog referendumskog odlučivanja, treba reći da je u ovom konkretnom slučaju nepromišljenom i veoma kratkovidom politikanskom odlukom, ma kako to bilo branjeno diktatom propisa, zakona, kao nužnost, na narod je delegirana odgovornost za donošenje odluke za koju nije imao potpunu informaciju. Narod je glasao nošen emocijom. Prije svega nedostajala je, treba ponoviti, potpuna informacija o čemu se radi. Zatim nedostajao je osjećaj odgovornosti za ovako krupnu odluku. I najvažnije nedostajalo je vizije o sve ukupnim reperkusijama ovakve odluke. Informacije, odgovornost i vizija, se ne mogu ostvariti za tako kratak rok kao što je bila referendumska ili predreferendumska kampanja. Ove tri komponente su prvenstveno vezane za državničke odluke, s obzirom na to da se od državnika očekuje da preuzme takvu ulogu i ime naroda. Zato su i državnici zato ih je prije svega i birao narod. Ako bi u svakoj ovakvoj ili sličnoj situaciji prebacivali navodno „pravo“, a u stvari odgovornost, demonstrirajući pri tome ili politički kukavičluk ili visok stepen političke manipulacije, na narod, državnici bi se mogli birati „ugovorom o djelu“, za obavljanje sitnih, dnevnih poslova, u svim zemljama, dok bi narod vladao, neposredno odlučujući.

Dakle, treba ponoviti, u Velikoj Britaniji, očigledno, narod nije bio informisan, pa nije ni osjećao niti je rezultat to

pokazao da je bio svjestan pune odgovornosti za donošenje ove i ovakve odluke. Narod nije imao jasnu sliku posljedica koje mogu u jednom ili drugom slučaju rezultata uslijediti. Mnogo je dokaza u ovom trenutku za to. Primjera radi, jedan grad u Velsu, većinski je glasao za Bregzit. Međutim, kada se pogledaju socio-ekonomski parametri u tom gradu, vidjeće se da je taj grad već par decenija živio od dugoročne pomoći za nerazvijena područja, pomoći koje je uplaćivala upravo EU. Dakle, grad koji je direktno zavisio od sredstava EU glasao je za izlazak iz te iste EU. To samo govori da ključne razloge za ovakvu odluku treba tražiti i u, više je vidljivo dugotrajnom i racionalnom i to namjerno stvaranom i njegovanom poimanju Evropske Unije kod građana Velike Britanije.

Dalje, odavno se zna da postoji tzv. demokratski deficit EU. Pokušaji da se projekat evropskih integracija star preko pet decenija osavremeni, oslobodi limita i problema su skoro svakodnevnici. Nažalost ne i dominantno uspješni. O problemima EU ne razmišljaju samo „čelnici i strukture ove demokratske strukture“ nego i svi građani bez ostatka. Da je narod nedovoljno informisan o suštini i prirodi funkcionisanja EU, o benefitima i limitima članstva u toj asocijaciji ne treba se međusobno ubjeđivati. Da se političari ni ne trude da im približe važnost Evropske Unije o tome tek ne treba trošiti riječi. Samim tim, narod je donio odluku nošen nepotpunom informacijom i bio izložen lakim populističkim manipulacijama. Na stranu to što se odavno zna da i pripreme za referendum u Velikoj Britaniji su većinom namjerno u prvi plan izbacivale lošu pa i pogrešnu konotiranu informaciju o EU, da su političari, posebno zagovornici Bregzita otvoreno, nije teška riječ jer ako bi bila teška onda je istina koja stoji u njenoj osnovi teška, otvoreno lagali u svojoj kampanji. Na stranu to što je vođstvo političkih snaga koje su podržavale Bregzit odmah, a i danima nakon referenduma napustilo i napušta „brod koji tone“, jer, s obzirom da su na izvoru informacija, i te kako znaju kakve loše, a mnogi su spremni da

ustvrde katastrofalne posljedice očekuju i samo Ujedinjeno Kraljevstvo.

Ono što zaista treba razumjeti jeste koji je to dio naroda koji je bio zaveden populističkom pričom o invaziji imigranata i kradljivoj Evropi. Radi se prije svega o onim slojevima društva koji su sebe doživjeli kao gubitnike globalnih procesa. To su oni koji nijesu vidjeli boljitak od praktikovanog i favorizovanog multikulturalizma, od otvaranja ekonomija, od razmjene ljudi, roba i usluga. To su oni kojima je kao razlog za njihovu ekonomsku stagnaciju u oči guran argument priliva emigranata koji hoće da krađu njihove poslova. To su oni kojima je rečeno da se milioni eura slivaju u EU kasu, a da oni sami, kao stvaraoci, kao obični ljudi, kao anonimni građani država članica te EU, ne vide niti će vidjeti ni centa od toga. Ove i slične manipulacije su unijele strah i skepsu među pretežno ruralno stanovništvo kao i starije generacije što dobrobrano pokazuju rezultati izjašnjavanja na referendumu u ovim socijalnim strukturama i kategorijama. Dakle, treba rezimirati makar koliko sve ovo izgledalo kao prethodna sugestija prvi dio odgovora na pitanja da li nekoga rezultati Bregzita mogu iznenaditi. Rezultat nije iznenađenje. Rezultat je posljedica žestoke manipulativne kampanje populističkih snaga koji su iskoristili emotivno stanje u sasvim određenim slojevima društva.

Takođe, rezultat ostvaren na referendumu je, to treba stalno imati u vidu, treba ponavljati kao nauk i upozorenje, rezultat je simptom neodgovornog ponašanja elita. Dobar dio političke elite koja se zalagala za ostajanje u Uniji, u prethodnih par godina vodila je veoma agresivnu kampanju ucjena i pritisaka prema samoj Evropskoj Uniji. Zašto ne reći, konkretno, dosadašnji britanski premijer, čovjek koji je vodio britansku vladu vrlo uticajan u političkoj eliti ove zemlje, čiji se stav slušao, gospodin Kameron, je jedan od začetnika ideje o Bregzitu. Pamte se njegove izjave da mu neće biti žao ako Ujedinjeno kraljevstvo izađe iz Evropske Unije. Time je u stvari

vrlo implicitno dugo vremena ucjenjivao partnere iz Evropske Unije. Njegove suze tokom najave povlačenja sa mjesta premijera zbog rezultata Bregzita su pokazatelj „dosljednosti“ tih stavova. Kameron i njemu slični su koristili priču o Bregzitu kako bi polarizovali javnost i pojačali svoju pregovaračku poziciju sa EU. Međutim, ono na šta Kameron i njemu slični nijesu računali, jeste da će mnogi pročitati njihov pojedinačni i grupni, kolektivni blef. Međutim, ono na šta Kameron i njemu slični nijesu ipak računali, jeste da će biti toliko „ubjedljivi“ na referendumsko tijelo. Kada lider jedne zemlje zauzme tako isključiv i agresivan stav, to daje dodatni legitimitet populističkim i krajnje nacionalističkim idejama. Bez Kameronovog nepotrebnog flerotvanja sa idejom Bregzita podrška izlaska bi bila na nivou evropskog prosjeka euroskepticizma, neđe oko 15%. Međutim, njegovim djelovanjem ta ideja je dobila zamah u Ujedinjenom Kraljevstvu i zato je odnijela „pobjedu“.

On je do kraja pokušao da iskoristi situaciju. Pregovori sa EU u posljednjim mjesecima su njegov očajnički pokušaj da dokaže kako je EU popustila pred zahtjevima njegovim i njegove vlade, a da je Ujedinjeno kraljevstvo dobilo i da se nalazi pred pobjedom. Međutim, tako racionalno, treba priznati, objašnjenje je postalo neupotrebljivo u već polarizovanom britanskom društvu, koje je bilo ponešeno jakim emocijama, hranjeno populizmom, pa je logično da su se desile i prve žrtve narodne odluke među kojima je neminovno i abdikacija samog gospodina Kamerala.

Tako je bilo na referendumu i odmah poslije referenduma, a sada je pitanje: šta dalje?. Sada Ujedinjeno Kraljevstvo ima par scenarija ispred sebe, s jedne strane može pokušati da ostvari poziciju Norveške i potpiše EEA sporazum. Ovim bi Ujedinjeno Kraljevstvo zadržalo pristup zajedničkom tržištu. Ali ako se ima u vidu da Norveška sa takvim sporazumom već plaća doprinose EU u iznosu od 85% dosadašnjih britanskih doprinosa po glavi stanovnika, da mora

poštovati sva pravila jedinstvenog tržišta, a da, istovremeno, nema nikakve moći odlučivanja u vezi toga, u vezi istog, kao i da takav sporazum po automatizmu podrazumijeva prihvatanja slobode protoka ljudi i roba, veoma je teško očekivati da bi takav scenario bio prihvatljiv za one koji su glasali protiv EU, protiv kradljive Evrope i imigranata iz EU koji im kradu poslove. Druga opcija koja je moguća je da EU ponudi trgovinski sporazum nalik onima koje već ima sa Kanadom, na primjer. Međutim, ovakvi sporazumi ne pokrivaju sve vrste trgovine, ne eliminišu trgovinske barijere, isključuju mnoge finansijske usluge, i za njihovo ostvarivanje su potrebne godine. Samim tim ni ovaj scenario se ne čini baš primamljivim. I treći možda najmanje primamljiv je da Ujedinjeno Kraljevstvo otpočne trgovinsku razmjenu sa ostatkom EU kroz već praktikovane i predviđene sisteme svjetske trgovinske organizacije. To su sistemi koje EU već ima sa Kinom, Amerikom ili Indijom. Ovo bi vratilo, više je nego vjerovatno, mnoge trgovinske barijere između EU i Ujedinjenog Kraljevstva, i izvjesno paralisalo sektor finansijskih usluga. Sve u svemu Bregzit je i kada je o prethodnim stvarima riječ otvorio vrata velikom broju pitanja za koja treba tražiti odgovore, a mnogi od njih ne mogu pobjeći od potencijalno užasnih opcija.

Pitanje u ovom trenutku u vezi prethodno rečenog kako se Evropa osjeća i kako bi trebala sada da se ponaša. Racionalan odgovor, a i poželjan stav EU bi bio demonstracija činjenice da je EU konačno odahnula. Konačno, se oslobodila ucjenjivačkog pritiska koji je već decenijama dolazio od određenih struktura Ujedinjenog Kraljevstva. Već od dana ulaska u EU dobar dio britanskih političara se ponašao kao bezvoljna grupa prisiljenih učenika. Margaret Tačer će biti upamćena, pored ostalog, po sloganima, kao „đe su moje pare, hoću moje pare nazad“. Dakle još od njenog vremena političari Ujedinjenog Kraljevstva su se ponašali izuzetno osiono prema ideji evropskih integracija. Ujedinjeno Kraljevstvo je takom

svog članstva imalo zaista jedinstven status. Bilo je izuzeto iz dobrog dijela osnovnih akata EU, na njih se nije odnosio dobar dio regulative, odbijali su monetarnu uniju, šengensku zonu, odbijali su ratifikaciju protokola o imigraciji iz evropske Konvencije o ljudskim pravima, uskraćivali jednakost građanima drugim EU zemalja, i sl. Istovremeno, blokirali su većinu inicijativa za produbljivanje evropskih integracija. Služili su se metodama pozivanja Turske u članstvo u EU kako bi uplašili, i definitivno prepali dobar dio kontinentalne Evrope, na žalost u poslednje vrijeme vidljivo sve više sklone nacionalističkim i ksenofobičnim ponašanjima. Paradoks se mogao videti u toku referendumske kampanje kada su isti ti političari morali da se brane od napada što pozivaju Tursku, pravdajući se da oni to zapravo ne žele već da to samo govore evropskim kolegama kako bi ih spriječili u namjeri da se Evropa dodatno ujedini.

Izgleda apsurdno ali vjerovatno samo u ovom trenutku da izlaskom Velike Britanije Evropska Unija dobija šansu da konsoliduje svoje redove i ojača unutrašnji stepen integrisanosti. Osim Kameronovog naivnog koketiranja sa euroskepticizmom, kao realnom ne samo političkom nego i socijalnom snagom danas u čitavoj Evropi, ni jedna druga vladajuća elita u EU nema, bar to do sada nije pokazala, takav stav, što automatski održava euroskepticizam prisutan u svim zemljama na zdravoj razini od najviše 15%. Zbog svega toga može se reći da će Bregzit suprotno od očekivanja europesimista, a sada naglo ohrabrenih optimista u kraj, konačan i nezaustavljiv, Evropske Unije dati novi impuls jačanju EU, što se i vidi iz reakcija evropskih zvaničnika, odmah i saopštavanih u kontinuitetu. Britansko hvatanje za glavu, odlaganje da se uhvate u koštac sa potrebom i nužnošću na osnovu odgovarajućih članova evropskog ugovora, sa izlaskom, sa potrebom pokretanja postupka izlaska iz EU, odlaganje tog čina, odlaganje susreta sa tom neminovnošću za kraj tekuće pa za prvu polovinu naredne

godine i ko zna za kad, probudilo je pozornost ostatka Evrope da se ne dozvoli svim i da se spriječim svim demokratskim sredstvima mogućnost gubljenja tako dragocjenog legata kao što je Evropska Unija.

Neminovno će EU morati da se reformiše. Moraće se rekonstruirati i odnosi unutar nje i njen sa drugima. Međutim, to su redovni procesi koje svako novo vrijeme nameće Bregzit za to treba posmatrati, pored ostalog ne samo u ovom trenutku kao dodatni motiv za takvo nešto, a potrebno i nužno.

Da li Bregzit ima posebno negativnih posljedica na bezbjednost Evrope, na bezbjednosnu sliku u Evropi. Pitanje na koje svi upozoravaju i malo ko izostaje iz napora da se nađe odgovor. Ponovo kao realna posljedica, a tiče se konfiguracije sjutrašnje EU i stav da će Kameron sigurno ostati upamćen kao čovjek koji je razbio dvije unije, Evropsku uniju od 28 članica i Ujedinjeno Kraljevstvo. Doveo je do toga, to je realno ne pretpostaviti nego očekivati da će se desi, da se Evropska Unija od 28 zemalja istovremeno smanji za jednu, Veliku Britaniju, Englesku i Vels, a poveća za dvije, Škotsku i Sjevernu Irsku, imajući u vidu promptne reakcije upravo na rezultate referenduma u ove dvije države Ujedinjenog Kraljevstva. Svi se dobro sjećaju da je Škotska ostala u Ujedinjenom kraljevstvu nakon neviđenog pritiska i miješanja od strane Evropske Unije i zahtjeva i otvorene kampanje da Škotska ne izglasa vlastitu samostalnost (ponašanje Evrope, dosljedno, isto kao i u slučaju Crne Gore kao članice državne zajednice Srbija i Crna Gora) Brisel je prijetio Škotskoj da će u slučaju izlaska iz Ujedinjenog kraljevstva morati ponovo da aplicira za članstvo, da će im svi benefiti prestati, itd. Crna Gora je imala „Solaniju“, a Ujedinjeno Kraljevstvo Britaniju i Bregzit. Sada se vidi sav paradoks takve evropske politike. Dakle, sada ista ta Evropa obećava svu pomoć Škotskoj, koja je glasala protiv na Bregzitu, koja neće sa Bregzitovcima u neizvjesno, koja hoće da ostane u EU, obećava pomoć ukoliko se odluči da napušti Ujedinjeno Kraljevstvo. Juče protiv

nezavisne i samostalne Škotske sada je ohrabruje i požuruje da takvom postane. Već se čuju nagovještaji novog referenduma u Škotskoj, iako rezultati Bregzita mogu poslužiti kao neki indikator onda je raspad Velike Britanije neminovan.

I nije samo raspad Velike Britanije neminovan već i samog Ujedinjenog Kraljevstva. Neki kao da su zaboravili da je mirovni sporazum od velikog petka iz 1998. godine, uspostavio osjetljiv mirovni balans u turbulentnoj Sjevernoj Irskoj. Ako čega se treba podsjetiti u ovom trenutku onda je to činjenica da se primjer iz prethodnog dijela ovih stavova o malom gradu Velsu koji nije bio svjestan evropske pomoći koju prima može pojaviti kao najdrastičniji primjer toga u čemu se može naći vrlo brzo Ujedinjeno Kraljevstvo u Sjevernoj Irskoj. To prije svega jer je pomenuti mirovni sporazum (potpisan od strane Tonija Blera i Bernija Arherna, tj. Martina Mekginisa i Gerija Adamsa sa Trinbelomi Parslijem, a posredovan od strane Michela), sastavljen u kontekstu Evropske Unije: fleksibilnost granica između dvije države članice, Ujedinjenog Kraljevstva i Republike Irske. To je Bregzitom dovedeno u pitanje i irski nacionalisti već šalju signale da žele referendum za ujedinjenje ostrva, jer ne žele granicu između Republike Irske i Sjeverne Irske. Takođe, od početka 2000-tih, Evropska Unija ja slala veliku pomoć za postkonfliktnu rekonstrukciju, razvoj i pomirenje ovih područja. Bregzitom se ovi fondovi oduzimaju od Sjeverne Irske. Dakle. Bregzit je otvorio Pandorinu kutiju jedinstva i stabilnosti u okviru Ujedinjenog Kraljevstva. Dati ne informisanom narodu da donese tako osjetljivu odluku iz svega prethodnog dovoljno je zaključiti da se radi o zaista nečuvenom dokazu neodgovornosti!

Što se konkretno tiče evropske bezbjednosti, ona ničim nije dovedena u pitanje. Ujedinjeno Kraljevstvo ostaje članica NATO-a, koji je i dalje osnovni kontinentalni sistem bezbjednosti na koji su upućene sve članice EU pa čak i one neutralne poput Austrije, Irske, Švedske ili Kipra. Na samitu u Varšavi čak je i dogovoreno da se ojača saradnja između NATO

i EU, kao i evropska transatlantska komponenta. Svi pokazatelji upućuju na to da će nakon Bregzita britanski zvaničnici na sve načine pokušati i da preko NATO sistema održe makar privid jedinstva sa ostatkom Evrope. Samim tim teško je očekivati da će povući bilo kakav potez koji može ugroziti kolektivni sistem bezbjednosti. Naprotiv. On se nakon Varšave čini jačim i odlučnijim nego ikad. Možda neko može pretpostaviti da ovakva situacija odgovara, na primjer, Putinovoj Rusiji. Posebno poslije pobjede gospodina Trampa, koji je došao „niotkud“ na mjesto predsjednika SAD-a. Međutim, situacija je i suviše svježija da bi se mogli donijeti bilo kakvi zaključci. Ukoliko se Evropa konsoliduje iznutra, a NATO održi i ojača, teško da to može ići u korist bilo kome ko dovodi u pitanje svrsishodnost i relevantnost Evropske Unije.

Ovo bi bio ne samo djelimičan pogled spolja, sa Balkana, konkretno iz jedne države pretendenta za članstvo u EU, iz Crne Gore, pogled njene demokratske većine. Uprkos svim shvatanjima koja upućuju na drugačije u Crnoj Gori smatra većina Bregzit neće imati neke posebne posljedice po bezbjednost Balkana. Tenzije i nacionalizme na Balkanu ne može stvoriti bilo kakav Bregzit. Nažalost to je balkanski izvorni autentični, domaći proizvod. Nestabilnosti koje se mogu vidjeti u Bosni i Makedoniji su posljedica dugoročnog neodgovornog ponašanja domaćih elita. Problemi na Kosovu su konceptualne prirode jer tamo postoje određene strukture, političke prije svega, aktivne u institucijama države, koje se otvoreno bore protiv tamošnjeg ustava i institucija, promovirajući potrebu rušenja države i pripajanja Kosova drugoj zemlji, Albaniji. Malo manje definisano ali očigledno destrukciju ima i sama Crna Gora. Da li Bregzit može ojačati te tenzije. Teško. Ipak je EU zadržala svoj osnovni sistem netaknutim upućujući odlučnu poruku Londonu. Brisel je time uputio i implicitnu poruku Balkanu nikakvo devijantno ponašanje se neće tolerisati, ma koliko teška ili vanredna situacija sada i u skoroj budućnosti bila. I to održava nadu da

evropska perspektiva cijelog regiona ostala neupitna. Samo da dosadašnji promoteri nužnosti evropskih i evroatlantskih integracija ne posustanu, ne budu pokolebani. Crna Gora ostaje motor regionalnih integracija.

Bregzit nije sigurno put za povezivanje i saradnju. Možda je i ako apsurdno zvuči bio nužan, zakonit kao osvješćenje, a zatim upozorenje i sada ozbiljna sugestija da treba drugačije nego što su radili Kameron i njegovi „drugovi“ je li Bregzit otkrio deficite jedne evropske pa time i globalne, a i za region značajne asocijacije i organizacije ili ih je prije svega samo vidljivije transparentnije iskazao i izrazio.

Mnogo toga Bregzit nosi sobom. Ljudi koji se bave pravom na različite načine u ovom, treba ipak priznati galimatijasu, posebnu pažnju posvećuju zloupotrebi demokratskog u svakom smislu. U slučaju Bregzita zloupotrebi temeljnih demokratskih struktura kao što je referendum, njihovom stradanju, stradanju univerzalnih pravnih standarda i vrijednosti. Ne samo u Crnoj Gori se kaže da riječ najjače ubija, nepotrebno izgovorena teška riječ. U slučaju Bregzita rušenje digniteta pravnog poretka očigledno ubija još jače. Otvorilo se treba priznati pitanje da li ponovo živimo Rusoov „paradoks slobode“. On je insistirao da individualne slobode nema bez opšte volje kao i da neko može napor za opšte dobro zloupotrijebiti da bi uništio i individualnu slobodu, govoreći da cijelo političko tijelo može prinuditi na poslušnost svakog onog koji odbije da se povinuje opštoj volji, a to ne znači ništa drugo do da će ga prinuditi da bude slobodan. Da li su na Bregzitu građani bili prinuđeni da budu „slobodni“ tako što su prethodno prinuđeni da glasaju za pretpostavljenu opštu volju izdiktiranu populizmom Kameruna i njegovih saboraca.

Ratuje se na svim stranama svijeta, na različite načine. Treba se organizovati, udruživati treba pojačati napor da to prestane da se zaustave konflikti. Ovo tim prije što se svi bez ostatka vode u ime i za račun, navodno, neostvarene neosvojene slobode, radi „implementacije opšte volje“. Radi li

se i u slučaju Bregzita o zloupotrebi referendumu političkim populizmom radi ostvarenja opšte volje, je li se desio narod i njegov dakle „voks populi“ i pokazao kao sredstvo najveće moguće manipulacije. I u Kolumbiji je prije izvjesnog vremena narod na referendumu koji je 50 godina mimo svoje volje stradao u krvavim obračunima gerile i sistema, mafijskih vojski svih boja, glasao da se potvrdi tek potpisani mir, glasao protiv tog mira, pa kako i čime to objasniti.

Dani i godine koji predstoje neće samo biti interesantni zbog sadašnjeg pitanja kako će Velika Britanija izaći iz Evropske Unije sa kakvim posljedicama po jednu i drugu stranu. Pitanje je da li će opštu situaciju dodatno komplikovati ohrabreni nacionalisti francuskog demokratskog fronta pred predsjedničke izbore u ovoj državi, da li će holandski desničari dovesti do promjene konfiguracije političke u ovoj državi i da li će se tamo desiti njihov „Bregzit“, kako će rezultati referendumu, decembarskog, u Italiji oko sistemskih pitanja, prije svega ovlašćenja predsjednika vlade uticati na globalne odnose, šta će donijeti ponovljeno glasanje za predsjednika Austrije... a odgovor bar za sad koga se treba držati je u novoj sintagmi koja govori o osnovi budućih, a skoro potrebnih i nužnih međusobnih odnosa na globalnom nivou, sintagmi koja se čula i na ovom skupu i koje se treba držati. Odgovor je u GLOKALIZACIJI. To je globalizacija + lokalizacija. Trebamo raditi i djelovati lokalno, za pretpostaviti je sa najboljim namjerama da nam bude dobro, da naša individualna sloboda i pravo bude sastavni dio iskrene opšte volje, a da razmišljamo globalno na isti način o istim potrebama, o istim vrijednostima. Kako drugačije protiv nadiruće opasnosti koja može imati treći i završni put čak i nuklearni iskaz.

SUMMARY

Relations in the international community are in deep crisis. Attempts on peaceful resolution of conflicts are shadowed by war events, terrorism and other extreme forms of manifestation of misunderstanding. In a crisis are the relations of the decade's long institutional forms, even connections between countries at the international level. In crisis are also relations in the European Union, long-lasting, institutional. The economic crisis, refugee crisis, and then terrorism. Referendum in the United Kingdom and the process of leaving the EU along with all the other consequences is encouraging for the right-wing parties in other EU countries.

There are already some predictions about the certainty of the referendum with similar effects on other countries, primarily the Netherlands. The impact of Brexit on the region is indubitable. There are also predictions about the halt and even interruption of the process of joining the EU, but also about the dissolution of the Union itself. Democratic, integrational structures which see in connecting and not in separating the perspective and the road to the solution of the regional, European and global international relations believe in the victory of the common sense over selfish and sole interests, political and governmental actions

Mr Tijana VUKČEVIĆ¹
Doc.dr Miloš VUKČEVIĆ²

TEHNIČKO ZAKONODAVSTVO EVROPSKE UNIJE U CILJU IMPLEMENTACIJE SLOBODE KRETANJA ROBA

1. Uvod

Evropska Unija je u periodu od 1985. pa do 1993.godine razvijala razne mjere s ciljem da se uspješno otklone prepreke slobodnom kretanju roba na zajedničkom tržištu. Uklanjanje prepreka trgovini, odnosno slobodnom kretanju roba podrazumijeva da proizvod koji se proizvodi u nekoj državi članici EU, pa se plasira na tržište EU, u cjelosti je usklađen sa tehničkim i drugim relevantnim propisima EU. Ako je proizvod usklađen sa propisima onda isti ne podliježe ponovnim postupcima ispitivanja, kontrole, sertifikovanja prilikom plasiranja u druge države članice. Da bi proizvod bio usklađen sa tehničkim propisima, potrebno je implementirati i sve standarde i tehničke propise kako bi se stvorio ambijent u kome postoji regulisani visok nivo infrastrukture kvaliteta za proizvode. Na taj način imamo ista pravila i standarde proizvodnje i bezbjednosti industrijskih proizvoda na nivou EU što omogućava nesmetanu slobodu protoka robe unutar država članica. Smatra se da je sloboda kretanja roba svojevrsan podskup infrastrukture kvaliteta koja čini horizontalne mjere.

Infrastruktura kvaliteta³ podrazumijeva ambijent u kome je za robu, odnosno proizvode, implementirana i

¹ Tijana Vukčević je magistar pravnih nauka zaposlena u pravnoj službi AD Telekom u Podgorici, e-mail: tijana.vukcevic@t-com.me.

² Miloš Vukčević je docent na predmetima Pravo Evropske unije i Međunarodno javno pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta Mediteran u Podgorici, e-mail: milos.vukcevic@unimediterran.net.

regulisana: standardizacija, akreditacija, metrologija, upravljanje kvalitetom EU. Kvalitet proizvoda na nacionalnom nivou zavisi od infrastrukture kvaliteta, tj. ukoliko su zadovoljeni gore navedeni elementi, koji predstavljaju sinergiju propisa i institucija, za rezultat će se imati kvalitetan i bezbjedan proizvod koji se plasira na tržište.

Na proizvođačima je teret dokazivanja da su preduzete sve radnje, te ispunjeni svi gore navedeni elementi kvaliteta prilikom izrade proizvoda ili pojedinih njegovih dijelova. S tim u vezi, obaveza je proizvođača da za odgovarajuće vrste proizvoda primijene tehničke zahtjeve i da dokažu da je isti bezbjedan, u skladu sa traženim standardima i propisima EU kroz izjave o usklađenosti i isprave usaglašenosti. Evropska unija je donijela propise iz oblasti infrastrukture kvaliteta, i to kroz tzv. novi paket mjera za unapređenje trgovine proizvodima:

- Odluka o zajedničkom okviru za trgovanje proizvodima (768/2008/EZ);
- Uredba o zahtevima za akreditaciju i tržišni nadzor (765/2008/EZ);
- Uredba o evropskoj standardizaciji (1025/2012 EZ);
- Uredba o utvrđivanju postupaka povezanih s primjenom određenih nacionalnih tehničkih pravila na proizvode koji se zakonito prodaju u drugoj državi članici (764/2008/EZ);⁴

Pored navedenih propisa iz oblasti slobode kretanja roba, bitno je pomenuti i Direktivu 83/189/EEC koja nameće obavezu državama članicama da, prilikom izrade nacrtā nekog standarda i tehničkog propisa, država članica čiji je nacrt

³ Infrastruktura kvaliteta zasnovana je na pet temeljnih komponenti, koji čine tzv. Evropska kuću kvaliteta, a to su : Standardizacija; Akreditacija; Metrologija; Ocjenjivanje usaglašenosti (ispitivanje, etaloniranje, kontrolisanje i sertifikacija), Kvalitet

⁴ Strategija Crne Gore za primjenu pravne tekovine Evropske Unije u oblasti slobode kretanja robe 2014-2018 - Strategija, Vlada Crne Gore, 2014, 12.

propisa, je dužna dostaviti ga Komisiji i drugim državama članicama na uvid, te na eventualno komentarisanje. Na ovaj način se postiže adekvatna transparentnost i prevencija u otklanjanju tehničkih prepreka trgovini.

Kada je u pitanju tehničko zakonodavstvo, generalno se vrši podjela na horizontalno i vertikalno zakonodavstvo.

2. Horizontalne mjere

Horizontalnim tehničkim zakonodavstvom se određuju horizontalne mjere koje podrazumjevaju:

- ocjenu usaglašenosti – postupak koji proizvođač ili tijelo za ocjenjivanje usaglašenosti sprovodi prije stavljanja proizvoda na tržište, radi ocjene da li su ispunjeni zahtjevi utvrđeni propisima, standardima ili drugim tehničkim specifikacijama koji se odnose na proizvod, proces njegove proizvodnje ili sistem proizvodnje,
- standardizaciju – aktivnost na utvrđivanju odredbi za opštu i višekratnu upotrebu, u odnosu na stvarne ili potencijalne probleme, radi postizanja optimalnog nivoa uređenosti u određenoj oblasti,
- metrologiju – obezbjeđivanje tačnih i usklađenih mjerila i mjernih jedinica sa međunarodno utvrđenim mjerilima i Međunarodnim sistemom jedinica, sljedivosti državnih etalona do međunarodnih i jedinstvenog mjerenja u Crnoj Gori,
- akreditaciju – postupak kojim se utvrđuje kompetentnost organizacija za ocjenjivanje usaglašenosti za obavljanje poslova ocjenjivanja usaglašenosti koja se odnose na odgovarajuća ispitivanja, kalibracije, kontrolisanja, sertifikacije proizvoda i procesa, sertifikacije sistema menadžmenta kao i sertifikacije stručnih lica,

- nadzor nad tržištem – poseban oblik inspekcijskog nadzora i drugih upravnih procedura kojima se obezbjeđuje da proizvodi isporučeni na tržište ispunjavaju zahtjeve koji obezbjeđuju visok nivo zaštite javnog interesa, a naročito zaštite zdravlja i bezbjednosti potrošača i drugih krajnjih korisnika (u daljem tekstu: korisnik), zaštite imovine, životne sredine, zdravlja i bezbjednosti na radu, kao i slobodan promet robe bez nepotrebnih ograničenja.

Osnovne horizontalne mjere su podijeljene na različite faze postupanja sa proizvodom:

- Prije stavljanja proizvoda na tržište – vrijeme od dizajniranja proizvoda do stavljanja na tržište (prve isporuke proizvoda) kada se izvršavaju aktivnosti ocjenjivanja usaglašenosti od strane proizvođača a u pravcu obezbjeđivanja dokaza da je proizvod bezbjedan za stavljanje na tržište.

- Plasiranje proizvoda na tržište - prva isporuka proizvoda na tržište Crne Gore koju vrši isporučilac (isporučilac može biti proizvođač, distributer ili uvoznik).

- Isporuka na tržište - svaka isporuka proizvoda za distribuciju, potrošnju ili upotrebu na tržište Crne Gore u okviru obavljanja privredne djelatnosti sa ili bez naknade.

Prije nego se proizvod plasira na tržište proizvođač će primijeniti sve zakonom predviđene mjere i ispuniti sve propisane tehničke zahtjeve da bi proizvod bio bezbjedan za stavljanje na tržište, isporuku i upotrebu. Jedan od najčešće korišćenih načina za koji se pretpostavlja da će tehnički zahtjevi za proizvode biti ispunjeni jeste primjena standarda. EU *acquis* dopušta mogućnost pretpostavke bezbjednosti proizvoda ako ispunjava zahtjeve standarda koji se na njega odnose. Dokazivanje ispunjenosti tehničkih zahtjeva može da izvrši sam proizvođač ili se provjera vrši u tijelima za ocjenjivanje usaglašenosti, u zavisnosti od propisanih zahtjeva

(postupci ocjenjivanja usaglašenosti). Tijela za ocjenjivanje usaglašenosti svoj dio aktivnosti ispunjavaju sprovođenjem odgovarajućih postupaka. Postupci vezani za mjerenja koja imaju uticaj na sam postupak ocjene usaglašenosti, sprovode se propisanim metodama, naročito u oblasti harmonizovanog zakonodavstva – metrologija. Akreditacija je postupak kojim se potvrđuju kompetencije tijela za ocjenjivanje usaglašenosti.

Prvo stavljanje proizvoda na tržište podrazumjeva period kada proizvođač ili uvoznik prvi put isporuči proizvod na tržište. Sistemski pristup u ovoj oblasti podrazumjeva prethodno obavljenju provjeru ispunjenosti uslova iz oblasti standardizacije, ocjene usaglašenosti, metrologije i akreditacije.

Provjera ispunjenosti ovih uslova se vrši kroz tržišni nadzor koristeći metode koje su propisane u nacionalnom zakonodavstvu a usklađene su sa regulativom 765/2008/EZ.

2.1. Standardizacija

Standardizacija je skup koordinisanih aktivnosti na donošenju standarda i ostalih srodnih dokumenata i nastala je kao potreba uspostavljanja efikasne zaštite potrošača, stvaranja uslova za stabilno snabdijevanje tržišta, zaštite okruženja i obezbjeđenja konkurentnosti.⁵ Standardizacija, odnosno izrada unifikovanih standarda na međunarodnom i evropskom nivou za razne vrste proizvoda kako bi isti skupovi proizvoda ispunjavali iste bezbjedonosne i ostale određene uslove, bitan je preduslov za uklanjanje prepreka slobodnom protoku roba.

Pojam standard podrazumijeva dokumentaciju kojom se propisuju svi neophodni uslovi i zahtjevi koje jedan proizvod treba da ispuni, uključujući svakako i način i proces proizvodnje, kao i metode ocjene usaglašenosti tog proizvoda sa navedenim

⁵ P. Popović, V. Živković, *Osnovi standardizacije i metrologije*, Beograd 2011, str. 23.

uslovima. Jako je mnogo koristi za privredu i potrošače od primjene standarda jer, pored toga što se otklanjaju prepreke u trgovini, olakšana je tehnološka saradnja između proizvođača istih proizvoda. Pored navedenog, primjenom standarda proizvođači mogu na lakši način da dokazuju da je proizvod usklađen sa propisima i zahtjevima, pa su onda i potrošači zaštićeni ako su proizvodi u skladu sa prihvaćenim standardima budući da su poboljšanog kvaliteta i trajnosti. Kada je u pitanju Evropska Unija, Direktive Novog i Globalnog pristupa Evropske Unije polaze od pretpostavke da se za dokazivanje usaglašenosti sa obaveznim zahtjevima tehničkih propisa, (koji se pozivaju na relevantan skup standarda), standardi koriste kao "pretpostavka usaglašenosti".⁶ "Standardizacija može funkcionisati na međunarodnom, regionalnom i na nacionalnom nivou. Priznate organizacije za standardizacije ne svjetskom nivou su IEC (Međunarodna komisija za elektrotehniku), kompetentna u području elektrotehnologije, ITU (Međunarodna unija za telekomunikacije) u području telekomunikacija i radiokomunikacija i ISP (Međunarodna organizacija za standardizaciju) koja je kompetentna za sva ostala područja. Na evropskom nivou su stvorene tri organizacije za standardizaciju, i to CENELEC (Evropski komitet za standardizaciju u elektrotehnici) u području elektrotehnologije, ETSI (Evropski institut za telekomunikacijske standarde) kompetentan je u oblasti telekomunikacija, CEN (Evropski komitet za standardizaciju) u svim ostalim područjima. Članice CEN-a, CENELEC-a, kao i ISO-a, i IEC-a su odgovarajuća nacionalna standardizacijska tijela u zemljama EU i EFTA."⁷ Navedene evropske organizacije za standardizaciju donose evropske standarde EN, koji su i istovremeno nacionalni standardi država

⁶ *Ibid.*, 39.

⁷ R. Marinković, „Siguran protok i sigurnost industrijskih proizvoda – Sarajevo BIH”, *EU Project Single EconomicSpace://www.libertasinstitut.com/de/News&Termine/03.BiH.SafetyIndustrialProducts.Marinkovic.BOSNIAN.pdf*.

članica. Njihovom primjenom su svi nacionalni standardi zemalja članica EU usklađeni, pa je stoga omogućeno nesmetano funkcionisanje jedinstvenog tržišta. Ukoliko su standardi država članica u suprotnosti sa evropskim, moraju biti povučeni.

Članovi Evropskog Komiteta za standardizaciju - CEN su nacionalna tijela za standardizaciju zemalja članica Evropske Unije i EFTA članice, ukupno iz 31 zemlje, a okuplja više od 60.000 eksperata.⁸

Djelatnost rada CEN je :

- Izrada evropskih standard EN

- Izrada tehničke dokumentacije, kao podrška standardima i njihovoj primjeni

CEN je jedina evropska organizacija u skladu sa Direktivom 98/34/EC za planiranje, izradu nacрта i usvajanje evropskih standarda u svim oblastima ekonomskih aktivnosti, sa izuzetkom elektrotehnologije i telekomunikacija. Ukupan broj važećih dokumenata do danas je 14.134 prema podacima iz decembra 2010.godine. Produkcija CEN standarda, tehničkih specifikacija i tehničkih izvještaja, prema podacima iz 2010.godine, iznosi:

- 13.330 publikacija

- 12.262 evropskih standarda (EN)

- 2.500 evropskih standarda (EN) koji su identični sa ISO standardima

- od ukupnog broja evropskih standard 18,5 % je harmonizovanih standarda⁹

Evropski Komitet za standardizaciju u elektrotehnici - CENELEC je odgovoran za standardizaciju u oblasti elektrotehnike. Proizvodi standarde iz ove oblasti, ali takođe i usvaja međunarodne standarde, ukoliko je to

⁸ P. Popović, V. Živković, op.cit. fn. 5, 62.

⁹ Harmonizovan standard je evropski standard koji izrađuju evropske organizacije za standardizaciju pod mandatom koji im Evropska komisija da na osnovu direktiva Starog i Novog pristupa EU.

moguće, a shodno Sporazumu iz Drezdena, po kome je dužan saradivati sa Međunarodnom komisijom za elektrotehniku. Ovi evropski standardi se donose konsenzusom i reflektuju ekonomske i socijalne interese 33 CENELEC zemalja članica preko svojih nacionalnih elektrotehničkih komiteta koji su članovi ove organizacije¹⁰. Pored evropskih standarda, CENELEC proizvodi i ostala referentna dokumenta, kao što su tehničke specifikacije, tehnički izvještaji itd. Nacrte ovih standarda rade strani eksperti iz određenih oblasti elektrotehnike, a prije usvajanja pozvani su svi predstavnici akademija, nevladinih organizacija, eksperti, proizvođači, industrije, trgovačka udruženja i slično kako bi dali svoj doprinos u procesu razvijanja standarda. Kada su u pitanju CENELEC standardi, isti se razvijaju u prema tehničkim propisima, tj. zakonodavstvom Novog i starog pristupa EU. Ukupni rezultati CENELEC na izradi i publikovanju standarda na kraju 2010.godine iznose:

- 4.220 aktivna, evropska standarda (EN)
- 1.562 harmonizovana standarda (HD), oko 28 %
- 5.834 ukupno standarda, odnosno 198.634 stranica.¹¹

Evropski institut za standardizaciju u telekomunikacijama (ETSI) je formiran kao nevladina organizacija koja ima brojno članstvo na 5 kontinenata, i to 750 članova iz 63 zemlje. Njegov zadatak je da razvija standarde u oblasti informacionih i komunikacionih tehnologija, uključujući fiksnu, mobilnu, radio mrežu, broadband i internet tehnologije. ETSI proizvodi veliki broj standarda, specifikacija i izvještaja, kao odgovor velikim zahtjevima tržišta, i to:

- evropski standard (EN)
- ETSI Standard (ES)
- ETSI vodič (EG)

¹⁰ Vidjeti <http://www.cenelec.eu/aboutcenelec/whatwedo/index.html> 14.05.2014. godine u 16.00h.

¹¹P. Popović, V. Živković, op.cit. fn. 5, 71.

- ETSI tehnička specifikacija (TS)
- ETSI tehnički izvještaj (TR)
- ETSI posebni izvještaj (SR)
- ETSI grupna specifikacija (GS)

Svi standardi se donose konsenzusom. Svake godine ova organizacija donese u prosjeku između 2000 i 2500 standarda, a od 1988. godine, donijeto je preko 30,000 standarda.

2.2. Metrologija

Za metrologiju se može reći da je nauka o mjerenju. Ova nauka obuhvata obezbjeđivanje tačnih i usklađenih mjerila i mjernih jedinica sa međunarodno utvrđenim mjerilima i Međunarodnim sistemom jedinica. Uz pomoću preciznih mjerila može se garantovati sigurnost i bezbjednost proizvoda koji se plasiraju na tržište. Mjerila su u stvari fizičke veličine, poput: dužine, mase, toplote, i sl. Nivo povjerenja potrošača i kupaca u trgovini zavisi od tačnog i pouzdanog mjerenja.¹²Zavisno od fizičke veličine koju razmatra, metrologija se dijeli na metrologiju dužine, metrologiju vremena, metrologiju mase, metrologiju električnih veličina i slično, ili prema oblasti primjene na tehničku metrologiju, astronomsku metrologiju, medicinsku metrologiju i slično.¹³ Unificirana, jasna i precizna mjerenja u industrijskoj proizvodnji su preduslov za formiranje proizvoda koji ispunjava tražene zahtjeve, kako u tehničkom dijelu, tako i u dijelu bezbjednosti i upotrebljivosti. Potencijalni kupac, da bi stekao povjerenje, pored dobrog proizvoda po niskoj cijeni, želi da se uvjeri i u njegov kvalitet i usaglašenost sa određenim zahtjevima što se potvrđuje pouzdanim izvještajima o etaloniranju¹⁴, ispitivanjima i ocjeni usaglašenosti. Takvi

¹² P. Popović, V. Živković, op.cit. fn.5, 136.

¹³ *Ibid.*, 137.

¹⁴ Etaloniranje je skup postupaka kojima se, u određenim uslovima, uspostavlja odnos između vrednosti veličina koje pokazuje merilo ili merni

izvještaji su rezultat kompetentno obavljenog etaloniranja, ispitivanja ili ocjene usaglašenosti. Međusobno priznavanje sertifikata i izvještaja o etaloniranju i ispitivanju je značajan preduslov slobodnoj trgovini. Ono se bazira na povjerenju u uporedivost rezultata etaloniranja i ispitivanja.¹⁵

Dakle, kao što se može zaključiti za slobodu protoka roba je vrlo bitna da su mjerila u svakoj državi članici jednaka jer se uz pomoć preciznih mjerila koja su unifikovana u svakoj državi članici jednako, može garantovati sigurnost i unificiranost proizvodnje robe.

Kada je u pitanju zakonodavstvo, odnosno propisi na međunarodnom i evropskom nivou, koji regulišu ovu oblast, kao i relevantne organizacije, pomenućemo sljedeće: Na međunarodnom nivou izdajamo : Metarsku konvenciju, a od organizacija Međunarodnu organizaciju za zakonsku metrologiju, kao međuvladinu ugovornu organizaciju.

Na nivou Evropske Unije, to su Direktiva za neautomatske vage 90/384/EEC, kao i Direktiva za mjerila 2004/22/EC, kao i druge. Upravo se određeni broj Direktiva Novog pristupa odnose na mjerila, odnosno zakonska kontrola mjerila koje se koriste je regulisana direktivama EU. Ovim Direktivama se uklanjaju tehničke i ostale prepreke slobodnoj trgovini u okviru EU jer, primjera radi, shodno direktivi za neautomatske vage, propisima se uređuju mjerila počev od piljarnih vaga do industrijskih vaga koje se koriste za mjerenje robe u industrijske, farmaceutske, medicinske i druge svrhe. Direktiva za mjerila nastavlja proces uklanjanja tehničkih prepreka trgovini u okviru EU teritorije čime se reguliše stavljanje na EU tržište i upotreba sljedećih mjerila: vodomjeri, gasomjeri i korektori zapremine gasa, brojila aktivne električne energije, mjerila toplotne energije, mjerni sistemi za

sistem, ili vrednosti koje predstavlja materijalizovana mera ili referenti materijal, i odgovarajućih vrednosti ostvarenih etalonima. – preuzeto sa <http://www.dmdm.rs/lt/Etaloniranje.php> 19.05.2014.godine u 10:55h.

¹⁵ P. Popović, V. Živković, op.cit. fn. 5, 138.

neprekidno i dinamičko mjerenje količina tečnosti osim vode, automatske vage, taksimetri, mjerila dužine opšte namjene i ugostiteljske posude, mjerila dužine, i analizatori izduvnih gasova.¹⁶ Na ovaj način se postiže uređenost sistema mjerenja i veličina na nivou EU u navedenim oblastima pa je onda i nivo povjerenja potrošača veći u proizvode iz EU budući da na nivou EU, zahvaljujući propisima EU, imamo unificirana i jednaka mjerila kojima se vrši mjerenje proizvoda ili raznih njihovih segmenata.

2.3. Akreditacija

Akreditacija je zvanično priznanje kojim nacionalni organ za akreditaciju, poslije sprovedenog postupka akreditacije, potvrđuje da organizacija odnosno tijelo za ocjenjivanje usaglašenosti ispunjava utvrđene zahtjeve i da je kompetentna za obavljanje poslova ocjenjivanja usaglašenosti.¹⁷ O navedenom se izdaje akt¹⁸ o akreditaciji. Tijelo za ocjenjivanje usaglašenosti je tijelo koje sprovodi ocjenjivanje usaglašenosti, uključujući etaloniranje, ispitivanje, sertifikaciju i kontrolu. Tijela za ocjenu usaglašenosti su najčešće laboratorije, i to primjera radi, laboratorije za ispitivanje, laboratorije za etaloniranje, razna kontrolna tijela, sertifikaciona tijela za proizvode, i slično, tj. tijela odnosno organizacije koja provjeravaju usklađenost odnosno da li je i koliko proizvod usklađen sa traženim zahtjevima, odnosno standardima i relevantnim uslovima.

Bitno je pomenuti da se proces ocjene usaglašenosti proizvoda sprovodi prije nego što se proizvod plasira na tržište. Taj proces ocjene usaglašenosti sprovodi tijelo za ocjenu usaglašenosti koje mora imati odobrenje za rad, odnosno

¹⁶ P. Popović, V. Živković, op.cit. fn. 5, 139.

¹⁷ P. Popović, *Akreditacija i ocenjivanje usaglašenosti*, Beograd 2010, str.2.

¹⁸ Akt o akreditaciji podrazumijeva dokument kojim se potvrđuje da se akreditacija dodjeljuje za određenu oblast

akreditaciju izdatu od strane akreditacionog tijela. Pomenutim postupkom akreditacije se daje priznanje ovim tijelima da ispunjavaju zahtjeve i da mogu da obavljaju poslove ocjenjivanja usaglašenosti. Sistem akreditacije na nivou EU se zasniva na unaprijed važećim i donesenim pravilima koja su obavezujuća za sva akreditaciona tijela na nivou EU, što za posljedicu ima uzajamno povjerenje između država članica u kompetentnost tijela za ocjenjivanje usaglašenosti, te su tako izdati sertifikati važeći, ne samo na nacionalnom već i na evropskom nivou.

Akreditaciona tijela rade na neprofitnoj bazi, i postoje kao jedno tijelo u okviru države koje je u svom radu nezavisno, a na taj način je shodno Zakonu o akreditaciji uređen i sistem funkcionisanja akreditacionog tijela u Crnoj Gori. Svrha Uredbe br 765/08 od 09.jula 2008.godine jeste postojanje jednog sertifikata o akreditaciji koji će da bude dovoljan za čitavu teritoriju Evropske Unije kako bi se izbjegla višestruka akreditacija koja predstavlja dodatne troškove. To znači da, ukoliko tijelo za ocjenu usaglašenosti zatraži akreditaciju od nacionalnog akreditacionog tijela države članice EU, sertifikat dobijen na taj način je važeći za EU. Shodno navedenoj Uredbi, mogu se dobijati naknade za pružene usluge koja se uglavnom koristi u svrhu unaprjeđenja akreditacionih tijela. Osnovni principi akreditacije inovirani su prema Pravilniku EC 765/2008 i podrazumijevaju sljedeće:

- na nivou države članice postoji samo jedno akreditaciono tijelo
- akreditaciono tijelo izvršava poslove u svojstvu državnog organa
- država će obezbijediti neophodne resurse
- ovo tijelo djeluje kao neprofitna organizacija
- svako akreditaciono tijelo je član EA odnosno Evropske saradnje za akreditaciju¹⁹.

¹⁹ P.Popović, op. cit. fn. 17, 20.

Evropska saradnja za akreditaciju (EA) ima za cilj unaprjeđenje sistema akreditacije, a nacionalna akreditaciona tijela održavaju članstvo u tom savezu.

Bitno je navesti zabranu diskriminacije kao jedan od vodećih principa rada akreditacionih tijela, te stoga akreditaciono tijelo država članica ne smije imati vlasnička i upravljačka prava ili druge finansijske interese u organizacijama za ocjenjivanje usaglašenosti, a isto tako akreditaciono tijelo ne smije pružati konsultantske usluge. Akreditaciono tijelo mora biti organizovano kao pravno lice, mora omogućiti povjerenje u rad, zatim funkcionisati na principima nepristrasnosti i objektivnosti, što svakako podrazumijeva i to da ne smije pružati konsultantske usluge odnosno vršiti poslove ocjenjivanja usaglašenosti jer ono samo treba da izda dozvolu za rad organizacijama za ocjenu usaglašenosti, pa bi ta mogućnost dovela do konflikta interesa te do diskriminacije. Ovo tijelo mora biti finansijski nezavisno, a takođe mora imati jasno opisane procedure za akreditovanje, te objavljivati sve poslove odnosno odrađene poslove akreditacije. Akreditacija može da se sprovodi za :

Laboratorije za ispitivanje (koje vrše ispitivanje proizvoda)

Metrološke laboratorije (koje vrše etaloniranje mjerne opreme)

Kontrolna tijela (koja vrše kontrolisanje proizvoda i procesa)

Sertifikaciona tijela (koje vrše sertifikacija proizvoda)

Sertifikaciono tijela (koje vrše sertifikacija stručnih osoba)

Sertifikaciono tijelo za QMS, EMS,OHSAS, HAACP...(koje vrše sistem menadžmenta)²⁰

Zahtjevi koje moraju ispuniti gore navedena tijela odnosno organizacije da bi im se dodijelile akreditacije, dati su

²⁰ P.Popović, op. cit. fn. 17, 25.

u relevantnim standardima koji se moraju ispuniti kako bi uopšte mogli da dobiju priznanje odnosno sertifikat kojim im se dopušta da mogu da rade poslove ocjene usklađenosti proizvoda i usluga. Kada su u pitanju pomenuta tijela za ocjenjivanje usaglašenosti, jako je bitno istaći da takva tijela, prilikom ocjenjivanja usklađenosti nekog proizvoda sa tehničkim propisima, standardima i slično, imaju veliki stepen odgovornosti prema nadležnim državnim organima, budući da, prilikom ocjene da li je neki proizvod usklađen ili ne, zavisi i javni interes. Odgovornost države se sastoji upravo u davanju ovlašćenja tijelu za ocjenu usaglašenosti da može vršiti poslove ocjene usklađenosti. Da bi se zaštitila objektivnost, nepristrasnost i operativna cjelovitost, ovlašćeno tijelo (za ocjenu usklađenosti) i njegovo osoblje, odgovorno za aktivnosti koje vrši kao ovlašćeno tijelo, ne smije biti ni proizvođač, ovlašćeni predstavnik, isporučilac, niti smije nuditi i pružati konsultacije ili savjete u pogledu marketinga, projektovanja, izrade ili održavanja proizvoda o kojima se radi, odnosno ne smije postojati konflikt interesa.²¹ Ovakva tijela moraju ispunjavati tražene standarde, te imati neophodnu opremu i ljudske resurse neophodne za funkcionisanje. Svoje usluge ovlašćene su pružati bilo kom privrednom subjektu (najčešće su to proizvođači) iz relevantne oblasti koja je predmet ocjene usklađenosti, bilo iz Evropske unije ili van nje.

2.4. CE oznaka

Uredbom br 765/08 od 09.jula 2008.godine se propisuju zahtjevi za akreditaciju i tržišni nadzor u vezi sa trgovanjem proizvoda i kojom se ukida Uredba 339/93 daje neke osnovne smjernice za uvođenje oznake CE. Ova direktiva obezbjeđuje okvir za nadzor tržišta kako bi se osiguralo da proizvodi koji se plasiraju na tržište ispunjavaju zahtjeve

²¹ *Ibid.*, 219.

zaštite javnog interesa, zdravlja, bezbjednosti i sigurnosti, zaštite potrošača, zaštite okoline, zaštite zdravlja i bezbjednosti na radnom mjestu. Ovom se Direktivom ujedno postavljaju osnovi za uvođenje CE etikete, a ovu etiketu stavlja isključivo proizvođač ili njegov zastupnik.²² Stavlja se isključivo na proizvode za koje je njegovo stavljanje predviđeno posebnim propisima Zajednice za harmonizaciju i ne može se stavljati na druge proizvode. CE znak - u EU predstavlja jedini dozvoljeni znak o usaglašenosti proizvoda sa zahtjevima evropskih direktiva u pogledu bezbjednosti proizvoda.²³

CE znak na proizvodu je izjava proizvođača da je proizvod usaglašen sa bitnim zahtjevima relevantnog evropskog zakonodavstva (u pogledu zdravlja, bezbjednosti, zaštite životne sredine), u praksi sa zahtjevima direktiva koje regulišu pojedine proizvode. Dakle, sama oznaka podrazumijeva da je proizvod usklađen sa svim zahtjevima iz Direktiva Novog pristupa . Stavljanjem ove oznake na proizvod, proizvođač pokazuje da preuzima odgovornost za usaglašenost proizvoda sa svim relevantnim zahtjevima Zajednice. Oznaku "CE" predstavlja skraćenica riječi "Conformite Europeene", koja prevedena sa francuskog i znači "evropska usaglašenost". Znak CE mora da se stavi na vidno mjesto, da bude čitljiv i neodvojiv od proizvoda ili njegove pločice sa podacima, odnosno može biti na ambalaži i pratećoj dokumentaciji²⁴. Za slobodu prometa robe je značajno uspostavljanje tzv. „komunitarne marke kvaliteta“ («CE»).²⁵ Znak treba da

²² Vidjeti Uredbu br 765/08 od 09.jula 2008.godine kojom se propisuju zahtjevi za akreditaciju i tržišni nadzor u vezi sa trgovanjem proizvoda i kojom se ukida Uredba 339/93.

²³ <http://www.tehnik.mfp.gov.rs/tbt-i-evropski-okvir/ce-znak.html> 24.04.2014.godine u 01:59.

²⁴ Odluka br. 768/2008/EZ Evropskog Parlamenta i Savjeta od 9. jula 2008. godine o zajedničkom okviru za trgovanje proizvodima i ukidanju odluke 93/465/EEZ i Novi paket mera za unapređenje trgovine proizvodima, PLAC, Beograd, 2009, 28.

²⁵ A. Ćirić - Karakteristike jedinstvenog tržišta Evropske Unije- : u Pristup pravosuđu - instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni

razlikuje i distancira proizvode ili usluge jednog preduzeća od drugih. Komunitarna marka se primjenjuje na oko 70% proizvoda na tržištu EU-a i Evropskog ekonomskog prostora (EEA). Odobrava se na period od deset godina, a produžava je Biro za usklađivanje na unutrašnjem tržištu. Prednost CE oznake je u tome što ona predstavlja neku vrstu „trgovinskog pasoša za proizvod“ za EU tržište, pa se ovim putem doprinijelo tome da proizvodima koji imaju pomenutu oznaku bude omogućeno slobodno kretanje na jedinstvenom tržištu, osim ukoliko ne postoji kršenje odredbi direktiva, ili ukoliko postoji rizik koji direktive ne predviđaju. U slučaju nepoštovanja odredbi Uredbe koje se odnose na CE oznaku, države članice će omogućiti kazne, koja može uključiti i krivičnu sankciju u slučaju bitnih kršenja. Ukoliko zbog prirode proizvoda nije moguće staviti znak usaglašenosti na proizvod ili na njegovu natpisnu pločicu, isti se stavlja na ambalažu i prpratne dokumente, ako su propisom predviđeni. Zabranjeno je stavljanje na proizvode druge oznake, znakove ili natpise, čiji bi sadržaj ili oblik mogao obmanuti treća lica da se radi o znaku usaglašenosti.

2.5. Tržišni nadzor

Tržišni nadzor omogućava zaštitu potrošača, kao i zaštitu proizvođača, jer se njegovom primjenom obezbjeđuju principi fer trgovine i eliminiše se nelojalna konkurencija. Postupak tržišnog nadzora podrazumijeva i primijenu odgovarajućih mjera kako bi se proizvodi, za koje je u postupku nadzora utvrđeno da nijesu usklađeni sa traženim propisima i da su nebezbedni, uklonili sa tržišta. Tržišnim nadzorom se omogućava jednak nivo zaštite na cijelom jedinstvenom tržištu, bez obzira na porijeklo proizvoda. Da bi

se izbjegao sukob interesa, potrebno je napraviti razliku između ocjenjivanja usaglašenosti (koja se vrši prije plasiranja robe na tržište) i nadzora tržišta (koje se vrši nakon što je proizvod plasiran na tržištu).²⁶ Tržišni nadzor sprovodi organ za nadzor tržišta, a isti može pojedine poslove koje zahtijevaju posebna tehnička znanja povjeriti ugovorom određenoj organizaciji koja ispunjava tražene uslove te standarde, pri čemu odgovornost za iste ostaje na organu za nadzor tržišta, kao instituciji nadležnoj za obavljanje ovih poslova. U slučaju postupka nadzora na tržištu, organ za tržišni nadzor je ovlašten da zahtijeva svu potrebnu dokumentaciju, uključujući i tehničku dokumentaciju koja se odnosi na proizvod koji je predmet nadzora, a objekti nadzora su dužni da je obezbijede, i po potrebi, stavi na uvid. S tim u vezi, ovaj organ može praviti plan organizovanih kontrola, a isto tako nasumično vršiti tržišni nadzor.

Takođe, organ nadležan za tržišni nadzor može preduzimati razne mjere, i to : preventivne, korektivne, zatim mjere kojima se ograničava ili povlači sa tržišta proizvod koji nije usklađen sa relevantnim propisima. Ukoliko je na tržištu plasiran nebezbedan proizvod, odnosno proizvod koji nije adekvatno usaglašen sa pripadajućim propisima, potrošač uvijek ima mogućnost podnošenja prigovora organu nadležnom za tržišni nadzor (bilo telefonom , poštom, faksom,elektronskom poštom.) Nakon što se utvrdi da je prigovor relevantan, prikupljaju se informacije potrebne radi započinjanja istrage. Podnijeti prigovori ne glase samo na nedostatke u bezbijednost proizvoda, već se podnose i iz razloga mana u funkcionisanju/ nefunkcionisanju istog, odnosno kad je riječ o nedostatku očekivanog kvaliteta proizvoda. Kod odlučivanja po prigovorima, postoji imperativ savjesnog odlučivanja, vodeći računa pritom o kriterijumu hitnosti podnesene prijave. Ukoliko ne postoji ovakav način

²⁶ P. Popović, op. cit. fn. 17, 239.

odlučivanja, može doći do negativnog publiciteta²⁷ organa za tržišni nadzor. Kada su u pitanju tzv. kritični slučajevi, mora se napraviti plan za nepredviđene situacije gdje bi se opisala komunikacija sa svim relevantnim državnim organima, uključujući policiju, tužilaštvo, tržišnu inspekciju i sl. Međutim, u većini slučajeva, službenik nadležnog organa će saslušati potrošača uz uzimanje izjave na zapisnik, a može i uzeti uzorak spornog proizvoda. Drugi uzorak se dobija redovnim trgovinskim kanalima za isti proizvod kako bi se proizvodi poredili. I sam potrošač mora biti upoznat sa tim da mora postupati savjesno, što znači da mora biti svjestan činjenice da ovim putem itekako može nanijeti štetu proizvodu i proizvođaču, te svaki njegov iskaz kao i razlog podnošenja prigovora mora biti istinit i kauzalan, tim prije što se nedostaci na proizvodu mogu pojaviti usljed nepravilnog rukovanja potrošača ili iz razloga za koje je potrošač odgovoran. ²⁸ U zavisnosti od rezultata istrage, slijedi i intervencija. Potrošač mora biti obaviješten o rezultatima istrage. Organ nadležan za tržišni nadzor, kontrolu može sprovesti po prigovoru, odnosno prijavi, te po unaprijed zadatom planu koji za kontrolu ima proizvode čija se procjena bezbiječnosti ima ocijeniti. Inspekcijsku kontrolu proizvoda čine četiri zadatka:

- Provjera dokumentacije
- Indikativna fizička provjera
- Laboratorijsko ispitivanje
- Procjena rizika ²⁹

²⁷ Vidi Best practice techniques in market surveillance-safeguarding consumers, supporting fair competition, effective consultation-Prosafe project-supported by the European Commission DG-SANCO, Consumer Affairs Directorate (prevod TRIM MNE projekta u Crnoj Gori- Bezbiječnost proizvoda- najbolja praksa u oblasti tržišnog nadzora, Zaštita potrošača, Podrška fer konkurencijiEfikasne konsultacije), 41.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibid.*, 92.

Prilikom provjere dokumentacije očekuje se da ista sadrži tehničku dokumentaciju, dokumentaciju koja dokazuje usaglašenost proizvoda, izjavu o usaglašenosti. Da bi inspektori dalje utvrdili da li proizvod treba dalje ispitivati u smislu ocjene bezbjednosti i da bi se ustanovila početna procjena rizika, isti može na licu mjesta izvršiti ovo ispitivanje kutijom za alat koja se može razlikovati od proizvoda do proizvoda. Iako su laboratorijska ispitivanja nekad duga, a zatim i skupa, rezultati takvog ispitivanja su vrlo pouzdani, budući da se precizno u izvještaju opiše na koji način i u kojim segmentima postoji neusklađenost proizvoda sa propisima, odnosno sa zahtjevima bezbjednosti.³⁰ Organ, nakon konsultacija sa laboratorijom odnosno tehničkim stručnjacima, mora da ocijeni sve neusklađenosti koje opiše laboratorija, kao i da procijeni rizik koji se vezuje za svaku od njih. Laboratorija koja sprovodi ispitivanje mora biti akreditovana za tu vrstu kontrole koju obavlja. Organ za tržišni nadzor države članice u postupku inspekcijskog nadzora može zahtijevati od privrednog društva koje plasira, ili za koje postoji opravdana sumnja da plasira opasne proizvode na tržište (po prigovoru potrošača, medija) sprovođenje inspekcijskog nadzora i uzimanja uzorka za potrebe ispitivanja. Bitno je napomenuti i da svaki proizvod mora pratiti određena dokumentacija kao što je uputstvo za upotrebu, garancija, naziv i sjedište proizvođača, sertifikat, kao i uputstva i upozorenja koja moraju biti jasna i precizna i napisana na jeziku one države na čiju se teritoriju plasira proizvod.

Na osnovu rezultata ispitivanja, organ za tržišni nadzor mora donijeti odluku kojom će naložiti preduzimanje određene pravne radnje kao i eventualno izricanje kazne. Mjere koje se mogu preduzeti su:

³⁰*Ibid.*, 41.

- Službeno upozorenje
- Upozorenje potrošačima
- Zabrana prodaje
- Povlačenje sa tržišta
- Opozivi od potrošača
- Uništavanje proizvoda
- Novčane kazne
- Druge mjere

Službeno upozorenje je najmanje ozbiljna mjera i predviđena je za manje prekršaje za koje se vezuje mali rizik. Upozorenje potrošačima je mjera koju mogu preduzeti kako privredni subjekti čiji je proizvod, tako i sam organ za nadzor tržišta. Zabrana prodaje je mjera koja podrazumijeva sprječavanje dalje nabavke proizvoda koji je na tržištu i zabranu prodaje takvog proizvoda. Ovo važi samo za opasne proizvode, odnosno za proizvode koji su tokom procjene rizika i ispitivanja označeni kao opasni. Opoziv podrazumijeva mjeru koja omogućava da se štite potrošači od opasnih proizvoda tako što će proizvode vratiti od krajnjeg potrošača, sa tržišta, odnosno iz cjelokupnog lanca isporuke. Uništavanje proizvoda podrazumijeva mjeru koja se primjenjuje ako proizvod predstavlja takav rizik po zdravlje i bezbjednost potrošača da treba da bude uništen, a ukoliko je prethodno provjereno sa privrednim subjektom da nije moguća ispravka i ponovni izvoz proizvoda. Novčane kazne se mogu izreći kao dodatne mjere, zatim kao posljedica propusta privrednog subjekta da obavijesti nadležne organe i sl. Druge mjere zavise od države do države, a mogu biti usmjerene i na zatvaranje privrednog subjekta nakon intervencije tužioca.

3. Vertikalne mjere

Vertikalno zakonodavstvo obuhvata tehničke propise za pojedine proizvode ili grupe proizvoda.³¹ Tehnički propisi predstavljaju veliki dio evropskog zakonodavstva i to u okviru direktiva koje su zasnovane na Novom i Globalnom pristupu. Ovi propisi su jako bitni za nesmetano funkcionisanje slobodnog protoka roba i usluga. Vertikalno zakonodavstvo obuhvata vertikalne mjere. Vertikalne mjere se odnose na industrijske proizvode ili grupe proizvoda i utvrđuju bitne tehničke zahtjeve za proizvode koji su uređeni propisima u koje su prenijeti pravni akti EU „novog pristupa“, odnosno detaljne tehničke opise proizvoda za koje su zahtjevi za stavljanje na tržište utvrđeni tehničkim propisima u koje su prenijeti pravni akti EU „starog pristupa“.

3.1. Novi pristup

Kod „novog pristupa“ je prihvaćeno načelo da je proizvođač odgovoran za proizvod a da ocjenjivanje ispunjavanja propisanih bitnih zahtjeva za proizvod (*ocjena usaglašenosti*) za neke od ovih proizvoda rade tzv. prijavljena tijela EU (*notified body*) dok za druge važi samoocjenjivanje od strane proizvođača. Sav sistem novog pristupa je dizajniran prema potrebama zajedničkog tržišta koje čine 28 pojedinačnih tržišta zemalja članica i 4 tržišta (Republika Island, Kneževina Linhtenštajn, Kraljevina Norveška, Švajcarska konfederacija) koje su uključene kroz EFTA sporazum. U ovoj oblasti (donijeti su) harmonizovani standardi koji čine pretpostavku usaglašenosti proizvoda, harmonizovani pravni akti EU pri čijem prenošenju u nacionalno zakonodavstvo ima veoma malo odredbi koje se mogu izostaviti. „Novi pristup“ uključuje i sistem tzv. prijavljenih tijela za ocjenjivanje usaglašenosti

³¹ Strategija, 5.

(notified body) koja vrše ocjenu usaglašenosti koja se priznaje na cijelom unutrašnjem tržištu.”³²

Takođe, direktive Novoga pristupa propisuju stavljanje oznake CE na takve proizvode. Novim pristupom utvrđeno je da je zakonodavno usklađivanje ograničeno na bitne zahtjeve koje proizvodi moraju ispunjavati da bi se mogli slobodno kretati u EU. Popis direktiva Novog pristupa koje propisuju označavanje oznakom CE dostupan je na web stranici Komisije: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/internal-market-for-products/new-legislative-framework/index_en.htm.

Novi pristup predstavlja tehničko zakonodavstvo (direktive) u kojoj je sadržaj ograničen na osnovne (bitne) zahtjeve koje proizvod, prilikom plasiranja na tržište EU, mora da ispuni.³³

“U oblast „novog pristupa” spadaju prije svega grupe proizvoda: plovila za rekreaciju, radio i telekomunikaciona terminalna oprema (RT&T oprema), elektromagnetska kompatibilnost (EMC), niskonaponska električna oprema, bezbjednost igračaka, žičare, oprema po pritiskom i posude pod pritiskom, eko-dizajn zahtjevi za proizvode koji koriste energiju (EUP), mašine, emisija od buke opreme koja se koristi na otvorenom, ATEX, eksplozivi za civilnu upotrebu i pirotehnička sredstva, lična zaštitna oprema, liftovi, građevinski proizvodi, plinski uređaji, zakonska metrologija (mjerni instrumenti i neautomatske vage za mjerenje) i medicinska sredstva.”³⁴

3.2. Stari pristup³⁵

Kod sektorskog (starog) pristupa pored proizvođača i država odgovara za bezbjednost proizvoda i zbog toga su države

³² *Ibid.*, 34.

³³ P. Popović, V. Živković, op.cit. fn. 5, 2.

³⁴ Strategija, 32.

³⁵ *Ibid.*, 54.

članice ovlastile ili formirale tijela koja obavljaju tehničke poslove neophodne za ocjenu usaglašenosti proizvoda koja je u nadležnosti državnih organa. Radi preuzimanja odgovornosti organa državne uprave veoma je važno da se na istovjetan način kao u EU uspostavi poseban sistem ocjene usaglašenosti i nadzor nad tijelima za ocjenu usaglašenosti koja obavljaju tehničke poslove za potrebe države.³⁶

Stari pristup obuhvata regulaciju sljedećeg: motorna vozila, emisije zagađujućih materija iz ne-putnih mobilnih motornih mašina, hemikalije, deterdženti, đubriva, prekursori za narkotike , dobra laboratorijska praksa (GLP) , lijekovi, kozmetika

Još jedna bitna razlika između direktiva Starog i Novog pristupa sastoji se u tome što Novi pristup ne ulazi u propisivanje detaljnih tehničkih zahtjeva, kao što je slučaj sa Starim pristupom, već načelno definiše opšte bezbjedonosne mjere koje su obavezne za određene vrste proizvoda.

Kada proizvod koji ispunjava navedene zakonske zahtjeve, ako je plasiran na tržište jedne države članice, omogućen će mu biti plasman i na tržišta drugih država članica.

Zaključak

U prošlosti, svaka država članica EU nametala je različite tehničke zahtjeve za industrijske proizvode. Međutim, razlike između nacionalnih tehničkih propisa neminovno ometaju slobodno kretanje robe u okviru jedinstvenog tržišta. Važan preduslov za nesmetano funkcionisanje slobode kretanja roba u EU je usklađivanje zakonodavstva zemalja članica EU s tehničkim zakonodavstvom Evropske unije. Usaglašavanje postojećih tehničkih propisa, odnosno tehničkih standarda i zahtjeva država članica je od suštinskog značaja

³⁶ *Ibidem.*

da se eliminiše veliki broj prepreka u trgovini robom na području EU. Usklađenost tehničkih propisa i zahtjeva na evropskom nivou garantuje, kako istinsku slobodu kretanja industrijskih proizvoda, tako i visok nivo bezbjednosti za potrošače i korisnike ovih proizvoda kako bi se osigurao jednak nivo zaštite zdravlja, životne sredine i potrošača na cijelom unutrašnjem tržištu EU. To znači da svi proizvodi koji se proizvode u EU za koje na tom nivou postoje određeni tehnički zahtjevi i standardi, moraju biti u skladu sa istima, kao i da se na tržište EU na zakonit način ne može pustiti u prodaju proizvod koji nije bezbjedan. Na proizvodne sektore koji nijesu obuhvaćeni harmonizovanim tehničkim zakonodavstvom primjenjuje se načelo ekvivalentnosti - uzajamnog priznavanja, prema kojem se proizvodi koji su zakonito proizvedeni i stavljeni na tržište u jednoj državi članici EU mogu slobodno kretati na cijelom području Evropske unije.³⁷ Upravo se na ovaj način i štiti jedinstveno tržište koje ima krajnji cilj, a to je zaštita velikog broja potrošača u EU (oko 500 miliona), kojima je na ovaj način zagantovano pravo na kupovinu dobrih i kvalitetnih proizvoda od bilo kog trgovca odnosno proizvođača Unije.

Sloboda kretanja robe je jedan od primarnih ciljeva za očuvanje jedinstvenog evropskog tržišta. Tehničko zakonodavstvo EU i implementacija istih od strane država članica je bitan preduslov za funkcionisanje slobode kretanja roba. Usklađenim tehničkim propisima omogućava se plasiranje kvalitetne i bezbjedne robe na nivou EU, a budući da je harmonizacija zakonodavstva EU i transponovanje propisa u domaće pravo Crne Gore preduslov, te obaveza po Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju, to Crnu Goru čeka puno posla u ispunjavanju preuzetih obaveza.

³⁷ Strategija, 11.

REZIME

Evropska unija već duži niz godina razvija razne moduse s ciljem da se uspješno otklone prepreke slobodnom kretanju roba. Njeno tehničko zakonodavstvo, odnosno horizontalne i vertikalne mjere, pomogle su u otklanjanju tehničkih prepreka trgovini, kao i slobodnom protoku roba. Da bi proizvod bio usklađen sa tehničkim propisima, potrebno je implementirati i sve standarde i tehničke propise kako bi se stvorio ambijent u kome postoji regulisani visok nivo infrastrukture kvaliteta za proizvode. Usklađenost tehničkih propisa i zahtjeva na evropskom nivou garantuje, kako istinsku slobodu kretanja industrijskih proizvoda, tako i visok nivo bezbjednosti za potrošače i korisnike ovih proizvoda kako bi se osigurao jednak nivo zaštite zdravlja, životne sredine i potrošača na cijelom unutrašnjem tržištu EU.

SUMMARY

The European Union has for many years developed various modes in order to successfully remove obstacles to the free movement of goods. Her technical legislation, or horizontal and vertical extent, helped in the elimination of technical barriers to trade and free movement of goods. To the product was in conformity with the technical regulations required to implement all standards and technical regulations in order to create an environment in which there is a regulated high level of infrastructure quality products. Compliance of technical regulations and requirements at European level guarantees that genuine freedom of movement of industrial products, as well as a high level of safety for consumers and users of these products to ensure the same level of protection of human health, the environment and consumers throughout the EU internal market.

U P U T S T V O
AUTORIMA ZA OBJAVLJIVANJE TEKSTOVA U
ČASOPISU ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU
„PRAVNI ZBORNIK”

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 prihvata od strane izdavača.

12. Redakcija časopisa „Pravni zbornik” zadržava pravo korekture teksta.

Izlazak „Pravnog zbornika” pomogli su:



Ambasada SAD u Podgorici
– Biro Stej Dpartmenta za borbu protiv medjunarodne trgovine
drogom i sprovođenje zakona (INL).

Fondacija Petrović - Njegoš

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